AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXXI - n. 21

Pubblicato sul sito *www.agcm.it*
24 maggio 2021

SOMMARIO

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE 5

A517 - MERCATI DI MANUTENZIONE DI DISPOSITIVI DIAGNOSTICI
Provvedimento n. 28620 *5*

A521 - ATTIVITÀ DI INTERMEDIAZIONE DELLA DOMANDA DI SERVIZI TAXI NEL COMUNE DI TORINO
Provvedimento n. 29644 *173*

I854 - SOFAR/FORNITURA INTEGRATORI ALIMENTARI
Provvedimento n. 29654 *230*

I856 - COMPARATORI DI PREZZO/SCAMBIO DI INFORMAZIONI POLIZZE RCA
Provvedimento n. 29658 *237*

OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE 244

C12370 - EQT FUND MANAGEMENT/ANTAS
Provvedimento n. 29651 *244*

C12371 - GAMENET GROUP/LOTTOMATICA VIDEOLOT RETE-LOTTOMATICA SCOMMESSE
Provvedimento n. 29652 *248*

C12372 - GRUPPO BOSSONI-AGRICAR/RAMO DI AZIENDA FALLIMENTO AGRICAR DIESEL
Provvedimento n. 29653 *269*

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA 275

AS1748 - COMUNE DI BADESI (SS) - PROROGA CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO-RICREATIVE 275

AS1749 - COMUNE DI CROPANI (CZ) - PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO-RICREATIVE 279

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE 283

PS10677 - IDB-INTERMARKET DIAMOND BUSINESS-DIAMANTI DA INVESTIMENTO
Provvedimento n. 29647 *283*

PS10677 - IDB-INTERMARKET DIAMOND BUSINESS-DIAMANTI DA INVESTIMENTO
Provvedimento n. 29648 *285*

PS11821 - VOLOTEA-CANCELLAZIONE VOLI POST-COVID
Provvedimento n. 29650 *287*

IP339 - LAZIO-CLAUSOLE RIMBORSO BIGLIETTI
Provvedimento n. 29656 *311*

PS11865 - RYANAIR/CANCELLAZIONE VOLI POST-COVID
Provvedimento n. 29665 *315*

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

A517 - MERCATI DI MANUTENZIONE DI DISPOSITIVI DIAGNOSTICI
Provvedimento n. 28620

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 30 marzo 2021;

SENTITO il Relatore, Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTO l'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea;

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

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera del 31 gennaio 2018, con la quale è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti delle società GE Medical Systems Italia S.p.A. e delle sue controllanti GE Healthcare Italia S.r.l. e GE Italia Holding S.r.l., di Siemens Healthcare S.r.l. e della sua controllante Siemens Healthineers Holding III B.V. e di Philips S.p.A. e delle sue controllanti PHILIPS Innovations S.P.A. (già PHILIPS SAECO Spa) e Koninklijke Philips N.V., per accertare l'esistenza di possibili violazioni dell'articolo 102 TFUE;

VISTA la propria delibera dell'8 agosto 2018, con la quale il procedimento è stato esteso soggettivamente alle società Philips Medical System Nederland B.V., Siemens AG, Siemens Healthcare GmbH, GE Medical System S.C.S. e General Electric Co.;

VISTE le proprie delibere del 29 novembre 2018, 27 giugno 2019, 10 dicembre 2019 e 30 settembre 2020 con le quali è stata disposta la proroga, da ultimo, al 31 marzo 2021 del termine di conclusione del procedimento;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, inviata alle Parti tra il 14 settembre e il 16 settembre 2020;

VISTE le memorie presentate dalle Parti nel corso del procedimento e in data 5 gennaio 2021;

SENTITI in audizione finale, in data 11 gennaio 2021, i rappresentanti delle società Althea Group S.p.A., Siemens Healthcare S.r.l., Siemens Healthineers Holding III B.V., Siemens Healthcare Gmbh, Siemens AG, Philips S.p.A., Philips Medical System Nederland B.V., Koninklijke Philips N.V., GE Medical Systems Italia S.p.A., GE Healthcare Italia S.r.l., GE Italia Holding S.r.l. e GE Medical System S.C.S. che ne avevano fatto richiesta;

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

CONSIDERATO quanto segue:

I LE PARTI DEL PROCEDIMENTO

1. Siemens Healthcare S.r.l. (di seguito Siemens Italia), interamente controllata da Siemens Healthineers Holding III B.V., è la filiale italiana dell'omonimo gruppo Siemens attiva, in particolare, nella vendita e manutenzione di dispositivi medici di diagnostica per immagini, tra cui i dispositivi medici per immagini ad alta tecnologia. Siemens AG è la società a capo del gruppo Siemens, attiva fino al 2015 anche nella progettazione, sviluppo e fabbricazione di dispositivi medici a marchio proprio, tra cui quelli per immagini ad alta tecnologia. Dal 2015 tale attività è stata trasferita infragruppo alla controllata Siemens Healthcare GmbH[1]. Nel seguito con il termine Siemens o gruppo Siemens ci si riferirà all'insieme delle società sopra elencate.

2. Philips S.p.A. (di seguito Philips Italia), interamente controllata da Philips SAECO S.p.A., è la filiale italiana dell'omonimo gruppo Philips attiva, tra le altre, nella vendita e manutenzione di dispositivi medici di diagnostica per immagini, tra cui i dispositivi medici per immagini ad alta tecnologia. Philips SAECO S.p.A. è interamene partecipata da Koninklijke Philips N.V. attiva, tra l'altro, nella progettazione, sviluppo e fabbricazione di dispositivi medici, tra cui quelli per immagini ad alta tecnologia a marchio proprio. Philips Medical System Nederland B.V. è una società registrata nei Paesi Bassi soggetta al controllo indiretto della capogruppo Koninklijke Philips N.V. Nel seguito con il termine Philips o gruppo Philips ci si riferirà all'insieme delle società sopra elencate.

3. GE Medical Systems Italia S.p.A. (di seguito GE Italia), interamente controllata da GE Healthcare Italia S.r.l., è una filiale italiana della divisione "*healthcare*" dell'omonimo gruppo statunitense General Electric. In Italia, le società sono attive, in prevalenza, nella vendita e manutenzione dei dispositivi medici, tra cui i dispositivi medici per immagini che presentano un'elevata complessità tecnologica e specificità manutentiva (*i.e.* apparecchiature di diagnostica per immagini ad alta tecnologia). Il controllo di GE Healthcare Italia S.r.l. è interamente riconducibile a GE Italia Holding S.r.l.[2] General Electric Co è la società a capo dell'omonimo gruppo attiva anche nella progettazione, sviluppo e fabbricazione di dispositivi medici a marchio proprio, tra cui quelli per immagini ad alta tecnologia. GE Medical System S.C.S. è una società avente sede in Francia soggetta al controllo indiretto della capogruppo General Electric Co. Nel seguito con il termine GE o gruppo GE ci si riferirà all'insieme delle società sopra elencate.

4. Althea Group S.p.A. (già Pantheon Healthcare Group, di seguito Althea o il segnalante), è un operatore attivo a livello europeo e in Italia, tramite la controllata Althea Italia S.p.A., nell'offerta di servizi integrati di gestione e manutenzione di dispositivi medici. Althea ha acquisito nel corso del tempo diversi operatori attivi nell'offerta di servizi integrati di gestione e manutenzione di dispositivi medici, tra cui MESA Italia S.r.l. (di seguito, MESA), attiva anche nella manutenzione di dispositivi medici per immagini ad alta tecnologia, ed Higèa S.p.A. ("Higea") che risultava attiva

---

[1] Cfr. anche doc. 995 (Siemens) All. 8.

[2] Il capitale sociale di GE Italia Holding S.r.l. è detenuto al 65% circa da GE International BV Holding e per la restante quota da altre società del gruppo General Electric e da persone fisiche.

solo nell'offerta di servizi integrati di gestione, manutenzione e assistenza su dispositivi medicali con una complessità tecnologica e manutentiva medio-bassa[3].
Nel 2018 Althea Italia S.p.A. ha realizzato un fatturato di 182,7 milioni di euro (di cui circa 26,7 milioni di euro relativi a servizi di assistenza tecnica di dispositivi di diagnostica per immagini in Italia e Spagna)[4].

II IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

5. Il 31 gennaio 2018 l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti di GE Medical Systems Italia S.p.A. (di seguito GE Italia) e delle sue controllanti GE Healthcare Italia S.r.l. e GE Italia Holding S.r.l., di Siemens Healthcare S.r.l. (di seguito Siemens Italia) e della sua controllante Siemens Healthineers Holding III B.V, e di Philips S.p.A. (di seguito Philips Italia) e delle sue controllanti Philips SAECO S.p.A. e Koninklijke Philips N.V., per accertare l'esistenza di distinte possibili violazioni dell'articolo 102 TFUE. Il 6 febbraio 2018 si sono svolti accertamenti ispettivi presso le sedi italiane delle imprese parti del procedimento.
6. Il procedimento ha tratto origine da una segnalazione di Althea del 6 marzo 2017, successivamente integrata con ulteriore documentazione, volta a denunciare una serie di presunti comportamenti restrittivi della concorrenza posti in essere in Italia dai tre principali produttori di dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia - individuati in GE, Siemens e Philips – tali da ostacolare in misura significativa l'operatività sul mercato dei manutentori indipendenti. È, altresì, pervenuta una segnalazione anonima riconducibile ad un soggetto incaricato della gestione dei dispositivi elettromedicali di una struttura sanitaria nazionale, in cui si lamentano comportamenti dei produttori dei dispositivi idonei ad impedire, di fatto, che la struttura sanitaria possa affidare il servizio di manutenzione dei dispositivi a soggetti diversi dal fabbricante, generando per quest'ultima un danno economico.
7. I comportamenti anti-competitivi posti in essere dalle società dei gruppi GE, Siemens e Philips (nel seguito, le Parti del procedimento) ipotizzati in avvio riguardano un articolato insieme di condotte escludenti di ostacolo allo sviluppo della concorrenza nell'offerta dei servizi di manutenzione dei dispositivi medici per immagini ad alta tecnologia a marchio proprio, tra cui, in particolare comportamenti di ostacolo all'accesso agli strumenti *software* e alle risorse informative per la manutenzione dei dispositivi e di ostacolo al reperimento delle parti di ricambio originali.
8. Come si vedrà l'insieme degli elementi probatori raccolti non consente di concludere il procedimento con l'accertamento delle violazioni ipotizzate in avvio.

II.1 Il subprocedimento impegni

9. Hanno presentato impegni ai sensi dell'articolo 14-*ter* della legge n. 287/90, in data 22 giugno 2018 le società GE Medical Systems Italia S.p.a., GE Healthcare Italia S.r.l. e GE Italia Holding S.r.l.; in data 25 giugno 2018 (e nella versione tradotta in data 26 giugno 2018), le società Philips S.p.A. e Koninklijke Philips N.V e in data 22 giugno 2018, la società Siemens Healthcare S.r.l. Tutte

[3] In data 30 ottobre 2017 la società Higéa S.p.A. ha cambiato nome in Althea Italia S.p.A. ed in data 1° luglio 2018, le società, precedentemente acquisite, Elettronica Biomedicale S.p.A. (parte di TBS Group), Crimo Italia S.r.l. (parte di TBS Group) e TBS Imaging S.r.l. sono state fuse per incorporazione in Althea Italia S.p.A. In data 1° dicembre 2018 Althea Italia S.p.A. ha acquisito da Mesa Italia S.r.l. il ramo di azienda relativo ai dispositivi di diagnostica per immagini.

[4] Bilanci d'esercizio chiusi al 31 marzo 2018.

le società hanno offerto, tra l'altro, di mettere a disposizione dei concorrenti un set minimo di *software* riconosciuto come indispensabile per effettuare la manutenzione.

10. Il 20 luglio 2018, l'Autorità ha rigettato gli impegni proposti da tutte le Parti del procedimento in virtù dell'interesse a procedere all'accertamento dell'infrazione derivante da condotte suscettibili di essere valutate come idonee a determinare una violazione delle regole di concorrenza sufficientemente grave, tale da poter dar luogo all'irrogazione di una sanzione. Gli impegni presentati da tutte le Parti sono stati considerati, inoltre, *prima facie* inidonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali individuati nella delibera di avvio dell'istruttoria, in quanto, tra l'altro, non adeguati a realizzare una piena apertura concorrenziale del mercato della manutenzione.

II.2 Le estensioni soggettive del procedimento e il termine del procedimento

11. Con delibera dell'8 agosto 2018 l'Autorità, sulla base di evidenze in merito al coinvolgimento di più società appartenenti ai gruppi General Electric, Siemens e Philips, oltre a quelle già Parti del procedimento, nella definizione di strategie e azioni volte ad ostacolare l'offerta di servizi di manutenzione in concorrenza, anche condivise e attuate dalle filiali italiane dei citati gruppi, ha deliberato di estendere soggettivamente il procedimento alle società General Electric Co¸ GE Medical System S.C.S., Siemens AG e Philips Medical System Nederland B.V.[5].

12. Il termine di conclusione del Procedimento, da ultimo fissato al 20 dicembre 2020[6], è stato posticipato al 31 marzo 2021.

II.3 Il secondo subprocedimento impegni Philips

13. A seguito dell'estensione soggettiva del procedimento, la società Philips Medical System Nederland B.V. il 18 gennaio 2019 ha nuovamente presentato impegni ai sensi dell'articolo 14-*ter* della legge n. 287/90.

14. La proposta di impegni è stata rigettata in data 20 febbraio 2019 considerato l'interesse dell'Autorità all'accertamento dell'infrazione ed in considerazione dell'inidoneità degli impegni a far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria.

II.4 Le richieste di informazioni e le audizioni

15. Richieste di informazioni sono state inviate alle Parti del procedimento[7], ad alcune strutture ospedaliere e committenze pubbliche (ESTAR Ente di supporto tecnico amministrativo regionale

---

[5] Philips ha indicato che la "*Philips Medical Systems Nederland B.V. ("PMSN BV"), essa è indirettamente e interamente controllata da KPNV. È una delle persone giuridiche del gruppo Philips registrata nei Paesi Bassi come legal manufacturer di diverse apparecchiature mediche commercializzate dal gruppo Philips nel mondo (come sistemi di risonanza magnetica, sistemi a immagine guidata (radiografia), ecc.)";* cfr. doc. 601.

[6] In ragione della sospensione ex lege del decorso dei termini prevista dall'art. 103 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, come modificato dall'art. 37 del D.L. 8 aprile 2020, n. 23, secondo quanto indicato dalla "Comunicazione sull'interpretazione dell'art. 103 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, così come modificato dall'art. 37 del decreto legge 8 aprile 2020, n. 23, approvata dal Collegio dell'Autorità nelle sedute del 1° aprile e del 10 aprile 2020".

[7] Con riguardo a GE, Philips e Siemens, le richieste di informazioni sono state inviate in data 22 maggio, 27 giugno e 17 luglio 2018. Ulteriori richieste di informazioni in data 6 novembre 2018 con successive integrazioni da ultimo in data 23 aprile 2019. Rispetto alle predette richieste di informazioni, le Parti hanno formulato istanze di proroga che si è ritenuto di accogliere per accordare loro il massimo grado di tutela del contradditorio, stante anche il coinvolgimento di società non operanti in Italia. Infine, una specifica richiesta di informazioni è stata rivolta a Siemens in data 19 settembre 2019 in merito ad un contenzioso civile rilevante anche ai fini della fattispecie oggetto del procedimento. Siemens ha fornito risposta in data 26 settembre 2019 a seguito della quale è stata formulata un'integrazione della precedente richiesta di informazioni in data 2 ottobre 2019.

per la Toscana[8], ASL Viterbo[9], Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria[10], ASL Frosinone[11], Azienda USSL n. 4 Veneto Orientale[12], Fondazione IRCCS Istituto neurologico Carlo Besta[13]) e private (Humanitas Mirasole S.p.A.)[14], nonché al segnalante Althea[15].

16. Le Parti del procedimento sono state sentite più volte in audizioni, anche di natura tecnica, in considerazione della complessità tecnologica dei dispositivi medici per immagini ad alta tecnologia e della relativa attività manutentiva[16]. A seguito delle audizioni tecniche sono state formulate richieste di informazioni volte ad ottenere chiarimenti in ordine a questioni emerse nel corso degli incontri[17]. Nel corso del procedimento, le Parti hanno consegnato memorie di natura economica e giuridica[18].

17. Sono altresì stati sentiti in audizione i rappresentanti delle strutture ospedaliere e delle committenze pubbliche (Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria[19], ESTAR Ente di supporto tecnico amministrativo regionale per la Toscana[20]¸ ASL Viterbo[21], ASL Frosinone[22], Fondazione IRCCS Ca' Grande Ospedale Maggiore[23], ESTAR-Azienda Universitaria Ospedaliera Ospedale

---

[8] Richiesta di informazioni del 13 dicembre 2018, formulata in sede di sottoscrizione del verbale di audizione del 3 dicembre 2018 a cui ESTAR ha fornito risposta attraverso comunicazioni del 31 gennaio 2019 e del 5 febbraio 2019.

[9] Richiesta di informazioni del 18 dicembre 2018 a cui la ASL di Viterbo ha risposto in data 17 gennaio 2019.

[10] Richiesta di informazioni del 18 dicembre 2018 a cui l'ASL Ligure non ha fornito riscontro.

[11] Richiesta di informazioni del 20 dicembre 2018, formulata in sede di sottoscrizione del verbale dell'audizione tenutasi in data 17 dicembre 2018. L'ASL di Frosinone ha fornito riscontro attraverso comunicazioni del 21 gennaio 2019 e 8 febbraio 2019.

[12] Richiesta di informazioni del 18 aprile 2019, a cui la USSL Veneto ha fornito risposta in data 10 maggio 2019.

[13] Richiesta di informazioni del 19 settembre 2019, a cui è stata fornita risposta in data 4 ottobre 2019.

[14] Richiesta di informazioni dell'8 aprile 2019, formulata in calce al verbale dell'audizione del 21 marzo 2019. Humanitas ha fornito risposta attraverso la comunicazione del 13 maggio 2019.

[15] Richiesta di informazioni del 6 novembre 2018, cui ha dato risposta in data 24 dicembre 2018, e successiva integrazione del 28 febbraio 2019, rispetto alla quale la Società ha fornito risposta in data 8 aprile 2019.

[16] A seguito della chiusura del primo sub procedimento impegni, si sono svolte audizioni istruttorie: con le società del gruppo GE, in data 23 gennaio 2019; con le società del gruppo Philips in data 4 febbraio 2019; con le società del gruppo Siemens, in data 26 marzo 2019. In data 10 maggio 2019 si è svolta un'audizione di carattere tecnico richiesta dalle società del gruppo GE; in data 17 giugno 2019 e 26 giugno 2019 sono state ascoltate in un incontro di carattere tecnico rispettivamente le società del gruppo Philips e le società del gruppo Siemens.

[17] In data 9 agosto 2019 sono state inviate a GE, Siemens e Philips richieste di informazioni inerenti agli incontri di carattere tecnico citati. Le parti hanno risposto alle predette richieste di informazioni nel settembre 2019.

[18] Per GE cfr. doc. VIII.782 memoria infraprocedimentale e versione in italiano della memoria economica (VIII.769 prodotta da RBB per conto di GE) e VIII.920A; per Philips cfr. doc. VIII.664, VIII.667 e VIII.765 (versione in italiano di VIII.756) e successiva integrazione VIII.1058; per Siemens cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens) e doc. VIII.881.

[19] Audizione del 26 novembre 2018.

[20] Audizione del 3 dicembre 2019, a margine della quale è stata formulata la richiesta di chiarimenti sopra evidenziata (nota 7) relativa a questioni emerse nel corso dell'incontro e non esauribili in sede di audizione e Audizione del 17 febbraio 2020.

[21] Audizione del 10 dicembre 2018.

[22] Audizione del 17 dicembre 2019, a margine della quale è stata formulata la richiesta di chiarimenti sopra evidenziata (nota 10) relativa a questioni emerse nel corso dell'incontro e non esauribili in sede di audizione.

[23] Audizione del 18 febbraio 2020. Il rappresentante della IRCCS è anche referente per Regione Lombardia dell'Associazione Italiana Ingegneri Clinici (AIIC).

Santa Chiara[24], Azienda socio sanitaria territoriale di Pavia[25]), alcuni manutentori indipendenti (Hospital Consulting S.p.A.[26], BDA Solution S.r.l.[27], Tecnologie Sanitarie S.p.A.[28], HTS MED[29] S.r.l.) e una struttura ospedaliera privata (Humanitas Mirasole S.p.A.[30]), nonché il segnalante Althea[31], il quale ha altresì trasmesso documentazione integrativa e presentato memorie[32].

18. Le Parti del procedimento e il segnalante hanno più volte esercitato il diritto di accesso agli atti del procedimento.

19. Le Parti del procedimento hanno comunicato di avere adottato un programma di *compliance antitrust*, depositando la relativa documentazione[33].

20. In data 11 gennaio 2021 si è svolta l'audizione finale dinanzi al Collegio e le Parti hanno presentato memorie in data 5 gennaio 2021[34].

III L'INQUADRAMENTO NORMATIVO

21. Il contesto normativo nel quale si sono realizzate le condotte oggetto di istruttoria è principalmente costituito dalla disciplina in materia di requisiti essenziali per l'immissione in commercio dei dispositivi medici da parte dei produttori che prevede anche norme afferenti all'attività di manutenzione dei dispositivi medici.

22. Il quadro regolatorio di riferimento, all'epoca dell'avvio del procedimento, era rappresentato a livello europeo dalla Direttiva 93/42/CEE sui dispositivi medici[35], come aggiornata dalla Direttiva 2007/47/CE (nel seguito anche Direttiva), recepite a livello nazionale dai decreti legislativi attuativi D.lgs. 46/97[36] e D.lgs. 37/2010[37]. Il quadro normativo dell'Unione è poi stato oggetto di revisione

---

[24] Audizione del 17 febbraio 2020.

[25] Audizione del 20 febbraio 2020. Il rappresentante della ASST di Pavia riveste altresì incarichi tecnici presso la Centrale di Acquisti ARCA Lombardia e di rappresentanza presso il Ministero della Salute ed Angeas con particolare riguardo al Tavolo Esperti Regionali del Comitato Tecnico Sanitario, sez. Dispositivi, al Gruppo di lavoro per il Flusso informativo sulle grandi apparecchiature istituito. Membro dell'Associazione Italiana Ingegneri Clinici (AIIC).

[26] Audizione del 13 marzo 2019.

[27] Audizione del 18 marzo 2019.

[28] Audizione del 28 marzo 2019.

[29] Audizione del 29 maggio 2019.

[30] Audizione del 21 marzo 2019.

[31] Audizioni del 31 maggio 2017, del 1° febbraio 2019 e del 29 gennaio 2020

[32] Cfr. doc. VIII.900, VIII.949, VIII.950, VIII.1075 e VIII.1077.

[33] Cfr. doc. VIII.631 (Siemens), VIII.898 (Siemens), VIII.899 (Siemens), VIII.878 (Philips), VIII.954 (Philips), VIII.911 e VIII.912 (GE).

[34] Cfr. doc. VIII.1251.

[35] Secondo le previsioni comunitarie, per dispositivo medico si intende qualsiasi strumento, apparecchio, impianto, sostanza o altro prodotto, utilizzato da solo o in combinazione, compreso il *software* informatico impiegato per il corretto funzionamento e destinato ad essere impiegato nell'uomo a scopo di: diagnosi, prevenzione, controllo, terapia o attenuazione di una malattia; diagnosi, controllo, terapia, attenuazione o compensazione di una ferita o di un *handicap*; studio, sostituzione o modifica dell'anatomia o di un processo fisiologico; intervento sul concepimento, la cui azione principale voluta nel o sul corpo umano non sia conseguita con mezzi farmacologici né immunologici né mediante processo metabolico, ma la cui funzione possa essere assistita da tali mezzi.

[36] Decreto Legislativo del 24 febbraio 1997, n. 46 "*Attuazione della direttiva 93/42/CEE concernente i dispositivi medici*"

[37] Decreto Legislativo 25 gennaio 2010, n. 37 "*Attuazione della direttiva 2007/47/CE che modifica le direttive 90/385/CEE per il ravvicinamento delle legislazioni degli stati membri relative ai dispositivi medici impiantabili attivi, 93/42/CE concernente i dispositivi medici e 98/8/CE relativa all'immissione sul mercato dei biocidi*"

attraverso l'introduzione del Regolamento 2017/745/UE (nel seguito anche Regolamento), il quale, pur essendo entrato in vigore il 25 maggio 2017, ha trovato applicazione a decorrere dal 25 maggio 2020[38]. Sia la Direttiva che il Regolamento prevedono che la corrispondenza dei dispositivi ai requisiti di funzionalità e sicurezza richiesti debba essere verificata attraverso un complesso meccanismo di controlli garantito dalla certificazione CE[39].

23. Né la Direttiva 93/42 né il Regolamento 2017/745/UE disciplinano nel dettaglio il tema della manutenzione dei dispositivi medicali e, tuttavia, entrambi la considerano essenziale ai fini dell'immissione in commercio dei dispositivi in questione e prevedono l'elaborazione da parte del fabbricante di specifiche istruzioni di uso, all'interno delle quali figurano anche la natura e la frequenza delle attività manutentive da compiere, nonché le relative istruzioni. Come verrà chiarito, gran parte delle informazioni che il fabbricante è tenuto a comunicare in merito al dispositivo sono orientate proprio a garantire l'efficace svolgimento delle attività manutentive.

24. L'obbligo di derivazione comunitaria in capo ai proprietari dei dispositivi medici di assoggettarli ad una adeguata manutenzione è ulteriormente rafforzato dalla legislazione nazionale in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro di cui al D.lgs. 81/08[40], che pone in capo al datore di lavoro specifici obblighi in tal senso.

25. Quanto alla definizione dell'attività di manutenzione assume anche rilevanza, in ambito nazionale, la "*Raccomandazione per la prevenzione degli eventi avversi conseguenti al malfunzionamento dei dispositivi medici/apparecchi elettromedicali*" emanata nel 2009 dal Ministero del Lavoro e della Salute nella quale si legge che "*l'attività di manutenzione delle tecnologie biomediche sta evolvendo da una concezione di pura attività (il ripristino delle apparecchiature non funzionanti) verso una vera e propria funzione manageriale volta alla riduzione dei rischi connessi all'uso dei dispositivi medici, alla diminuzione dei tempi di inutilizzo, alla prevenzione dei guasti ed alla garanzia di qualità delle prestazioni erogate*".

26. Con riferimento al nuovo Regolamento europeo, lo stesso dedica un allegato alla definizione dei "*Requisiti generali di sicurezza e prestazione"* ed al Capo III (*Requisisti riguardanti le informazioni fornite con il dispositivo*) lettera k) del punto 23.4, prevedendo obblighi informativi in capo ai fabbricanti dei dispositivi, ampliati e meglio qualificati rispetto alla precedente Direttiva, là dove disciplina che all'interno delle informazioni contenute nelle istruzioni per l'uso debbano essere rese accessibili le *"informazioni necessarie a verificare se un dispositivo è installato correttamente e può funzionare in condizioni di sicurezza e come previsto dal fabbricante nonché, se del caso: informazioni dettagliate riguardanti la natura e la frequenza della manutenzione preventiva e*

---

[38] Per esigenze istituzionali e sistemiche, infatti, è previsto un periodo di transizione di tre anni che potrà essere fruito dalle imprese del settore per adeguarsi ai nuovi requisiti. L'adozione del Regolamento, sottoposto a due consultazioni pubbliche, nel 2008 e nel 2010, e oggetto di due proposte normative nel 2012 e nel 2017, si è resa necessaria anche al fine di fronteggiare l'evoluzione tecnologica dei dispositivi e di garantire la maggiore sicurezza dei medesimi. D'altra parte, già nel 2007 la Direttiva era stata emendata al fine di comprendere al suo interno i *software* ed il portato dell'evoluzione tecnologica e clinica che aveva caratterizzato il settore, in modo da garantire l'ulteriore sicurezza dei dispositivi anche attraverso la maggiore trasparenza delle informazioni accessibili agli utilizzatori ed al pubblico.

[39] La marcatura CE indica che il prodotto è conforme a tutte le disposizioni comunitarie che prevedono il suo utilizzo: dalla progettazione, alla fabbricazione, all'immissione sul mercato, alla messa in servizio del prodotto fino allo smaltimento. La marcatura CE disciplina l'intero ciclo di vita del prodotto dal momento dell'immissione sul mercato e sottende il rispetto di specifici processi di verifica individuati dalle c.d. norme tecniche armonizzate.

[40] D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 "*Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di* lavoro" (Il testo unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro).

periodica nonché l'eventuale pulizia o disinfezione preparatoria, identificazione delle componenti consumabili e di come sostituirle, informazioni sulla calibrazione necessaria per garantire che il dispositivo funzioni correttamente e in modo sicuro per tutta la sua vita prevista, e metodi per l'eliminazione dei rischi incontrati dalle persone che provvedono a installazione, calibrazione o manutenzione" (sottolineatura aggiunta). Ancora, al punto 16. 1 del Capo II del medesimo allegato che disciplina i *Requisiti relativi alla progettazione e alla fabbricazione* è chiarito che con riguardo ai dispositivi che emettono radiazioni pericolose o potenzialmente pericolose le istruzioni per l'uso contengano tra l'altro: *"informazioni relative ai test di accettazione e prestazione, ai criteri di accettazione ed alla procedura di manutenzione"* (sottolineato aggiunto).

27. Il Regolamento 2017/745, peraltro, appare collocarsi in una prospettiva più avanzata rispetto a quella della Direttiva poiché non si limita a stabilire obblighi informativi relativi al corretto utilizzo in sicurezza del dispositivo, ma prevede che la documentazione tecnica contenga alcune specifiche di costruzione quali: "*la descrizione generale dei principali elementi funzionali, ad esempio parti/componenti (compresi software, se del caso)*"[41].

28. La più significativa delle novità del Regolamento rispetto alla Direttiva è rappresentata dal sistema di monitoraggio post commercializzazione che impone al fabbricante un ruolo attivo nella fase successiva alla commercializzazione, imponendo a quest'ultimo la raccolta in modo sistematico e attivo delle informazioni relative alle esperienze maturate dopo l'immissione sul mercato dei loro dispositivi; il regolamento infatti recita: "*I dati e le informazioni pertinenti raccolti attraverso il piano di sorveglianza post-commercializzazione, nonché gli insegnamenti tratti da eventuali azioni preventive e/o correttive messe in atto, dovrebbero essere utilizzati per aggiornare le parti pertinenti della documentazione tecnica, quali quelle relative alla valutazione del rischio e alla valutazione clinica, e dovrebbero inoltre servire a fini di trasparenza* (considerando 74). Ai sensi dell'art. 83 del Regolamento, i dati raccolti attraverso queste nuove tecnologie da parte del fabbricante sono, tra l'altro, usati per *b) aggiornare le informazioni di progettazione e fabbricazione, le istruzioni per l'uso e l'etichettatura* […] e) *identificare le esigenze di azioni preventive, correttive e correttive di sicurezza; […] f) individuare le possibilità di migliorare l'utilizzabilità, le prestazioni e la sicurezza del dispositivo*".

29. Alla luce di quanto sopra, non sussistono limiti normativi allo svolgimento dei servizi di manutenzione dei dispositivi medici, anche ad alta tecnologia, da parte di operatori diversi dal fabbricante[42]. I costruttori dei dispositivi medici sono, inoltre, soggetti a importanti obblighi informativi, in particolare per quanto attiene alle informazioni necessarie a verificare la corretta installazione e il corretto e sicuro funzionamento nel tempo del dispositivo, ivi incluse le informazioni dettagliate sulla natura e la frequenza delle attività di manutenzione programmate, sulle attività di calibrazione, sui *test* di verifica di funzionamento del dispositivo, sulle attività di sostituzione delle parti consumabili del dispositivo e, in generale, sulle procedure di manutenzione del dispositivo. Ricade quindi sul produttore un importante obbligo informativo in merito alle

---

[41] Allegato II Documentazione Tecnica, lett. J) punto 1.

[42] Cfr. anche doc. VIII.760 (Viterbo). La ASL di Viterbo ha osservato che "*la direttiva comunitaria sui dispositivi medici 93/42, e i suoi successivi aggiornamenti, si limita a richiedere che i dispositivi medici siano oggetto di una adeguata manutenzione senza specificare chi la debba erogare. Anche le norme tecniche CEI (3783R:1997-10), peraltro non obbligatorie, e oggi modificate, specificavano un principio generale di esecuzione della manutenzione fatta a regola d'arte secondo le specifiche del produttore*".

istruzioni da rendere accessibili a tutti i soggetti che entrano in contatto con il dispositivo medico nelle fasi successive alla immissione in commercio (fornitura, installazione, manutenzione ed utilizzazione).

III.1 Obblighi di manutenzione

30. Occorre premettere che qualunque dispositivo medico (D.lgs. 46/97 art.4 e allegato I; D.lgs. 507/92 art. 2 e allegato 1) deve essere progettato e fabbricato in modo da soddisfare ***requisiti essenziali*** affinché la sua utilizzazione, nelle condizioni e negli usi previsti, ***fornisca*** le prestazioni (di prevenzione, diagnosi, terapia, controllo di una patologia ecc.) previste dal fabbricante (requisito generale di efficienza/efficacia)[43].

31. Come osservato per gli obblighi informativi, anche con riguardo alla manutenzione, la disciplina europea la considera rilevante già in fase di progettazione dei dispositivi medici, là dove nel Capo II dell'Allegato I del Regolamento, relativo ai *Requisiti di progettazione e fabbricazione*, viene precisato che "*i dispositivi sono progettati e fabbricati in modo tale che la calibrazione, la taratura e la manutenzione possano essere effettuate in condizioni di sicurezza e in modo efficace*" (punto 14)[44].

32. La disciplina europea, pur non declinando il contenuto dei singoli obblighi manutentivi, orienta in tale prospettiva gran parte delle disposizioni relative ai requisiti essenziali ed alle informazioni che i fabbricanti sono tenuti a fornire in merito ai dispositivi medici.

33. Anche il Ministero del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali nella "*Raccomandazione per la prevenzione degli eventi avversi conseguenti al malfunzionamento dei dispositivi medici/apparecchi elettromedicali*" del 2009 individua nel D.lgs. 81/2008 il fondamento normativo dell'obbligatorietà della manutenzione dei dispositivi elettromedicali e fornisce alle strutture sanitarie gli elementi essenziali per la gestione ed il controllo di tali attività, specificando che nello svolgimento degli interventi manutentivi devono essere tenute in debita considerazione tutte le informazioni che il fabbricante, ai sensi delle Direttive sui dispositivi medici, deve fornire a corredo di ciascun dispositivo. Nella Raccomandazione "*Si precisa che tali indicazioni non hanno lo scopo primario di individuare in maniera univoca i soggetti abilitati in tal senso* [all'attività di manutenzione]; *bisogna peraltro tener presente che talora il fabbricante potrebbe prevedere il ricorso a personale adeguatamente formato*"[45]. La medesima Raccomandazione, d'altra parte, prevede che *"la documentazione tecnica relativa alle singole apparecchiature, obbligatoriamente fornita al momento dell'acquisto, deve essere a corredo dello strumento in maniera che sia*

---

[43] A titolo di esempio nel D.lgs. 24 febbraio 1997, n. 46 si indica che i dispositivi che emettono radiazioni devono essere fabbricati in modo da consentire, tra l'altro, una sorveglianza e un controllo affidabile della dose somministrata e della qualità della radiazione. Il Regolamento prevede, per i dispositivi che emettono radiazioni pericolose che tra gli strumenti siano resi disponibili anche i Test di qualità (test di accettazione e prestazioni): "*Le istruzioni per l'uso dei dispositivi che emettono radiazioni pericolose o potenzialmente pericolose contengono informazioni precise riguardanti la natura delle radiazioni emesse, i mezzi di protezione del paziente e dell'utilizzatore e i modi per evitare l'uso scorretto e ridurre i rischi connessi con l'installazione per quanto possibile e appropriato. Sono inoltre fornite informazioni relative ai test di accettazione e prestazione, ai criteri di accettazione e alla procedura di manutenzione*.

[44] Cfr. Regolamento UE 2017/745. Il medesimo Regolamento europeo prevede, altresì, che i" *dispositivi contenenti sistemi elettronici programmabili, compresi i software, o i software che costituiscono dispositivi a sé stanti, sono progettati in modo tale da garantire la riproducibilità, l'affidabilità e le prestazioni in linea con la destinazione d'uso per essi prevista*" (punto 17.1. All. I Requisiti generali di sicurezza e prestazioni, Capo II, Requisiti relativi a progettazione e fabbricazione).

[45] Raccomandazione n. 9 dell'aprile del 2009, pag. 9. Sul punto si rimanda alla Sentenza del TAR Liguria 944/2014.

facilmente rintracciabile dal responsabile della manutenzione", con ciò individuando vieppiù precisi obblighi informativi in capo al produttore a favore del manutentore che, dunque, potrà essere un altro soggetto.

III.2 Norme tecniche e Linee Guida Internazionali

34. Anche in considerazione dell'incessante evoluzione tecnologica e dell'informatizzazione dei macchinari, la normativa di riferimento detta principi di carattere generale volti a garantire, in primo luogo, l'utilizzo in sicurezza e la funzionalità dei dispositivi diagnostici. Al fine di dare contenuto materiale a tali principi, vi sono le norme tecniche e le linee guida internazionali che definiscono gli *standard* di riferimento del settore con specifico riguardo alla corrispondenza dei macchinari ai requisiti fissati dalla regolazione.

35. In particolare, là dove la Direttiva 93/42/CEE (recepita con D.lgs. 46/97) e il successivo Regolamento 2017/745/UE prevedono requisiti essenziali di efficacia e sicurezza a cui devono rispondere i dispositivi medici, si ha che la conformità dei dispositivi a tali requisiti può essere provata da un fabbricante attraverso il rispetto delle "norme" tecniche esistenti elaborate da organismi riconosciuti a svolgere attività normativa (in Europa: CEN e CENELEC).

36. Assumono rilievo specifico in questo contesto le linee guida MEDDEV che sono parte di tutte le altre linee guida relative all'applicazione delle direttive europee sui dispositivi medici e che riguardano la valutazione clinica degli stessi. Non hanno valore legale, ma riflettono la posizione assunta dalle parti interessate (Autorità Competenti, Fabbricanti, Organismi Notificati) nel settore dei dispositivi medici.

IV LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

IV.1 Il settore interessato dalle condotte

37. Il procedimento riguarda condotte attinenti all'erogazione dei servizi di manutenzione sui dispositivi di diagnostica ad alta tecnologia che costituiscono, come si dirà di seguito, una particolare tipologia di dispositivi di diagnostica per immagini distinta da quella della medio-bassa tecnologia.

I dispositivi di diagnostica per immagini sono beni durevoli che necessitano di costante servizio di manutenzione per tutta la durata di uso effettivo del bene al fine di garantirne il corretto funzionamento e sicuro utilizzo nel tempo.

Come si vedrà, l'attività istruttoria ha consentito di confermare l'esistenza di un mercato a monte degli apparecchi distinto dai mercati a valle dei servizi di manutenzione, ciascuno relativo al marchio del rispettivo fabbricante.

Le evidenze agli atti hanno, infatti, consentito di confutare l'ipotesi che sussista un grado di interdipendenza tra il mercato a monte e i rispettivi mercati secondari tale da poter concludere che si tratti di un caso di mercato unico o "sistema". È emersa, infatti, l'assenza di una sufficiente capacità delle strutture sanitarie di considerare, al momento dell'acquisto del dispositivo, i costi dell'intero ciclo di vita delle apparecchiature, molto lungo e incerto, in Italia.

Inoltre, dall'istruttoria sono emersi elementi che inducono a ritenere non sussistenti i requisiti affinché la concorrenza nella vendita dei dispositivi possa disciplinare il potere di mercato che i produttori verticalmente integrati (Siemens, Philips e GE) detengono nell'offerta di servizi di manutenzione sui dispositivi a marchio proprio (i c.d. *aftermarket*) in quanto unici soggetti in possesso degli *input* per lo svolgimento del servizio.

In particolare, oltre alla menzionata 'miopia' al momento dell'acquisto, è emersa la presenza di *switching cost* che limitano la possibilità di sostituire il dispositivo nel corso del suo ciclo di vita, nonché l'assenza di effetti reputazione tali da modificare le scelte di acquisto nel mercato primario in funzione delle condotte nel mercato secondario.

IV.2 I dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia

38. I dispositivi di diagnostica per immagini includono diverse modalità di formazione delle immagini biomediche e sono utilizzati a scopo diagnostico e, in alcuni casi, anche terapeutico. Sotto il profilo dell'uso medico i dispositivi medici si connotano per la specifica destinazione d'uso, la tecnologia usata e l'eventuale rischio correlato per il paziente.

39. I dispositivi di diagnostica sono tipicamente classificati in dispositivi a media-bassa tecnologia e dispositivi ad alta tecnologia. Tra i primi rientrano gli apparecchi di radiografia convenzionali (a raggi-x, tra cui ad esempio i dispositivi di mammografia) e gli ultrasuoni. I dispositivi di diagnostica ad alta tecnologia, più sofisticati e complessi, combinano invece, tipicamente, le più tradizionali tecnologie a raggi-x con altre tecniche, formando sistemi ibridi ausiliati da tecnologie digitali (si tratta di dispositivi di grandi dimensioni che incorporano *computer* dedicati).

40. In particolare, i dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia (anche individuati come "*grandi apparecchiature sanitarie*") includono apparecchi particolarmente sofisticati quali i tomografi computerizzati (TC), i tomografi assiali computerizzati (TAC), i tomografi ad emissione di positroni (PET), i sistemi integrati SPECT (*Single photon emission computed tomography*), i tomografi a risonanza magnetica (RM), i sistemi per Angiografia digitale (ANG), e i dispositivi di medicina nucleare di tipo acceleratori lineari (AL) e gamma camere computerizzate (GCC)[46].

41. L'alto livello tecnologico di questi apparecchi è funzione anche della prevalenza della componente informatica dei processi e delle loro componenti (e/o parti di ricambio) oltre che del livello di rischio associato alla tecnologia.

Queste tipologie di apparecchi hanno un costo significativamente elevato sia in assoluto che rispetto ai dispositivi di diagnostica per immagini di medio-bassa tecnologia, sono presenti in numero molto più limitato nelle strutture sanitarie, sono difficilmente sostituibili in caso di guasto e rivestono una significativa rilevanza ai fini della possibilità di realizzare attività diagnostiche di terzo livello, tanto che le Strutture Sanitarie li considerano apparecchi "strategici".

Si tratta quindi di dispositivi per i quali assume una particolare rilevanza l'attività di manutenzione. La maggiore complessità tecnologica di questi apparecchi si riflette, come si vedrà, in una più elevata specificità manutentiva per la quale sono necessari requisiti di servizio molto più stringenti, rispetto ad altre categorie di dispositivi. Ciò si riflette, altresì, in maggiori costi di servizio.

---

[46] Cfr. DM 22 aprile 2014 "*Istituzione del flusso informativo per il monitoraggio delle grandi apparecchiature sanitarie in uso presso le strutture sanitarie pubbliche, private accreditate e private non accreditate",* laddove all'art. 2 è indicato che "*Per grandi apparecchiature sanitarie si intendono le apparecchiature sanitarie rilevanti ai fini dell'erogazione dei Livelli Essenziali di Assistenza nonché' di rilievo economico per il Servizio Sanitario Nazionale presenti presso le strutture sanitarie pubbliche, private accreditate e private non accreditate*". I dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia sottoposti a monitoraggio con il citato decreto sono in sostanza quelli sopra individuati: acceleratori lineari (AL), gamma camere computerizzata (GCC), tomografi ad emissione di positroni (PET), sistemi integrati pet/ct (PET/CT), tomografi assiali computerizzati (TAC), tomografi a risonanza magnetica (RM) (cfr. "*Rapporto sulla rilevazione delle apparecchiature sanitarie in Italia*" per l'anno 2017, pubblicato sul sito del Ministero della Salute). Sulla base di quanto emerso nel corso delle audizioni con le stazioni appaltanti, sono considerati dispositivi ad alta tecnologia anche si Sistemi di angiografia digitale; cfr. ad esempio doc. VIII.739, Verbale di audizione con la ASL Frosinone.

IV.2.1 La domanda di dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia

42. La domanda di dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia è espressa dalle strutture sanitarie pubbliche e private. Una indicazione del rapporto tra domanda pubblica e privata può desumersi dai dati pubblicati dal Ministero della salute[47], secondo i quali il numero complessivo di apparecchiature di diagnostica per immagini ad alta tecnologia installate in Italia, nel 2017, ammontava a 4.574, di cui il 58% (2.663 unità) installate presso strutture pubbliche e il restante 42% (1.911 unità) presso strutture private[48]. Tale ripartizione si riflette anche nell'installato delle parti[*] [49].

43. Vi sono alcune modalità di fruizione dispositivi, diverse dall'acquisto, che per loro natura integrano il servizio di manutenzione, come il PPP, la locazione, il *pay per use* e il *leasing*, le quali tuttavia risultano ancora poco diffuse sul mercato. Con il PPP la struttura Sanitaria condivide in partecipazione con il privato i costi di acquisto e di gestione del dispositivo[50]. Nel caso del noleggio del dispositivo e dei contratti *pay per use* la casa produttrice mantiene la proprietà del bene e la Struttura Sanitaria corrisponde una remunerazione che include anche i costi per la manutenzione per il periodo di locazione. Uno dei principali vantaggi riconosciuto a queste modalità di fornitura è quello di ovviare alla carenza di fondi di investimento per il rinnovo di dispositivi obsoleti. Tuttavia come riferito da diverse strutture sanitarie, si tratta di soluzioni ancora marginali rispetto all'acquisto del macchinario, che presentano costi significativamente più elevati e che per certi versi non si adatterebbero bene neanche alla struttura della contabilità delle aziende sanitarie pubbliche[51],[52]. ESTAR-AOUPisana ha, altresì, rilevato che "*i contratti di manutenzione non hanno mai una durata molto lunga e che solo nel caso del noleggio si può arrivare ad una durata di 7 o 8 anni",* ma come anche riferito da ASST di Pavia "*in questo caso comunque per definizione si acquista un servizio*

---

[47] Cfr. "*Rapporto sulla rilevazione delle apparecchiature sanitarie in Italia*" *cit.*, pag. 33 e seguenti.

[48] Cfr. doc. I.20. Stime di *Frost & Sullivan Analysis* su dati OECD, Eurostat e Assobiomedica. Vd anche il l'"*Osservatorio parco installato: Le apparecchiature di diagnostica per immagini in Italia*", *cit*.

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

[49] Nel 2017 la distribuzione dell'installato sui contratti attivi di GE era del *[55-60%]* pubblico e *[40-45]%* circa privato, pari percentuali si registrano anche per in ciascun anno tra il 2014-2017; cfr. doc. VIII.733, e successive integrazioni e da ultimo aggiornato da VIII.893. Quanto a Philips la distribuzione era *[60 65]%* circa pubblico *[35-40]%* circa privato, con analoghe percentuali nel periodo 2014-2017; cfr. doc. VIII.732, e successive integrazioni e da ultimo aggiornato con VIII.884. Infine anche Siemens mostra una distribuzione del *[60-65]%* circa pubblico *[35-40]%* circa privato, sostanzialmente costante nel tempo; cfr. doc. VIII.730, e successive integrazioni e da ultimo aggiornato VIII.1022.

[50] Esistono ad oggi in Italia solo due esperienze di PPP nelle province di Torino e Novara, di cui, come riferito da GEHC, Althea si è aggiudicata la prima nel 2017; cfr. doc. VIII.782 All.2.

[51] Cfr. anche doc. VIII.753 e ASL Viterbo doc. VIII.760.

[52] Secondo ESTAR-AOUPisana "*il noleggio arriva a superare più di 1,4 – 1,5 volte il costo di acquisto del dispositivo e della manutenzione sul medesimo arco temporale. Si tratta di una scelta che può avere ragioni nella scarsità di fondi per gli investimenti ma di cui il costo per il sistema sanitario è notevolmente più elevato*" Cfr. doc. VIII.1066. La ASL Viterbo ha osservato che "*in linea teorica non risulterebbe conveniente nel caso di dispositivi ad alta tecnologia, a fronte di canoni di servizio ben più elevati. Come detto, si tratta di dispositivi che hanno una durata di vita media elevata con una innovazione tecnologica non particolarmente rapida, e con un uso di materiale di consumo limitato, quindi in principio una sostituzione del dispositivo su base frequente non appare necessaria. Ciò detto qualora non vi siano fondi per l'acquisto del dispositivo (quando se ne presenta la necessità per esempio per la sostituzione del macchinario) o quando si è a conoscenza dell'immissione in commercio di una nuova tecnologia in tempi rapidi il noleggio potrebbe essere preso in considerazione*" Cfr. VIII.760. Secondo la IRCCS, sotto il profilo contabile il ricorso da parte di una Struttura al noleggio è, comunque, vincolato alla quota di spesa allocata storicamente dalla medesima Struttura a tale modalità di affidamento. Cfr. doc. VIII.1068.

(spesa in conto corrente) che è l'uso di un bene in cui, per definizione, è inclusa la sua manutenzione"[53].

44. La domanda pubblica si approvvigiona attraverso procedure a evidenza pubblica svolte a livello locale o sulla base di gare centralizzate bandite da soggetti aggregatori, come le centrali di acquisto regionali e Consip. Si tratta di dispositivi molto costosi che, oltre a superare le soglie di fatturato previste dal codice degli appalti per il ricorso a procedure di acquisto con gara, impongono investimenti molto elevati.

In particolare, ad esempio, si tratta dei costi di installazione e disinstallazione dei macchinari complessi oggetto di esame, ovvero costi di *start up* che includono spedizione, installazione, allestimento dei locali, spese di disinstallazione del dispositivo vecchio[54]. Si tratta di costi in larga misura irrecuperabili, che si duplicano al momento della sostituzione del macchinario e che incidono in percentuale molto rilevante sul prezzo del dispositivo[55].

45. L'istruttoria ha evidenziato l'esistenza di una serie di costi ulteriori associati alla scelta di sostituzione di un dispositivo installato prima del termine della sua vita utile. In larga misura, si tratta di costi connessi alla complessità tecnologica del prodotto, dalla quale conseguono spese significative in termini sia tecnici che amministrativi.

In primo luogo, la struttura sanitaria sostiene costi connessi alle risorse umane impiegate nel processo di *decision making* e alla gestione della procedura d'acquisto (che coinvolge staff medico, personale del settore amministrativo, finanziario e tecnico).

In secondo luogo, l'installazione di un nuovo dispositivo richiede attività di *training* del personale ai fini dell'acquisizione delle competenze necessarie al suo utilizzo e si è visto come tali conoscenze siano in larga parte specifiche alla macchina e non trasversali (tra dispositivi di marchi diversi e addirittura tra differenti macchinari dello stesso produttore).

Altro elemento di rilievo è la possibilità che apparecchi di un diverso produttore non risultino interfacciabili con i sistemi (*server* esistenti e altri *software* in uso nella struttura sanitaria), se non a meno di altri investimenti e adeguamenti non banale da parte della stazione appaltante in termini di organizzazione del bando di gara e, successivamente, dei locali di installazione[56].

46. Le strutture sanitarie private si riforniscono prevalentemente con trattativa privata.

47. L'istruttoria ha consentito di accertare che la domanda è principalmente guidata dal fabbisogno espresso dal personale medico, che è funzione delle esigenze di diagnosi della struttura sanitaria ai fini della cura dei pazienti. Di conseguenza, la scelta del momento di acquisto e sostituzione dei diversi dispositivi appare largamente indipendente da considerazioni strettamente economiche. Tuttavia, vincoli di finanza pubblica stringenti, anche per le strutture private

---

[53] La ASST di Pavia ha altresì indicato che sussiste *in ogni caso, esiste un limite amministrativo per le Strutture Sanitarie con riguardo ai contratti che non possono superare i 9 anni*"; cfr. doc. VIII.1094.

[54] L'analisi dei documenti di gara per l'acquisto dei dispositivi oggetto di istruttoria ha evidenziato l'incidenza rilevante di tali componenti di costo. Cfr. doc VIII.756 (versione in Italiano di VIII.756) memoria economica Philips e successiva integrazione VIII.1058: a titolo meramente indicativo, vedi gare OP012_0916_2 e OP012_1061_off.

[55] A titolo esemplificativo in un contratto per l'offerta di una RM chiavi in mano (GARA N. 368/2016 – Procedura negoziata in esclusiva del 2016) GE prevede opere edili ed impiantistiche indicando che "*[omissis]*" che sono eseguite da ditte esterne specializzate in subappalto, e le cui principali voci di costo hanno un'incidenza percentuale sul costo unitario del bene pari al *[10-15]%* per le opere meccaniche, al *[25-30]%* per le opere elettriche e al *[55-60]%* per le opere edili e affini; cfr. doc. VIII.1081.

[56] Cfr. I.1 e I.6 segnalazione Althea

convenzionate, ostacolano spesso il processo di sostituzione anche dei macchinari più obsoleti[57]. Gli acquisti dei dispositivi avvengono, pertanto, a intervalli anche molto distanziati tra loro nel tempo.

48. In Italia, il parco installato di dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia presenta una grave situazione di invecchiamento, motivata anche dai vincoli alla spesa pubblica delle strutture sanitarie[58]. La permanenza del prodotto presso una struttura sanitaria, a livello nazionale, può infatti ampiamente superare, per taluni dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia, il cd periodo teorico di adeguatezza tecnologica, indicato, per la maggior parte delle tipologie di dispositivi in circa sette anni[59].

49. A dati 2017, una quota significativa dei dispositivi medici per immagini ad alta tecnologia (variabile tra il 20% e il 60% a seconda del tipo di dispositivo) risultava installata presso la medesima struttura sanitaria (pubblica e privata) nazionale da più di dieci anni[60]. Si tratta di valori che risultano largamente superiori a quelli registrati in altri Stati europei (tra cui Regno Unito, Germania e Francia)[61].

50. Anche i dati forniti dalle Parti sull'anno di vendita dei dispositivi che risultano ancora installati presso le medesime strutture sanitarie confermano l'obsolescenza del parco in Italia. Per quanto riguarda GE sulla base dei dati trasmessi, sull'insieme delle RM, TAC e dei sistemi TAC/PET a proprio marchio che risultano installati in Italia al 2018, il *[40-45%]*-[*45-50%]* è stato venduto prima del 2010, mentre la restante quota dopo quella data[62].

---

[57] Cfr. VIII.753 (ALISA). ALISA ha dichiarato che "*visti i pochi fondi disponibili è proprio l'obsolescenza delle apparecchiature e la necessità di sostituzione che guida tutta la programmazione degli acquisti di nuove macchine"*. La ASL Viterbo ha affermato che "*l'acquisto dei dispositivi prescinde da considerazioni sul costo della manutenzione poiché dipende dalle prestazioni che la struttura intende erogare*".

[58] Cfr. Stime di Frost & Sullivan Analysis doc. I.20 e versione non confidenziale doc. I.21. *cit.*; cfr. anche Assobiomedica "*Osservatorio parco installato: Le apparecchiature di diagnostica per immagini in Italia*" Edizione 2017 Num. 38 novembre 2017, *cit.*

[59] Cfr. ALISA cfr. doc. VIII.753, verbale audizione ALISA) e ASL di VIII.760, verbale audizione ASL Viterbo. Anche Philips ha rilevato che il ciclo di vita delle apparecchiature di diagnostica ad alta tecnologia può anche essere molto lungo; in particolare, Philips ha dichiarato che "*il ciclo di vita dei dispositivi medici è in ogni caso generalmente lungo rispetto ad altre industrie: se si conta il tempo che intercorre tra la prima introduzione sul mercato del prodotto e le date EOL/EOS finali, il ciclo di vita complessivo supera facilmente i venti anni"* Cfr. doc. VIII.621.

[60] Cfr. "*Rapporto sulla rilevazione delle apparecchiature sanitarie in Italia*" per il 2017, Ministero della Salute. Sulla vetustà del parco installato Cfr. anche "*Assobiomedica. Osservatorio parco installato: le apparecchiature di diagnostica per immagini in Italia", Edizione 2017*". Rispettivamente http://www.salute.gov.it/portale/documentazione/p6_2_2_1.jsp?lingua=italiano&id=2678 e in varie fonti tra cui http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato195048.pdf; cfr. doc. VIII.1100.

[61] Annualmente l'associazione di categoria dei produttori di dispositivi medici a livello europeo COCIR (European Coordination Committee of the Radiological, Electromedical and Healthcare IT Industry) elabora statistiche sull'età e la densità dei dispositivi installati in Europa. Secondo queste fonti pubbliche, nel 2015 paesi come Francia, Danimarca e Svezia registrano percentuali molto alte (tra il 55% e il 77%) di dispositivi medici per immagini ad alta tecnologia con età fino a 5 anni; l'analisi del COCIR è stata ripresa in Cfr. "*Osservatorio parco installato: le apparecchiature di diagnostica per immagini in Italia",* cit. Sulla base degli ultimi dati disponibili di COCIR (2019) in Italia a fine 2018 la quota dei dispositivi istallati con un'età uguale o superiore a 10 anni è del 30% per le TAC, del 29% per le RM, del 30% circa dei sistemi PET e del 37% per gli angiografi. Per nessuna di queste tipologie di macchinari l'Italia soddisfa la cd Golden Rule di COCIR, secondo la quale la quota "ideale" di dispositivi con un'età uguale o superiore a 10 anni non dovrebbe superare il 10% circa; cfr. Pubblicazione COCIR "MEDICAL IMAGING EQUIPMENT AGE PROFILE & DENSITY 2019 Edition", sul https://www.cocir.org. cfr. doc. VIII.1100.

[62] Cfr. doc. VIII. 885 (GE).

Dai dati forniti da Philips, risulta che il *[35-40%]*-[*45-50%]* dei dispositivi RM, TAC e dei sistemi TAC/PET a proprio marchio, che risultano installati in Italia al 2018, è stato venduto prima del 2010, mentre la restante quota dopo quella data[63]. Siemens ha prodotto informazioni da cui si evince che il *[30-35%]*-[*50-55%]* dei dispositivi RM, TAC e dei sistemi TAC/PET a proprio marchio che risultano installati in Italia al 2018, è stato venduto alla struttura sanitaria prima del 2010, mentre la restante quota dopo quella data.

51. La durata media del ciclo di vita effettivo dei prodotti in questione è suscettibile di essere particolarmente lunga anche perché non vi sono state innovazioni radicali nei meccanismi di funzionamento di questi macchinari quanto piuttosto migliorie relative alla *performance* che, in genere sono implementate sulle apparecchiature esistenti (le c.d. piattaforme) attraverso aggiornamenti del *software* (*upgrade* e *update*), anche di natura obbligatoria, da parte delle case produttrici. L'offerta di questi aggiornamenti per ritardare l'impatto dell'obsolescenza dell'apparecchio (*i.e.* estendere il ciclo di vita del dispositivo) è una prassi diffusa[64].

52. GE ha rappresentato che l'indicazione della durata *di vita attesa* del prodotto è un'informazione rilasciata solo a fini regolatori per la certificazione all'immissione in commercio del dispositivo, non ai clienti[65]. Philips ha indicato che non esiste una nozione univoca nel settore di durata di vita[66] e comunque che "*la nozione di "durata di vita"* […] *è una delle caratteristiche del dispositivo che deve essere stabilita dai fabbricanti*"[67]. Per prassi di settore, le date che

---

[63] Cfr. doc. VIII. 884 (Philips). Nella sua memoria economica Philips indica che la vita media dei dispositivi ad alta tecnologia installati è compresa tra i *[5-10]* e i *[10-15]* anni, mentre la vita media dei dispositivi ad alta tecnologia disinstallati è compresa tra gli *[10-15]* e i *[15-20]* anni*;* cfr. doc. VIII.756 (Memoria economica Philips).

[64] Cfr. Philips doc. VIII.795. I rappresentanti di Philips nell'illustrare esempi di manutenzione sul modello *TAC Ingenuity* 4.1.7. hanno chiarito "*che la prima configurazione di questo modello di TAC Ingenuity è stata immessa in commercio nel 2010 e poi vi sono state rilasciate diverse versioni/release*" una prima nel 2012 e poi altre successive fino all'attuale versione 4.1.7; cfr. doc. VIII.956 pag.37. Analoghe osservazioni sono state rese da GE. Con riguardo ai modelli di TAC di recente immessi in commercio, ad esempio per la TAC EVO di cui GE ha dato illustrazione per l'esecuzione di talune procedure di manutenzione, la società ha rappresentato che si tratta di migliorie di componenti di modelli già in commercio, in particolare GE ha dichiarato che "*non si tratta in realtà di prodotti radicalmente nuovi rispetto ai precedenti modelli;* [omissis]" e altresì chiarito che "*la differenza fisica fra i modelli risiede rispettivamente nel* [omissis]*, che sono cambiati nelle evoluzioni tecnologiche successive ai fini di aumentare le prestazioni della macchina*"; cfr. doc. VIII.947 Verbale di Audizione tecnica GE pag. 2 e 3.
Analogamente Siemens nel corso della sua audizione nell'illustrare le funzionalità della TAC Emotion ha indicato che si tratta di un modello "*commercializzato da più di 10 anni ma è stato soggetto ad update del Sistema operativo e del relativo software alla versione VB42B del 2014, con installazione del relativo aggiornamento del software nei dispositivi tra il 2015 e 2016*"; cfr. doc. VIII.960.

[65] GEHC ha affermato che "*La "durata di vita attesa" è un requisito regolamentare definito in base all'Allegato I, paragrafo 4, della Direttiva (CE) 93/42 sui dispositivi medici ("MDD"), recepito in Italia dal Decreto Legislativo 24 febbraio 1997, n. 46 e rappresenta il periodo durante il quale il fabbricante ritiene che il prodotto possa funzionare in sicurezza. La durata viene stimata dal produttore sulla base di considerazioni tecniche nel contesto della gestione del rischio del dispositivo. […] La "durata di vita" viene stimata dal produttore in modo indipendente rispetto al servizio di manutenzione del servizio al prodotto. […][…] In conclusione, si precisa che non esiste alcuna relazione tra la "durata di vita attesa" come stimata nell'ambito del Risk Management File che rappresenta il ciclo durante il quale si prevede che il prodotto possa operare in sicurezza (requisito di carattere regolatorio e funzionale alla sicurezza) e l'effettiva cessazione del prodotto da parte di GEHC, essendo quest'ultima una decisione che ricade al di fuori dell'ambito della regolamentazione ed è gestita secondo considerazioni di natura commerciale"*. Cfr. VIII.767. In tal senso, anche le IEC 60601-1 si riferiscono alla c*d Expected Lifetime/Expected Service Life* quale quella durata temporale in cui il dispositivo funziona in modo effettivo e sicuro ed è inerente ad obblighi relativi al Risk management, lasciando al produttore ogni decisione in merito alla durata di vita del prodotto e delle sue componenti costitutive. In questo periodo, possono essere necessarie azioni di manutenzione, riparazione inclusi gli aggiornamenti software.

[66] Cfr. doc. VIII.773.

[67] Cfr. doc. VIII.621.

scandiscono di fatto il ciclo di vita dei dispositivi sono le c.d. date di *End of Production, End of Life* (EOL), *End of Service* (EOS) e *Out of Use*[68].

La *End of Production* si raggiunge quando il fabbricante decide di interrompere la produzione di un determinato modello di dispositivo ed è seguita dalla c.d. End of Life, che coincide con la data in cui lo stesso fabbricante decide di cessare anche lo sviluppo di aggiornamenti *hardware* e *software* per il dispositivo nonché la produzione delle sue parti di ricambio; questa è una decisione che integra aspetti di natura commerciale e può anche non coincidere con la data *di vita attesa* del bene indicata ai fini regolatori.

Per il fabbricante, in qualità di manutentore, rileva, poi, il concetto di "*fine supporto/servizio*" (*End of Service/Support-EoS*) che decorre a seguito della decisione di cessare la produzione e la vendita di un dato apparecchio e delle sue parti. A partire da tale data decorre un lasso temporale in cui le case produttrici non garantiscono più per quel modello di apparecchio l'erogazione di un servizio di manutenzione come in precedenza, assicurando solo interventi su base *spot* o in cd "*best effort"* (ovvero operando con ogni ragionevole sforzo per continuare l'erogazione del servizio) senza garantire più né i livelli di servizio pattuiti, né la disponibilità di parti di ricambio. Questa fase, di fatto, si conclude quando il fabbricante (nella veste di manutentore dei dispositivi) non garantisce più alcuna forma di supporto e/o parti di ricambio per quel dato modello di dispositivo e culmina con la cessazione dell'uso del dispositivo (cd *out of use*)[69]. Si tratta di informazioni che il fabbricante non rende note al cliente al momento dell'acquisto del dispositivo medico, ma solo durante la vita utile dello stesso, di regola con un anticipo di uno o due anni rispetto al verificarsi della EOS (End of Service)[70].

53. Le Strutture Sanitarie hanno documentato che la comunicazione della data EOS *(end of service)* può variare per ciascun dispositivo installato e non dipende dalla data di acquisto del bene[71]; ciò è stato anche confermato dalle stesse case produttrici[72].

---

[68] Cfr. Linee Guida emesse nel 2013 dall'European Coordination Committee of the Radiological, Electromedical and Healthcare IT Industry (COCIR) avente ad oggetto "GOOD MAINTENANCE SERVICES PRACTICE GUIDE OPTIMISING THE EQUIPMENT LIFE CYCLE", disponibili in *https://www.cocir.org/fileadmin/Publications_2013/13004.COC.Good_Maintenance_WEB.pdf*; cfr. doc. VIII.1100. Anche VIII.621.

[69] Cfr per Siemens cfr. doc. VIII.730 e VIII.766*;* per GE cfr. doc. VIII.767, VIII.733, e VIII.794; per Philips cfr. doc. VIII.621 e VIII.773.

[70] Siemens cfr. doc. VIII.730 e VIII.766*;* per GE cfr. doc. VIII.767, VIII.733, e VIII.794; per Philips cfr. doc. VIII.621 e VIII.732, da cui si evince che Philips non rilasciava comunicazioni ai Clienti sul raggiungimento di EOL e/o EOS prima del *[omissis]*.

[71] Cfr. doc. VIII.727 (ESTAR), VIII.753 (ALISA) e VIII.760 (ASL Viterbo). Anche la ASL Frosinone ha indicato che in linea con la Norma CEI 62-5 ed III. il fabbricante si esprime "*in termini di "vita in servizio prevista […] come durata massima della vita utile definita dal Fabbricante, ma questo dato non è sempre chiaramente espresso tra le informazioni che il fabbricante mette a disposizione dell'utilizzatore ed il mercato ha comportamenti eterogenei rispetto a questo. Il recente MDR (regolamento dispositivi medici) del 2017, rimarca l'importanza che il fabbricante indichi e dichiari la "vita prevista" del dispositivo*"; cfr. doc. VIII.768.

[72] Ad esempio GE ha indicato che "*[omissis]*". Cfr. VIII.767, anche VIII.733 e VIII.794. Per Siemens la EOS viene definita all'incirca 5-10 anni dopo la decisione di cessare la commercializzazione di un dato dispositivo su scala mondiale; cfr. doc. VIII.766. Siemens indica altresì nei propri contratti che le apparecchiature in cd EOS sono quei sistemi che la Casa Madre ha dichiarato fuori produzione da più di 10 anni; cfr. doc. VIII.730 esempi di template contrattuali. Anche Philips ha indicato che "*[omissis]";* doc. VIII.621.

54. Tutte le Parti hanno documentato che una significativa quota dei dispositivi installati in Italia ha superato la c.d. data di EOS[73],[74],[75].

IV.2.2 L'offerta di dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia

55. L'offerta di dispositivi per immagini ad alta tecnologia è caratterizzata dalla presenza di tre principali operatori, individuati nei gruppi GE, Siemens e Philips, attivi in Italia nella vendita di dispositivi medici per il tramite delle proprie filiali nazionali Siemens Italia, Philips Italia e GE Italia[76]. Ciò discende *in primis* dalla già richiamata complessità tecnologica che distingue le apparecchiature oggetto della presente istruttoria e che richiede ingenti investimenti in ricerca e sviluppo di tecnologie innovative per la diagnosi sempre più accurata delle diverse patologie. La rilevanza di tali investimenti spiega l'elevato grado di concentrazione del mercato in esame[77].

56. GE, Philips e Siemens detengono, infatti, quote di mercato in termini di valore delle vendite tra loro comparabili, nell'ordine del *[25-30]*% ciascuna e sono altresì attivi nell'offerta dell'intera gamma di dispositivi ad alta tecnologia. Più marginali risultano, invece, le posizioni di Toshiba, Hitachi Medical Systems e Neusoft, sia in termini di quota di mercato che di gamma di dispositivi offerti. L'offerta di dispositivi per immagini ad alta tecnologia risulta quindi concentrata e vede i primi tre operatori detenere complessivamente una quota di mercato nell'ordine dell'ordine del *[85-90]*%.

---

[73] Per quanto concerne GE, dalle informazioni acquisite agli atti, risulta che, per i dispositivi ad alta tecnologia (RM, TAC e sistemi TAC/PET) in Italia, la data in cui il gruppo notifica di non garantire più né supporto tecnico né gli aggiornamenti dei propri sistemi o la disponibilità di parti di ricambio (la cd EoS) può variare in media tra i *[10-15]* anni e i *[15-20]* anni. Sul totale di questi apparecchi installati in Italia, risulta che il *[5-10]*% ha raggiunto o superato la data di EoS media. Cfr. doc. VIII.794

[74] Per Philips il numero di anni oltre il quale la casa produttrice non garantisce più il supporto tecnico e/o gli aggiornamenti dei sistemi e la produzione di parti di ricambio per i dispositivi ad alta tecnologia (RM, TAC e sistemi TAC/PET) installati in Italia, può anche raggiungere in media *[15-20]* anni (EoS). In particolare, il *[5-10]*% circa delle TAC e delle TAC/PET ha raggiunto o superato i *[15-20]* anni di vita; il *[10-15]*% delle RM ha raggiunto o superato i *[10-15]* anni di vita; cfr. doc. Risposta Philips 17 dicembre 2018; cfr. doc. VIII.732.

[75] Per quanto riguarda Siemens, che considera un apparecchio in EoS (*End of Support*) quando risulta fuori produzione da più di *[10-15]* anni, dai dati trasmessi risulta che, rispetto alla propria base installata in Italia, il *[1-5]*% circa delle RM, il *[5-10]*% circa delle TAC e poco meno del *[5-10]*% circa delle TAC/PET hanno superato quella che per la casa produttrice è la EoS specifica ad ogni dispositivo (EoS); cfr. doc. VIII.766 (integrazione risposta di gennaio 2019); VIII.730.

[76] Cfr. anche doc. VIII.840 (Humanitas); doc. VIII.835 (Hospital Consulting), VIII.844 (BDA Solution), VIII.848 (Tecnologie Sanitarie) e VIII.631 (Siemens).

[77] Philips ha indicato che "*i dispositivi sono fabbricati in piccoli lotti di produzione (molto più piccoli dei normali prodotti di consumo) e alla luce della limitata disponibilità di know-how di progettazione (ad esempio ingeneri tecnici e di R&S) e di strumenti di progettazione (ad esempio di piattaforme di progettazione software)*"; cfr. doc. VIII.621. Anche GE nell'illustrare un nuovo modello di TAC immesso in commercio dal fabbricante 2 anni fa ha commentato che si tratta della "ultima configurazione di una categoria di TAC […] e rappresenta la terza generazione di TAC che usano la piattaforma VCT. Le piattaforme sono famiglie di categorie di dispositivi, ulteriormente caratterizzate in segmenti o modelli" il nuovo modello sostituisce quindi due precedenti modelli; cfr. doc. VIII.947 pag. 2.

Quote di mercato delle parti nella vendita dei dispositivi per immagini ad alta tecnologia – dati in valore

	2013	2014	2015	2016	2017	*Dato medio*
GE	***[25-30]%***	***[25-30]%***	***[35-40]%***	***[30-35]%***	***[25-30]%***	***[30-35]%***
Apparecchi a risonanza magnetica	*[25-30]%*	*[25-30]%*	*[20-25]%*	*[25-30]%*	*[20-25]%*	*[20-25]%*
Sistemi per angiografia (digitale)	*[15-20]%*	*[10-15]%*	*[25-30]%*	*[10-15]%*	*[25-30]%*	*[15-20]%*
Sistemi TAC/PET SPECT medicina nucleare	*[25-30]%*	*[50-55]%*	*[55-60]%*	*[55-60]%*	*[60-65]%*	*[50-55]%*
Tomografi computerizzati	*[30-35]%*	*[30-35]%*	*[45-50]%*	*[35-40]%*	*[30-35]%*	*[35-40]%*
Philips	***[30-35]%***	***[25-30]%***	***[25-30]%***	***[30-35]%***	***[30-35]%***	***[25-30]%***
Apparecchi a risonanza magnetica	*[50-55]%*	*[30-35]%*	*[35-40]%*	*[35-40]%*	*[30-35]%*	*[35-40]%*
Sistemi per angiografia (digitale)	*[20-25]%*	*[25-30]%*	*[40-45]%*	*[40-45]%*	*[50-55]%*	*[35-40]%*
Sistemi TAC/PET SPECT medicina nucleare	*[15-20]%*	*[15-20]%*	*[0-5]0%*	*[20-25]%*	*[25-30]%*	*[15-20]%*
Tomografi computerizzati	*[20-25]%*	*[10-15]%*	*[10-15]%*	*[10-15]%*	*[15-20]%*	*[15-20]%*
Siemens	***[30-35]%***	***[35-40]%***	***[25-30]%***	***[20-25]%***	***[25-30]%***	***[25-30]%***
Apparecchi a risonanza magnetica	*[15-20]%*	*[30-35]%*	*[20-25]%*	*[20-25]%*	*[25-30]%*	*[20-25]%*
Sistemi per angiografia (digitale)	*[65-70]%*	*[55-60]%*	*[45-50]%*	*[20-25]%*	*[15-20]%*	*[40-45]%*
Sistemi TAC/PET SPECT medicina nucleare	*[60-65]%*	*[35-40]%*	*[45-50]%*	*[20-25]%*	*[10-15]%*	*[35-40]%*
Tomografi computerizzati	*[15-20]%*	*[25-30]%*	*[15-20]%*	*[20-25]%*	*[35-40]%*	*[20-25]%*
Stima QM totale delle parti su alta tecnologia	***[90-95]%***	***[90-95]%***	***[90-95]%***	***[80-85]***	***[85-90]%***	***[85-90]%***
Valore totale ordini alta tecnologia ITALIA*	*[100-200]*	*[100-200]*	*[100-200]*	*[100-200]*	*[100-200]*	

Fonte: elaborazioni su dati trasmessi dalle Parti relativi al valore degli ordini dei dispositivi; doc. VIII.730 (Siemens), VIII.773 (GE), VIII.732 (Philips).
* Media dei dati trasmessi dalle Parti, milioni di euro. ** Con riguardo a Philips, il dato relativo al valore degli ordini della società per ciascuna tipologia di dispositivo è stato calcolato a partire dai dati della relativa quota di mercato fornita dalla società. È stato utilizzato il totale degli ordini tramesso da ciascuna società (in considerazione del fatto che i dati non erano del tutto omogenei tra loro in ragione di aggiustamenti rispetto ai dati di fonte COCIR apportati da ciascuna società).

57. Riguardo alla relativa variabilità, da un anno all'altro, delle quote di mercato (in valore) delle Parti, si ricorda che gli ordinativi di dispositivi da parte della domanda hanno carattere non

continuativo (dato il lungo ciclo di vita dei dispositivi) e che le procedure di gara indette dai soggetti aggregatori della domanda pubblica possono riguardare anche un numero elevato di dispositivi[78].

58. In merito all'esistenza di un mercato secondario dei dispositivi usati da destinare al ricondizionamento e/o alla rigenerazione HTS Med ha spiegato che in Italia "*non si è sviluppato un vero mercato dell'usato di dispositivi di diagnostica ad alta tecnologia perché le strutture pubbliche, che rappresentano la porzione più significativa della domanda di dispositivi (circa l'80%), tendono a dismettere i propri apparecchi quando ormai non sono più di fatto ricondizionabili perché eccessivamente deteriorati o dichiarati dalla casa produttrice fuori produzione*"[79].

Anche quando la cessione avviene, l'acquirente dell'apparecchiatura dismessa è di norma lo stesso produttore e il valore di rivendita dei dispositivi usati è molto inferiore al valore residuo del macchinario[80],[81].

IV.3 I servizi di manutenzione sui dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia

59. I dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia sono prodotti di lunga durata che necessitano di una attività di manutenzione affinché ne sia garantito il corretto funzionamento in sicurezza durante l'intero effettivo ciclo di vita. La manutenzione si caratterizza nel compimento di tutte le azioni tecniche, amministrative e gestionali destinate a mantenere i dispositivi - o a riportarli - ad uno stato in cui possa eseguire la funzione richiesta[82]. Le azioni tecniche constano, in particolare, di un insieme di azioni (ordinarie) di natura preventiva e correttiva. I dispositivi possono, poi, essere oggetto di interventi (straordinari) di miglioramento (*update*) e/o di modifica (*upgrade*) e che si sostanziano nell'installazione di *software* il cui sviluppo è appannaggio dei fabbricanti.

I servizi di manutenzione sono fondamentali per garantire la sicurezza del funzionamento di un dispositivo e devono, quindi, essere svolti in conformità con le specifiche del produttore, le previsioni regolatorie e gli *standard* internazionali.

60. Prima di procedere all'illustrazione delle fasi che caratterizzano la manutenzione di un apparecchio di diagnostica per immagini, vale osservare che in ragione della complessità tecnologica dei dispositivi ad alta tecnologia i requisiti per l'erogazione della manutenzione su tali dispositivi nel corso della loro vita effettiva risultano più stringenti rispetto a quelli relativi ai dispositivi di

---

[78] GE ha riferito che "*La natura del mercato primario è quella di un bidding market,*" cfr. doc. VIII.782 memoria economica All. 2. Parimenti Philips ha osservato che, "*La domanda pubblica non è stabile negli anni in quanto condizionata dalle gare centralizzate,* cfr. doc. VIII.773.

[79] Cfr. doc. VIII.948 (HTS).

[80] In altri mercati geografici europei, si è sviluppata una qualche compravendita di apparecchi usati. Si tratta, comunque, di dispositivi che non hanno raggiunto il grado di obsolescenza comune in Italia e che sono destinati al più al *business* delle parti di ricambio usate; cfr. Rapporto sull'obsolescenza COCIR *cit*. Queste necessitano, peraltro, di ricondizionamento e/o per lo meno di una previa verifica del loro stato di funzionamento per poter essere rivendute nel mercato secondario dei ricambi.

[81] Althea, nella propria memoria, cita lo studio della Commissione Europea del 2015 "*Remanufacturing market study"* dal quale emergerebbe che a fronte di un prezzo di acquisto di un dispositivo nuovo tra 0,8 e 1,2 milioni di euro, il valore di rivendita del dispositivo usato sarebbe compreso fra 0,2 e 0,3 milioni circa (esempio relativo ad un macchinario per risonanza magnetica sul marketplace *medwow.com*); cfr. doc. I.2 memoria economica Compass Lexecon.

[82] I riferimenti normativi per la manutenzione sono molteplici. Tra questi le Norme UNI e le Norme CEI. In particolare la Norma UNI 13306:2017 ("Manutenzione - Terminologia di manutenzione" che abroga la precedente UNI 13306:2010) è uno Standard Europeo predisposto da un apposito Comitato Tecnico CEN/TC 319 che assurge a standard nazionale e a cui anche l'Italia si è obbligata ad aderire. La Norma omogenizza le definizioni e tipi di manutenzione. Le UNI 10147:2013 definiscono la nozione di manutenzione migliorativa. La Norma CEI EN 62353 dispone requisiti e criteri per la verifica della sicurezza degli apparecchi elettromedicali (che sostituisce le Norme CEI 62-122 e UNI 9910).

medio-bassa tecnologia, sia nei livelli di servizio richiesti che nella modalità di erogazione delle attività e degli *input* per poterla eseguire[83]. Ad eccezione di alcune semplici attività di verifica, il servizio deve essere svolto da personale tecnico specializzato, sia che si tratti di manutentori esterni alla Struttura che di ingegneri clinici della struttura (anche se più raro in Italia).

61. Con riguardo alle attività di manutenzione ordinaria, la manutenzione preventiva[84] ha lo scopo di valutare e/o mitigare il degrado del funzionamento di un dispositivo (e delle sue parti soggette ad usura) e ridurre la probabilità dell'occorrenza di guasti. La manutenzione preventiva viene eseguita su un dispositivo funzionante (quindi prima dell'occorrenza di una avaria) e consiste nell'osservazione, monitoraggio e analisi dello stato di funzionamento del sistema e delle sue parti (siano esse parti meccaniche, *hardware* o *software*). Ove necessario, la manutenzione preventiva può sfociare in conseguenti azioni attive per il ripristino delle funzionalità dell'apparecchio in uno stato ottimale secondo le specifiche di produzione.

62. La verifica dello stato di funzionamento di un apparecchio avviene attraverso azioni di base (*routine maintenance* o manutenzione di I° Livello), eseguibili anche da personale non tecnico, tra cui le ispezioni a vista e, se applicabili, semplici prove (*i.e.* Test di Qualità dell'immagine), nel rispetto delle modalità e della frequenza definite dal fabbricante. La manutenzione preventiva contempla anche azioni più complesse (attività di II° Livello) eseguibili da personale qualificato, che includono l'esecuzione di Test e diagnosi preventive[85] per la valutazione delle condizioni fisiche dei dispositivi, nonché controlli di sicurezza e altri controlli funzionali[86].

63. Da questi controlli, possono scaturire azioni attive con l'obiettivo di riportare l'apparecchio alle specifiche operative di fabbricazione o di ripristino della sua funzionalità "ottimali". Si tratta, di norma, della "*messa a punto*" (anche detta calibrazione, taratura o regolazione)[87] o della sostituzione di una parte. Può accadere che la sostituzione di una parte *hardware* avvenga prima che smetta di funzionare, poiché il suo stato di usura può contribuire al degrado delle prestazioni dell'apparecchio o essere causa di un guasto anche bloccante.

64. La manutenzione preventiva può avere natura predittiva quando si basa su analisi di tipo previsionale volte a predire l'insorgere di criticità prima che possano concretizzarsi in veri e propri guasti (*i.e.* prima che determinino il fermo macchina). Queste analisi includono meccanismi di

---

[83] Per la ASL Frosinone "*l'attività di manutenzione è un servizio fungibile, ma che a tal fine, per quanto riguarda i dispositivi ad alta tecnologia, è particolarmente importante che il soggetto affidatario del servizio abbia a disposizione la documentazione tecnica e di accompagnamento associata a ciascun dispositivo, così come prevista dal produttore, nonché le parti di ricambio*"; cfr. doc. VIII.739. La Centrale di acquisto ESTAR ha osservato che "*non vi sono preclusioni all'introduzione della concorrenza nell'erogazione della manutenzione anche sui dispositivi ad alta tecnologia e/o alla possibilità che soggetti terzi diversi dai produttori possano manutenere queste tipologie di apparecchi purché sia garantita l'adeguata manutenzione ossia che la manutenzione sia effettuata sulla base delle prescrizioni del fabbricante, da tecnici adeguatamente formati e che siano in possesso di ricambi originali*"; cfr. doc. VIII.727.

[84] Ai sensi delle Norme UNI 13306:2018 la manutenzione preventiva può assumere diverse forme tra cui la manutenzione preventiva programmata, la manutenzione preventiva secondo condizione, la manutenzione preventiva predittiva.

[85] Cfr. norma UNI 13306:2018.

[86] Si tratta di controlli sulle connessioni funzionali, ossia i collegamenti, di tipo elettrico o altro, compreso il trasferimento di segnali, dati, potenza o sostanze.

[87] Le calibrazioni sono procedure (automatiche) di aggiustamento e/o equilibratura di parametri e di componenti operative di un sistema per garantire la stabilità al sistema. Queste operazioni sono specifiche a ciascun tipo/modello di dispositivo. Tanto maggiore l'uso del dispositivo tanto maggiore la sollecitazione che si produce sulle componenti operative del dispositivo (sulle parti *hardware*) e, quindi, tanto più frequente devono essere eseguite queste operazioni di calibrazione per riportare il dispositivo a funzionare in sicurezza e secondo le specifiche di produzione.

verifica automatica dell'usura di determinate parti speciali (per stimare il tempo residuo prima che smetta di funzionare) direttamente installati nel dispositivo o meccanismi di monitoraggio automatico di specifici parametri del dispositivo più o meno articolati. L'attività di monitoraggio può essere pianificata, avvenire su richiesta o essere svolta in maniera continuativa.
Negli ultimi tempi i fabbricanti attenzionano molto le attività di monitoraggio preventivo predittivo su base sistematica. I dispositivi immessi di recente in commercio sono, infatti, dotati di sofisticate connessioni *ad hoc* che consentono di acquisire in maniera sistematica da remoto il risultato della misurazione di una serie di parametri (vitali per il sistema specifici a ciascuna parte che compone l'apparecchio e oggetto del monitoraggio). Dalla sistematica acquisizione di questi dati di sistema, i fabbricanti sviluppano appositi modelli statistico-econometrici (analisi di *big data*)[88] per estrapolare (per ciascuna delle componenti oggetto di monitoraggio) il tempo residuo prima del guasto. Tra i benefici attribuiti a queste attività vi è quella di limitare i tempi di fermo macchina e contribuire ad una maggiore estensione della vita del bene[89],[90].

65. Si è già detto, a tale riguardo, che, ai sensi del Regolamento 2017/745 incombe sul fabbricante, nel contesto di *post-market surveillance*, l'obbligo di dotarsi di un sistema di monitoraggio dei parametri di sistema da cui possano scaturire indicazioni su misure correttive da intraprendere, e ciò per garantire che il dispositivo continui a funzionare in sicurezza[91].

66. La manutenzione correttiva o a guasto è eseguita a seguito della rilevazione di un'avaria ed è volta a riportare l'entità nello stato in cui essa possa svolgere la funzione richiesta[92]. Accertata la presenza di un'avaria, si deve procedere alla fase di diagnostica, ossia di individuazione della relativa causa e, quindi, della parte o componente guasta (la c.d. attività di *troubleshooting*)[93].

67. Le azioni correttive a guasto consistono, di norma, nella riparazione e/o ricondizionamento, sostituzione e/o installazione del sistema e/o delle componenti *hardware* dell'apparecchio in quanto guaste o guaste ad intermittenza. Nel caso di malfunzionamento di un *software* si può procedere alla sostituzione e re-installazione del programma oggetto di previe azioni di *debug*. A seguito delle operazioni correttive sono eseguite, sempre, le procedure di calibrazione e le procedure di verifica e

---

[88] Cfr. sul punto Siemens doc. VIII.960 Verbale di Audizione tecnica Siemens, All. A alla presentazione dal titolo "*Technical foundations for CT and MR maintenance*", pag.4. Per effettuare la diagnosi remota Siemens indica che è necessaria una apposita linea dati al fine di poter consentire le suddette operazioni periodiche di autodiagnosi dell'apparecchiatura e invio in maniera automatica dei dati all'unità centrale di supporto situato presso la casa madre di Siemens in Germania; tra gli altri doc. VIII.785 All. IV, doc. VIII.1002 e anche cfr. doc. VIII.989 esempi contrattuali (sostituisce il VIII.988).

[89] Sui benefici della manutenzione predittiva, a esempio, GE osserva che "*La riduzione del rischio di guasti imprevisti converte gli eventuali tempi di fermo tecnico improvvisi in eventi programmati, contribuendo ad evitare disservizi a danno di pazienti e personale*"; Cfr. doc. VIII.7 782 memoria infra-procedimentale GEHC (prg. 32, pag. 10 e 11).

[90] Il Rappresentante della Fondazione IRCCS ha chiarito che "*negli ultimi anni sta assumendo una particolare rilevanza la manutenzione predittiva che consente di anticipare il guasto e programmare un intervento di manutenzione correttiva prima che si produca la rottura di una parte. Le case produttrici misurano e rilevano sistematicamente eventi tecnici e parametri di funzionamento delle proprie apparecchiature. Questa mole di dati è analizzata tramite appositi algoritmi che, sulla base di predefinite soglie di attenzione, danno indicazioni sulla probabilità del verificarsi di un guasto. Con queste informazioni i produttori offrono la possibilità di intervenire anche prima che la parte si rompa così da ridurre i tempi di fermo macchina inattesi*"; cfr. doc. VIII.1068 Verbale di Audizione Fondazione IRCCS.

[91] Cfr. art. 83 del Regolamento 745/2017.

[92] In tal senso cfr. UNI EN 13306:2017 e le norme CEI 62323).

[93] Cfr. i verbali delle Parti doc. VIII.947 (GE), VIII.956 (Philips) e VIII.960 (Siemens).

validazione degli interventi (*i.e.* esecuzione dei Test di QA descritti nell'ambito della manutenzione preventiva)[94].

68. Esistono poi delle attività straordinarie che riguardano i c.d. interventi di miglioramento e di modifica del sistema. Per questi dispositivi ad elevata complessità tecnologica per garantirne l'affidabilità e la sicurezza, il fabbricante sviluppa (e rilascia) correzioni e/o migliorie ai sistemi e/o alle componenti *software* e *hardware* del dispositivo (anche detti *upgrade* e *update*). Le correzioni/migliorie che hanno natura obbligatoria devono essere rilasciate in forma gratuita dal fabbricante in quanto dettate da ragioni di sicurezza (i c.d. *Mandatory Field Change Order*)[95]. In altri casi, il fabbricante rilascia *upgrade* e *update*, ad esempio, per prolungare la vita in servizio di un dispositivo, per riportare un'apparecchiatura già installata all'ultima versione disponibile in commercio o in taluni casi, per rispondere all'entrata in vigore di nuove leggi/norme (come il monitoraggio post commercializzazione di cui sopra). Questi tipi di aggiornamenti sono sviluppati anche contestualmente a quelli di sicurezza.

IV.3.1 La domanda dei servizi di manutenzione

A. Le caratteristiche richieste dalla domanda

69. La domanda di servizi di manutenzione di dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia è espressa dalle strutture sanitarie pubbliche e private proprietarie dei dispositivi. Per le tre Parti del procedimento, il valore dei servizi di manutenzione sulle apparecchiature ad alta tecnologia resi in favore di strutture pubbliche rappresenta una percentuale compresa tra il 65% e il 70% del totale del valore dei servizi resi in Italia[96].

70. In Italia, il servizio di assistenza e manutenzione sui dispositivi di diagnostica ad elevata complessità tecnologica – diversamente da quelli a medio-bassa tecnologia - è, di regola, completamente esternalizzato, anche in considerazione del fatto che le strutture, in genere, non sono dotate di servizi di ingegneria clinica tali da poter eseguire con propri tecnici (*i.e. in house*) la gestione e conservazione del parco installato[97]. Proprio l'assenza di tali figure tecniche contribuisce a determinare anche una diffusa difficoltà di previsione del fabbisogno complessivo per l'intero ciclo di vita del prodotto.

---

[94] Cfr. doc. VIII.960 Verbale di Audizione tecnica Siemens tra gli altri pag.18; anche doc. VIII.956 Verbale di Audizione tecnica Philips, tra gli altri pag. 27; e doc. VIII.947 Verbale di Audizione tecnica GE, tra le altre pag. 7.

[95]

[96] Cfr. per Siemens doc. VIII.730 e successive integrazioni; per Philips doc. VIII.732 e successive integrazioni; per GE doc. VIII.733 e successive integrazioni. I dati trasmessi sono confermati anche da una serie di evidenze acquisite in sede ispettiva. Ad esempio Siemens, in una presentazione interna del 2015, rileva che i servizi di manutenzione sono destinati al *[65-70]%* a strutture pubbliche e per il restante *[35-30]%* a strutture private (cfr. III.88).

[97] Cfr., tra gli altri, doc. VIII.956 All. 1 (Philips), doc. VIII.795 (Philips). La Centrale di acquisti Alisa osserva come la figura degli Ingegneri Clinici è stata solo di recente riconosciuta e prevista nell'ambito delle Strutture Sanitarie con la Legge n. 3 del gennaio 2018 che ha disposto la costituzione di un apposito Albo per tale figura professionale, che l'Ingegnere Clinico ha l'obiettivo di svolgere un ruolo di intermediazione tra le esigenze dei medici e quelle dei responsabili gestionali degli acquisti, che necessiterebbe di una specifica formazione tecnica, preferibilmente su ciascuna marca, e che realtà di importanti ospedali sono ancora privi di queste figure professionali o di tecnici esperti (Cfr. doc. VIII.753).

71. Quanto alla tipologia contrattuale, i fabbricanti hanno documentato di offrire tre tipologie di contratti il c.d. "*full risk*", il c.d. "*shared risk*" e i c.d. contratti in "*shared maintenance*"[98].
Il contratto *full-risk*, che come si vedrà è quello più diffuso in Italia, comprende l'intera attività di manutenzione del dispositivo (sia preventiva che correttiva) e la fornitura delle parti di ricambio, e in particolare di quelle speciali, che dovessero rendersi eventualmente necessarie nel corso della durata contrattuale. Con il termine *shared risk* si intende, di regola in Italia, un contratto *full risk* che non comprende la fornitura di tutte le parti di ricambio speciali[99]. Con la formula "*shared maintenance*" si fa invece riferimento a quei contratti in cui una parte degli interventi di manutenzione sono svolti direttamente dalla struttura sanitaria tramite i propri tecnici *in house*. In assenza di un rapporto contrattuale di durata (ad esempio nel caso di quei dispositivi in cd EoS) è possibile chiedere interventi di manutenzione "a chiamata" (per taluni OEM sono detti interventi "*on call*", mentre per altri sono denominati "*Time&Material*").
72. I dispositivi medici di diagnostica per immagini ad alta tecnologia sono cruciali ai fini dell'esame clinico di determinate patologie e, trattandosi di grandi e complessi apparecchi, molto costosi, sono di norma presenti in numero assai limitato nelle strutture sanitarie (al massimo si tratta di alcune unità)[100] e di regola non sono sostituibili, in caso di avaria, con un altro apparecchio (dispositivi mobili o muletti). Ciò implica che per le strutture sanitarie è estremamente importante che la manutenzione su dette apparecchiature sia completa, efficace, idonea a garantire la massima vita utile dell'apparecchiatura e, altresì, a minimizzare i tempi di disservizio causati dalla inutilità dell'apparecchio, ovvero minimizzare i rischi di fermo macchina per garantire la continuità del servizio medico[101].

---

[98] Cfr. ad esempio doc. VIII.765 (Philips) e doc. VIII.956 (le medesime informazioni sono contenute anche nell'All. 1 al verbale di cui si è datata lettura in audizione) e CD Rom VIII.970 (Philips); doc. VIII.631 e VIII.731 (Siemens); e doc. VIII.947 e VIII.733 (GE).

[99] Cfr. ad esempio doc. VIII.956 (Philips; le medesime informazioni sono contenute anche nell'All.1 al verbale di cui si è datata lettura in audizione).

[100] Cfr., una tra tutti, doc. VIII.739 Verbale di audizione ASL Frosinone.

[101] ESTAR-AOUPisana ha affermato che "*per l'alta tecnologia il livello di servizio deve essere superiore rispetto a quello previsto nel global service per la media-bassa tecnologia, non tanto in termini qualitativi quanto di tempistica degli interventi -. I dispositivi di alta e altissima tecnologia sono macchinari non sostituibili che non possono subire fermi-macchina prolungati. Al riguardo cita l'esempio di una RM a marchio Siemens contrattualizzata da Althea che ha subito un prolungato fermo macchina per diverse ragioni (tra cui l'indisponibilità delle parti di ricambio e il ritardato intervento della casa produttrice a seguito della dichiarata impossibilità di Althea di concludere in autonomia l'intervento*" (cfr. VIII.1066 Verbale di Audizione). ALISA, che ha indicato, ad esempio, che i contratti di manutenzione per i dispositivi ad alta tecnologia possono prevedere la richiesta di un servizio 24h su 24h o quella di interventi diretti alla risoluzione dei guasti in tempi rapidi; cfr. doc. VIII.753. La clinica privata Humanitas ha indicato che "*il primario obiettivo dell'Istituto, che guida tutti gli acquisti delle apparecchiature ad alta e altissima tecnologia, è quello di evitare i fermi macchina in modo da non avere alcun disservizio per i pazienti* […]"; Cfr. VIII.840.
Anche Philips ha osservato che "*Dal punto di vista degli ospedali, sia pubblici che privati, i servizi post-vendita* [di manutenzione] *svolgono un ruolo molto importante, in quanto incidono, i) sul "fuori servizio" e sui tempi di attesa dei pazienti, elemento centrale per la valutazione degli ospedali (in particolare per gli ospedali pubblici): ii) sul costo-opportunità in termini di reddito perso per la mancata erogazione dell'analisi; iii) in alcuni casi, come nell'angiografia digitale, le macchine sono vitali per il successo dell'intervento*" e ha rilevato altresì che "*Quando gli ospedali considerano le loro esigenze di customer service, bilanciano, da una parte, il costo più elevato di contratti customer service "*full risk*", i quali forniscono un* up time *molto elevato, contro il rischio del "*down time*" e quindi di avere macchine non funzionanti per un periodo prolungato*"; cfr. tra l'altro doc. VIII.765 (Memoria economica Philips) e cfr doc. VIII.956. Philips ha chiarito che "*le tempistiche standard d'intervento e risoluzione dei guasti prevedono un uptime del 95% e tempi di risoluzione dei guasti entro i quattro giorni lavorativi* [più precisamente è stato indicato che] *PHILIPS generalmente interviene entro le 16 ore (2 giorni lavorativi), mentre i quattro giorni lavorativi sono il tempo di risoluzione disposto da*

73. L'affidamento dei servizi di manutenzione è in generale richiesto in modalità *full risk* e include tutte le attività di manutenzione preventiva, correttiva e straordinaria e la fornitura di tutte le parti di ricambio che dovessero rendersi necessarie. Come è stato riferito in audizione da ESTAR "*le strutture sanitarie necessitano di un servizio di manutenzione completo in tutte le sue parti, non risultando soddisfacente l'affidamento del servizio ad un soggetto che di fronte ad alcuni guasti non sia nella condizione di poter intervenire per la loro completa risoluzione*", ciò che esporrebbe la Struttura Sanitaria ad un aggravio dei costi della manutenzione e degli oneri amministrativi[102].

74. Nell'affidamento dei servizi di manutenzione è, come detto, anche sempre richiesto un tempo massimo di ripristino del dispositivo e/o un tempo minimo in cui la macchina deve essere in servizio (il c.d. "*uptime*" [103]), a volte anche soggetto a miglioramenti di cui si tiene conto nella valutazione delle offerte tecniche. Si tratta di livelli di servizio, di norma, particolarmente elevati, sia in termini assoluti sia se confrontati con quelli richiesti per i dispositivi a media bassa tecnologia[104]. Si consideri al riguardo che lo *standard* di *uptime* offerto dagli OEM (in modalità *full risk*) è nell'ordine del 95-96%[105].

75. Negli ultimi anni alcune stazioni appaltanti sono risultate maggiormente consapevoli della rilevanza dei *service software* e relativi manuali di *service* ai fini della manutenzione dei dispositivi e alcune stazioni appaltanti hanno cominciato a chiedere nei bandi funzionalità di assistenza anche da remoto e di manutenzione predittiva[106], al fine di ridurre al minimo il fermo macchina.

76. A titolo esemplificativo si vedano le caratteristiche richieste dalla ASL Viterbo nella Indagine di mercato relativa al "*Servizio di manutenzione ed assistenza tecnica "full-risk" su apparecchiature*

PHILIPS nei casi di malfunzionamenti non bloccanti. Queste tempistiche riflettono le condizioni di intervento attualmente definite nelle gare pubbliche"; cfr. doc. VIII.956 Verbale di Audizione tecnica, pag.9.

[102] Al riguardo ESTAR-AOUPisana ha, infatti, altresì osservato che "*anche immaginare di separare le fasi di manutenzione e acquistare solo servizi di manutenzione preventiva, per poi chiamare in maniera spot il manutentore per interventi correttivi esporrebbe la Struttura sanitaria a maggiori oneri in termini di costo degli interventi e di incertezza dei tempi, oltre all'aggravio della complessità della procedura. Infatti, la Struttura pubblica sarebbe tenuta ad indire procedure di gara qualora il costo dell'intervento superasse una data soglia, come può facilmente accadere nel caso della manutenzione di apparecchiature ad alta tecnologia*"; Cfr. doc. VIII.1066.

[103] La nozione di *uptime* (traducibile in *tempo di funzionamento* - e del suo opposto *downtime – tempo di fermo*) è particolarmente importante per tutti quegli apparecchi per i quali è richiesto un notevole numero di cicli del tipo rottura-riparazione-ripristino anche più volte nel corso della vita utile. L'*uptime* può essere espressa come la percentuale di tempo di buon funzionamento rispetto al tempo totale in cui è richiesto il funzionamento stesso della macchina, in altri termini la disponibilità di un apparecchio in un dato periodo (il *downtime* il numero massimo annuale di giornate di indisponibilità delle apparecchiature in percentuale rispetto al numero massimo di giorni di funzionamento). Cfr. doc. VIII.760 (Viterbo). Al riguardo, la ASL di Viterbo ha chiarito che la rimodulazione al ribasso dei livelli delle prestazioni offerte non è una opzione per la Struttura Sanitaria in ragione della necessità di mantenere un adeguato profilo di sicurezza su questi apparecchi. Al più si possono accettare tempo di fermo macchina (*up-time*) maggiori (passando da un tempo di fermo macchina del 2% ad uno del 4% calcolato sui giorni utili di funzionamento).

[104] Dall'analisi di alcuni bandi è emerso che i tempi massimi per la risoluzione dei guasti di apparecchiature ad alta tecnologia sono di norma individuati in tre/quattro giorni per i guasti bloccanti e quattro/cinque giorni per i guasti non bloccanti. In altri casi, le stazioni appaltanti richiedono che determinate percentuali di guasti siano risolte entro termini stabiliti (ad es. il 70-80% dei guasti risolti entro 2 giorni, 90% entro 4 giorni e 100% entro 5-6 giorni consecutivi). Quanto agli *up-time*, questi vanno dal 92% richiesto dalla Asl di Viterbo, al 94% migliorabile in sede di offerta richiesto dalla regione Basilicata, al livello più frequentemente richiesto del 96% (Arca Lombardia, Regione Marche). Anche Humanitas ha riferito di avvalersi di uptime del *[95-100%]*, cfr. doc. VIII.877, all. 2.

[105] Philips nel proprio verbale indica che il proprio standard di *up-time* è del 95% (98% per i propri clienti "*premium*") e tempi di risoluzione dei guasti di quattro giorni lavorativi (2 giorni in casi di guasto bloccante). Tali tempistiche, secondo Philips, riflettono le condizioni di intervento attualmente definite nelle gare pubbliche; cfr. doc. VIII.956 pag.6.

[106] Cfr. doc. VIII.1068 Verbale di Audizione Fondazione IRCCS.

ad alta tecnologia e particolarmente complesse"[107]. Altresì significativa in proposito è l'ultima consultazione di mercato pubblicata da ESTAR il 12 febbraio 2019 con lo scopo di "*verificare se esiste o meno un mercato concorrenziale con fornitori dei servizi di manutenzione, anche non legati al fabbricante, al fine di definire la migliore tipologia di affidamento di detti servizi*[108]. In sede di audizione ESTAR ha confermato che "*un manutentore terzo, oltre alla competenza, deve dimostrare di poter disporre di adeguata strumentazione (codici di accesso alle macchine e ai software), di documentazione aggiornata e di aggiornamenti per poter operare*"[109]. La ASL di Frosinone nei propri capitolati di gara per l'acquisto dei dispositivi ha richiesto la consegna di documentazione tecnica, chiavi *service* e altri *software* e *tools* diagnostici al fine di garantire la possibilità di esecuzione della manutenzione qualora il servizio post-garanzia sia affidato ad un soggetto terzo[110]. Di rilievo anche l'ultima procedura bandita da IRCC Besta (2020), che ha richiesto "*disponibilità e utilizzo di attrezzature (sia hardware che software) e procedure indicate dal produttore per la diagnostica dei guasti (comprese tutte le password di service), lo smontaggio e il rimontaggio della parte da sostituire; disponibilità e utilizzo delle procedure esclusivamente formulate dal produttore (continuamente aggiornate) per il controllo qualità delle prestazioni in relazione alle attività sanitarie diagnostiche e di ricerca; disponibilità tempestiva delle informazioni di sicurezza derivanti dalle segnalazioni al Ministero della Salute di incidenti e mancati incidenti e dei conseguenti adeguamenti e correzioni (hardware e software) di copertura dei problemi derivanti dalla progettazione/produzione identificati nell'utilizzo;* […] *struttura in grado di offrire un servizio di teleassistenza tramite connessione remota via VPN per l'esecuzione di controlli proattivi, diagnosi remota dei guasti e riparazione di eventuali problemi software su tutto il sistema*"[111].

77. Sul punto appaiono di rilievo anche le dichiarazioni effettuate dalla *Fondazione IRCCS Cà Grande Ospedale Maggiore Policlinico di Milano (IRCCS): "in ogni caso che il soggetto manutentore che si aggiudica il servizio deve essere in grado di svolgere l'attività di manutenzione nel suo complesso in autonomia rispetto al fabbricante. Altrimenti l'affidamento al soggetto non risulterebbe possibile né conveniente posto che vi potrebbero essere triangolazioni verso il fabbricante con implicazioni sulla risoluzione del guasto e sull'efficienza del servizio. Il fabbricante non garantisce, infatti, i tempi di intervento nel caso di richieste spot, dando in tali casi priorità ai*

---

[107] Cfr. Avviso di Indagine di mercato - Servizio di manutenzione ed assistenza tecnica "full-risk" su apparecchiature elettromedicali di proprietà e ad elevata tecnologia e/o particolarmente complesse e/o di rilevanza strategica per le strutture sanitarie dell'Azienda Sanitaria Locale di Viterbo Pubblicato in data 21/09/2018 seguito da Chiarimenti Pubblicati in data 24/09/2018 e in data 09/10/2018.

[108] Altresì nella medesima indagine si precisa che "*Dette competenze debbono inoltre essere anche aggiornate, in quanto il costante aggiornamento è assolutamente necessario poiché i fabbricanti implementano modifiche (ad esempio quelle obbligatorie di sicurezza) ed il tecnico che interviene deve esserne a conoscenza, altrimenti si rischia di non effettuare la manutenzione in maniera corretta e determinare situazioni di pericolo. Per maggiore chiarezza, le procedure di manutenzione di apparecchiature complesse richiedono software diagnostici, attrezzature su misura, codici di accesso, disponibilità di documentazioni di service aggiornate, ecc., ogni eventuale fornitore deve necessariamente essere in possesso di tutto questo (oltre alle necessarie competenze di cui sopra) altrimenti non potrà essere in grado di effettuare la manutenzione in conformità alle prescrizioni del fabbricante. Ciò è riconosciuto dagli stessi manutentori indipendenti nella denuncia da loro fatta alla Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato e dal conseguente atto di iniziativa procedimentale di quest'ultima n. 27007 del 31 gennaio 2018*".

[109] Cfr. doc. VIII.1066 (verbale di Audizione ESTAR-AOUPisana).

[110] Cfr. doc. VIII. 739 e Allegati.

[111] Cfr. *https://www.sintel.regione.lombardia.it/eprocdata/auctionDetail.xhtml?id=124765985*.

propri clienti contrattualizzati. […] *il manutentore non sarà in grado di operare se non dispone delle chiavi di accesso al dispositivo e ai software tools per la manutenzione, non può fare la diagnosi dei guasti e risolvere il malfunzionamento in autonomia e se non è dotato di un magazzino delle parti di ricambio. Nonostante non si abbia esperienza di ingegneria clinica in house attiva sull'alta tecnologia, per quanto di sua conoscenza, riconosce la rilevanza dei tools di diagnostica, attenzionata dagli stessi produttori, anche perché azzerano i tempi di intervento*"[112].

B. Le modalità di acquisizione dei servizi di manutenzione

78. Con riguardo alle procedure di acquisto dei servizi, per le strutture pubbliche, l'affidamento dei servizi di manutenzione dei dispositivi medici ricade nell'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, pertanto l'affidamento degli stessi deve di regola avvenire attraverso procedure ad evidenza pubblica. Per i dispositivi ad alta tecnologia la domanda si avvale di: i) affidamenti diretti per infungibilità; ii) gare per l'acquisizione dei servizi di manutenzione su dispositivi di alta diagnostica specifiche per marca (monomarca) e iii) gare per l'acquisizione dei servizi di manutenzione su tutti i tipi di dispositivi (multimarca o multi vendor).

79. Le strutture sanitarie private si riforniscono dei servizi di manutenzione prevalentemente con trattativa privata. Pur differendosi nella modalità di affidamento vi sono agli atti diversi documenti da cui si evince l'influenza delle dinamiche osservate con riguardo alla domanda pubblica e, in particolare, i vincoli derivanti dalla cd *spending review* (del 2015), sulla domanda privata, soprattutto quella che opera in regime di convenzione[113].

Le gare per l'acquisto dei servizi di manutenzione

L'art. 1 co. 548 della legge 208/2015, al fine di garantire l'effettiva realizzazione degli interventi di razionalizzazione della spesa mediante aggregazione degli acquisti di beni e servizi, ha stabilito che gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti ad approvvigionarsi, relativamente alle categorie merceologiche del settore sanitario individuate dal d.P.C.M. di cui all'art. 9 co. 3 d.l. n. 66/2014[114], "*avvalendosi, in via esclusiva, delle centrali regionali di committenza di riferimento, ovvero della Consip S.p.A.*". Laddove le centrali di committenza non siano disponibili o non siano operative, gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti ad approvvigionarsi attraverso le "*centrali di*

---

[112] Cfr. doc. VIII.1068 Verbale di Audizione Fondazione IRCCS.

[113] In una presentazione interna a GE (2017) nel commentare la situazione nazionale si legge "***Private*** *market heavily dependent from* ***Public funds*** *and keep a process of* ***aggregation*** *into bigger chain*"; cfr. doc. VIII.885 All.9. In un altro documento GE sottolinea, altresì, come "*National healthcare spending review impacts also Private Customers operating within National Health*" […] "*Svc Contract re-negotiations… benchmark with Svc price* [tendenza all'allineamento dei prezzi alle gare pubbliche]; *Acquisition by Private Chains… Svc price as fix % of EQ value* [applicazione del medesimo di criterio di valorizzazione dei servizi usato nelle gare pubbliche]*; More interest to evaluate alternative Svc Provider (3rd parties)*; cfr. doc. V.397 (2017) *cit.*; anche in altra documentazione GE sottolineava come, dopo il 2015, anche le strutture private fossero più attente ai costi; doc. V.515 GE. Sul punto la ASST di Pavia ha confermato che "*che le strutture private non convenzionate sono residuali nel panorama nazionale, soprattutto con riferimento alla tipologia di apparecchiature ad alta tecnologia di cui ci si sta occupando*" e altresì che non ha "*per quanto di sua conoscenza, rilevato sostanziali differenze nel livello dei costi della manutenzione tra strutture pubbliche e private*"; cfr. doc. VIII.1068.

[114] Si tratta del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 24 dicembre 2015 recante *Individuazione delle categorie merceologiche ai sensi dell'articolo 9, comma 3 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, unitamente all'elenco concernente gli oneri informativi* (pubblicato il 9 febbraio 2016), oggi sostituito dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 luglio 2018. Entrambi i decreti prevedono l'obbligo di procedere ad acquisti centralizzati per i Servizi integrati per la gestione delle apparecchiature elettromedicali di importo superiore ai 40.000 euro annui.

committenza iscritte nell'elenco dei soggetti aggregatori, di cui all'articolo 9, comma 1, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89" (art. 1, comma 549, della legge n. 208 del 2015). Tale norma, che ha quindi introdotto l'obbligo di acquisire i servizi manutentivi in via centralizzata, ha anche incentivato le centrali di committenza a realizzare affidamenti che potessero comprendere manutenzioni su più dispositivi, anche di marchi diversi. Parallelamente a tale evoluzione nelle modalità di acquisto vi sono stati i primi tentativi di ingresso di manutentori indipendenti anche nella manutenzione dei dispositivi ad alta tecnologia (in particolare MESA specializzata nel multivendor sull'alta tecnologia ora parte del gruppo segnalante Althea). In Italia, infatti, i manutentori indipendenti erano fino ad allora confinati alla manutenzione sulla media-bassa tecnologia[115].

Affidamenti diretti per infungibilità

80. L'analisi svolta ha evidenziato che in numerosi casi le stazioni appaltanti (tipicamente ASL) hanno continuato, anche recentemente, ad affidare, i servizi di manutenzione sui dispositivi ad alta tecnologia direttamente al produttore, ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016[116], che disciplina l'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

Tali affidamenti erano molto diffusi anche con il vecchio codice degli appalti e la stessa Philips, in occasione di proroghe non motivate effettuate dalla AO di Cuneo, impugnate da MESA nel 2017 ha affermato "*Peraltro, devo dire – sebbene sulla base delle sole argomentazioni che si leggono nell'atto allegato – che MESA Italia S.r.l. a mio avviso ha buone chance di vedere riconosciute le proprie pretese perché difficilmente l'Ente potrebbe giustificare la legittimità della previsione del provvedimento impugnato che di fatto non consente di aggiudicare la manutenzione a nessun'altra ditta che non sia il produttore delle macchine, posto che ciò pare effettivamente determinare un effetto ingiustificatamente distorsivo della concorrenza, precludendo l'accesso al mercato di riferimento (i.e. servizi di manutenzione di equipment ad alta tecnologia) a soggetti non produttori ma comunque idonei ad eseguire prestazioni manutentive*"[117].

81. In questi casi gli affidamenti sono effettuati dalle singole ASL con delibere del Direttore Generale e sono giustificati dalle esigenze di ottenere una manutenzione completa al fine di "*non*

---

[115] In proposito IRCCS ha osservato che "*negli ultimi anni si è in una fase di transizione. Le procedure di acquisto devono tenere conto dell'introduzione della disciplina di acquisti centralizzati di beni e servizi e il nuovo codice appalti e le linee guida in materia di infungibilità dell'ANAC, e questo anche per i gli acquisti dei dispositivi ad alta tecnologia e dei connessi servizi di manutenzione, e l'ingresso nel mercato di nuovi operatori (tra cui in particolare MESA oggi Althea). Si sta quindi mettendo in discussione il paradigma storico che il produttore fosse l'unico soggetto a poter svolgere la manutenzione*". Cfr. doc. VIII.1068.

[116] Si ricorda che tale norma prevede che "*1. Nei casi e nelle circostanze indicati nei seguenti commi, le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dando conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti.*
2. Nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata: (…)
b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: (…)
2) la concorrenza è assente per motivi tecnici;
3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale.
Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto".

[117] Cfr. doc. IV.156. Il procedimento è stato vinto da Althea cfr. sentenza 669 del 30 maggio 2018 con cui il TAR Piemonte ha riconosciuto l'illegittimità della proroga.

alterare nel tempo le caratteristiche dell'apparecchiatura in questione conservandone le specifiche tecniche costruttive e di sicurezza definite al momento della sua immissione sul mercato, sia attraverso l'utilizzo di ricambi originali sia tramite la qualità delle prestazioni eseguite a regola d'arte da personale specializzato e all'uopo formato ed addestrato dalla casa madre produttrice" [118].

82. Seguendo le indicazioni di ANAC[119], che ha chiarito che i presupposti dell'infungibilità di un servizio devono essere attentamente valutati in concreto, alcune amministrazioni hanno effettuato delle "indagini di mercato" al fine di valutare la presenza di altri operatori, oltre ai produttori dei dispositivi, idonei a svolgere i servizi di manutenzione.

Si richiamano, a questo proposito, le già citate indagini di mercato svolte da ESTAR (centrale d'acquisto della Regione Toscana) e, in particolare, quella del 2019[120], in cui la stazione appaltante ha esplicitato gli elementi che ritiene indispensabili per lo svolgimento del servizio di manutenzione, chiedendo, ad esempio, *tecnici adeguatamente formati, necessarie documentazioni tecniche aggiornate (manuali service, ecc..), tools diagnostici, service software, password di accesso, ecc.. e più in generale di tutto quanto necessario per una corretta manutenzione effettuata in conformità alle prescrizioni del fabbricante* [121].

83. Analoghi tentativi sono stati fatti dalla ASL Pordenone, la quale ha richiesto la disponibilità di "*Aggiornamenti HD e SW consigliati da casa madre per aumentare l'affidabilità del sistema per le opzioni installate*" e "*Supporto Siemens remote service*"[122].

Le gare per l'acquisizione dei servizi di manutenzione su dispositivi di alta diagnostica specifiche per marca

84. Sono stati rilevati altri recenti casi in cui le stazioni appaltanti bandiscono delle gare per l'affidamento del servizio di manutenzione su determinati macchinari ad alta tecnologia indicandone tipologia e marca e suddividendo i lotti per marca. In tali casi è stato rilevato che, pur essendo la gara aperta a tutti i manutentori, di fatto le uniche che hanno potuto partecipare (e si sono aggiudicate

---

[118] È il caso, ad esempio, dell'ospedale San Giovanni di Roma che con deliberazione del direttore generale 408/DG DEL 08/05/2018 ha affidato a GE il contratto di manutenzione relativo a diversi dispositivi ad alta tecnologia a marca GE, per un importo pari a 382.385,00 € in due anni.

[119] Cfr. Delibera n. 950 del 13 settembre 2017 Linee guida n. 8 Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Atti/determinazioni/2017/Linea%20guida8_Determina950.pdf.

[120] Questa indagine fa seguito ad altri tentativi esperiti dalla medesima ESTAR di verificare, attraverso consultazioni di mercato, la sussistenza di fornitori alternativi ai produttori per l'affidamento di servizi di manutenzione in concorrenza. Tra questi la consultazione di mercato del 2017 nella quale ESTAR individuava le risorse per la manutenzione ossia *"documentazioni tecniche aggiornate (manuali service), tools diagnostici, service software, password di accesso ecc.*" e "*parti di ricambio originali"*. Tali indagini sono state annullate dal giudice amministrativo. Cfr. anche l'indagine di mercato delle ASL di Bologna (https://www.ausl.bologna.it/operatori-economici/avvisi-e-indagini-di-mercato/archivio/anno-2018/auslbandogara.2018-06-27.9850140815) e l'indagine di mercato della ASL Palermo (http://ospedaliriunitipalermo.it/_indagine_di_mercato_sul_servizio_di_assistenza_e_manutenzione_full_risk_di_apparecchiature_radiologiche_ge_medical_system.html).

[121] Cfr. l'indagine di mercato di Estar, disponibile al seguente link: http://www.estar.toscana.it/attachments/article/5680/Allegato%20A.pdf. L'avviso è stato annullato dal Tar Toscana con la sentenza 12 luglio 2019, n. 1080..

[122] Cfr. avviso pubblicato sul sito https://asfo.sanita.fvg.it/export/sites/aas5/it/bandi-gara/_allegatiIBI/Avviso-esplorativa-per-amnifestazione-interesse.pdf.

il servizio) sono, nella gran parte dei casi, le società produttrici dei macchinari, ciascuna unicamente per i propri.

85. È il caso, ad esempio, della procedura ristretta bandita da Asur Marche, divisa in lotti funzionali per i vari produttori di tecnologie, in cui ciascun produttore ha partecipato esclusivamente per il proprio lotto di riferimento, aggiudicandoselo (ad eccezione di Philips che è stata esclusa per irregolarità nell'offerta) e non c'è stata la partecipazione dei manutentori indipendenti[123].

86. Un caso analogo si è verificato per la Regione Basilicata la quale ha effettuato una gara europea a procedura aperta telematica per l'affidamento dei servizi integrati per la manutenzione delle apparecchiature elettromedicali in dotazione alle Aziende del Servizio Sanitario Regionale[124] (comprensiva, quindi, di servizi su alta e bassa tecnologia) suddividendo la procedura in 68 lotti sulla base del tipo di tecnologia ascrivibile ai macchinari e alla marca. Anche in questo caso ai lotti riguardanti i dispositivi ad alta tecnologia di GE, Philips, Siemens hanno partecipato esclusivamente i produttori, ognuna per il proprio marchio aggiudicandoseli[125]. Si veda, inoltre, il recente bando dell'ospedale San Giovanni di Roma, ancora in corso, diviso in lotti funzionali per marca[126].

Le gare per l'acquisizione dei servizi di manutenzione su tutti i tipi di dispositivi

87. In alcuni casi le PPAA, mosse dalla necessità di avere un unico interlocutore per la manutenzione di tutti i dispositivi, bandiscono gare onnicomprensive di servizi di manutenzione per alta e bassa tecnologia non suddividendole per lotti funzionali ma per lotti geografici in base agli ospedali in cui le apparecchiature sono ubicate.

88. Tali gare hanno visto, infatti, la partecipazione di manutentori indipendenti (come Althea, Tecnologia Sanitarie, HC Hospital) di regola in RTI con i produttori o con la previsione di subappalto dell'affidamento della manutenzione sull'alta tecnologia ai rispettivi produttori.

89. Anche le parti hanno documentato la partecipazione a varie gare riguardanti servizi di manutenzione su dispositivi di più marchi, come già sopra evidenziato[127],[128],[129].

---

[123] Cfr. aggiudicazione pubblicata sul sito http://serviziweb.asur.marche.it/ALBI/ASUR2018/allegati/549DG(4).pdf

[124] Cfr. atti di gara disponibili sul sito https://www.sua-rb.it/PortaleAppalti/it/homepage.wp?actionPath=/ExtStr2/do/FrontEnd/Bandi/view.action&currentFrame=7&codice=G00187

[125] Cfr. atti dell'aggiudicazione disponibili sul sito https://www.sua-rb.it/PortaleAppalti/it/homepage.wp?actionPath=/ExtStr2/do/FrontEnd/Esiti/view.action&currentFrame=7.

[126] Cfr. atti di gara disponibili sul sito https://stella.regione.lazio.it/Portale/index.php/bandi?getdettaglio=yes&bando=94515&tipobando=Bando&RicQ=NO&VisQ=SI&tipoDoc=BANDO_GARA_PORTALE&xslt=XSLT_BANDO_GARA_PORTALE&scadenzaBando=2020-02-17T13:00:00&jk=
Nel bando, in particolare, rilevano i seguenti lotti: lotto 3: TRM Siemens — 298 000,00 EUR + IVA, — lotto 4: TRM Philips — 220 200,00 EUR + IVA, — lotto 5: TRM GE Healthcare — 255 000,00 EUR + IVA.

[127] Dai dati forniti da GE si osserva che il numero di dispositivi coinvolti da procedure ad evidenza pubblica cresce nel tempo passando dalle *[10-50]* unità del 2016 a più di *[350-400]* unità nel 2018. Cfr. doc. VIII.733 e successive integrazioni e aggiornamenti, da ultimo doc. VIII.893 e VIII.885.

[128] Dai dati forniti da Philips emerge che numero di dispositivi coinvolti da procedure ad evidenza pubblica cresce nel tempo passando dalle *[10-50]* unità del 2016 a circa *[100-150]* unità nel 2018. Cfr. doc. VIII.732 e successive integrazioni e aggiornamenti, da ultimo doc. VIII.884.

[129] Dai dati forniti da Siemens il numero di dispositivi coinvolti da gare di servizi integrati è passato dalle *[10-50]* unità circa del 2016 alle *[50-100]* unità nel 2017. Cfr. doc. VIII.730 e successive integrazioni e aggiornamenti, da ultimo doc. VIII.1022.

90. Allo stato, la maggior parte delle gare di tipo *multi-vendor* o *global service* a livello centralizzato su base regionale che includevano anche l'alta tecnologia non sono state ancora aggiudicate in quanto ancora in corso, annullate o sospese in attesa di giudizio amministrativo[130]. In attesa dell'espletamento di gare per l'affidamento dei servizi, siano esse a livello regionale o locale, le strutture sanitarie pubbliche risultano avere spesso proceduto alla proroga degli affidamenti in essere, con i c.d. "*contratti-ponte*"[131]. Ad oggi, quindi, gli affidamenti pubblici dei servizi di manutenzione di dispositivi ad alta tecnologia su base concorrenziale, ad operatori diversi dai produttori, risultano ancora limitati[132].

91. L'organizzazione di procedure ad evidenza pubblica per l'approvvigionamento del servizio di manutenzione ha comportato benefici economici per la committenza[133]. Sebbene, come visto, l'affidamento tramite gara dei servizi di manutenzione di apparecchiature ad alta tecnologia sia ancora un fenomeno poco diffuso, si è osservato che, nei casi in cui hanno partecipato i manutentori indipendenti, si sono registrati significativi risparmi di costo rispetto ai corrispettivi economici riconosciuti, invece, attraverso affidamenti diretti alla casa produttrice sul dispositivo a marchio proprio in assenza di confronto concorrenziale[134]. Attraverso una gestione di tipo MVS è possibile

---

[130] Cfr. doc. VIII.848 (TS). Secondo i dati trasmessi da TS, trattasi di 7 delle 11 gare di tipo *global service* che includevano anche i dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia.

[131] Cfr. doc. VIII.727 (ESTAR) e VIII.753 (ALISA). Come anche confermato da GE in attesa dell'esperimento di gare a livello centralizzato per gli affidamenti dei servizi le Strutture hanno fatto ricorso ai cd "*contratti-ponte*" per il rinnovo in via diretta dei contratti in essere (cfr. doc. II.35 si tratta delle dichiarazioni rilasciate dalla divisione Italia di GE e allegate al verbale ispettivo);anche doc. VIII.773 (Philips), in cui Philips identifica i "contratti ponte" con i contratti introdotti con la *circolare del Ministero dell'Economia e Finanze e del Ministero della Salute del 19 febbraio 2016* (prot. 20518/16) che stabiliva le prime misure operative per il piano di centralizzazione degli acquisti delle strutture sanitarie pubbliche. Tale circolare disponeva che in caso di gara non ancora bandita l'ente sanitario pubblico era obbligato a ricorrere ai soggetti aggregatori di riferimento. In assenza di iniziative e convenzioni attive (presso il soggetto aggregatore di riferimento o Consip), l'ente sanitario pubblico aveva la possibilità *i)* di stipulare un 'contratto ponte' per lo "*stretto tempo necessario*" all'avvenuta attivazione del contratto da parte della centrale d'acquisto di riferimento, nonché *ii)* nel caso in cui il contratto in scadenza lo avesse previsto, per "*la ripetizione di servizi analoghi*" per lo "*stretto tempo necessario*" all'avvenuta attivazione del contratto da parte della centrale d'acquisto di riferimento. In tali casi, per l'espletamento della procedura di approvvigionamento con lo strumento del contratto ponte, l'ente sanitario pubblico in questione aveva sempre l'obbligo di ottenere il rilascio di un CIG (Codice identificativo di Gara) attraverso una procedura amministrativa appositamente predisposta. Il "contratto ponte" poteva essere il risultato sia di procedure a evidenza pubblica sia di procedure dirette (*i.e.* negoziate). Cfr. anche doc. VIII.733 (GE).

[132] Cfr. doc. VIII.753 (ALISA).

[133] Cfr. doc. I.16 (Azienda ULSS n. 4 Veneto Orientale).

[134] A titolo esemplificativo, la gara sulla manutenzione della TAC a marchio Philips aggiudicata da MESA ha consentito un risparmio di costi dell'ordine del 30%, rispetto al prezzo offerto dal produttore; Cfr. doc. I.16 (Azienda ULSS n. 4 Veneto Orientale). Anche la ASL Viterbo ha osservato che, in occasione di indagini di mercato per l'affidamento della manutenzione su dispositivi ad alta tecnologia, la circostanza che abbia partecipato un soggetto terzo (nel caso di specie MESA/Althea) ha consentito di ottenere dall'OEM assegnatario ribassi rispetto al valore a basa d'asta non inferiori al 16% circa, dispositivi prima manutenuti dal fabbricante in virtù della Convenzione Consip relativa all'acquisto del dispositivo che prevedeva la possibilità per la struttura di attivare contratti di post-garanzia per una durata di ulteriori 3 anni. Si tratta degli affidamenti di TAC a marchio GE e di un Tomografo a risonanza magnetica a marchio Philips; doc. VIII.760. Anche nella gara ALISA, della regione Liguria, la Centrale di acquisto ha confermato che nel caso del Lotto 2, nel quale hanno partecipato più soggetti in concorrenza, lo sconto sul prezzo base d'asta è prossimo al 40% circa, mentre nel Lotto 3 in cui si è presentato un solo RTI lo sconto sul prezzo base d'asta è stato del 7% circa. In effetti dai documenti ufficiali si evince che l'RTI formato da GE-Siemens si era aggiudicato il Lotto 2 relativo ai servizi ad alta tecnologia con uno sconto del 39% circa rispetto al 27% offerto dall'RTI concorrente (costituito tra gli altri da Philips e Althea). Quanto al Lotto 3 relativo ai servizi di manutenzione su dispositivi di medicina nucleare il medesimo RTI si è aggiudicato in assenza di un confronto competitivo, l'offerta di sconto era stata del 7,7%; doc. VIII.753 (ALISA). Parimenti Althea, relativamente alle gare cui ha partecipato, ha documentato risparmi di costo per le strutture sanitarie dell'ordine del 25%-45% rispetto ai precedenti affidamenti diretti al fabbricante; cfr. I.6 - Addendum del 26 aprile 2017 alla Segnalazione.

conseguire rilevanti economie di scala e di gamma derivanti dall'aggregazione della domanda e di servizi complementari sui dispositivi[135].

L'acquisto dei servizi di manutenzione al momento dell'acquisto dei dispositivi

92. All'atto dell'acquisto del dispositivo i contratti prevedono, tipicamente, l'inclusione del servizio di manutenzione limitatamente al periodo di garanzia del dispositivo (di regola 2 anni). Come chiarito dalla IRCCS "*la garanzia copre unicamente dai difetti di fabbricazione mentre il servizio di assistenza include tutte le attività di manutenzione preventiva e correttiva*"[136].

93. In limitati casi, le strutture sanitarie stipulano accordi che coprono un arco temporale più lungo per i servizi di manutenzione, che ad ogni modo di norma non supera i 4-5 anni dall'installazione del dispositivo (contratti *1-2+3*)[137],.

Nel caso di acquisto dei dispositivi per il tramite di gare pubbliche, nella maggior parte dei casi la stipula dell'accordo per il servizio di manutenzione post garanzia è rinviata allo spirare di tale periodo, per diverse ragioni di carattere amministrativo-contabile e informativo, di seguito illustrate. Come corroborato dall'analisi di una serie di gare per l'acquisto di dispositivi cui hanno partecipato le Parti del procedimento, che saranno illustrate nel prosieguo, solo in un numero ridotto di casi la stipula di un contratto di manutenzione post-garanzia avviene contestualmente all'acquisto del macchinario e peraltro sempre per una durata ampiamente inferiore all'intera vita effettiva del dispositivo[138].

94. Infatti, in primo luogo è emerso che le stazioni appaltanti sono soggette a vincoli di natura contabile che impediscono la sottoscrizione di contratti di lunga durata per l'acquisizione di servizi: da un punto di vista contabile le spese relative alla manutenzione hanno natura corrente. Più precisamente, la spesa sostenuta per il servizio di manutenzione rientra nella spesa corrente non sanitaria e questo impone la sua contabilizzazione al di fuori della spesa per l'acquisto del dispositivo, registrata invece in conto capitale[139]. Le stazioni appaltanti riferiscono di registrare

---

[135] Centrale di Acquisti della Regione Veneto ALSS4 Veneto Orientale, CAPITOLATO SPECIALE D'APPALTO relativo alla procedura per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione Full risk di TAC installate in diverse Strutture Sanitarie facenti capo all'area Veneto Orientale (SIMOG 7235535 CIG 7671627ADD) del 2018 cfr. VIII.876 All.1). Cfr. anche Regione Campania settembre 2014 https://portale.regione.calabria.it/website/portaltemplates/view/view_bando.cfm?2284&2284. Nel sito internet di Philips (USA) la società sottolinea che l'offerta di tipo MVS consente un'immediata riduzione dei costi e il raggiungimento nel tempo di vantaggi di efficienza nel controllo della spesa che la stessa quantifica in media con una contrazione del 10-25% (sulle prestazioni) e del 25% sulle parti di ricambio. (https://www.usa.philips.com/healthcare/services/maintenance-services/healthcare-multi-vendor-services).

[136] Cfr. doc. VIII.1068.

[137] Cfr. verbale audizione Alisa, doc. VIII.753; cfr. VIII.727, verbale audizione Estar; cfr. doc. VIII.785 risposta di Estar a richiesta della Direzione, capitolati di gara allegati (determinazione n. 125_2016 della gara angiografi e n. 1227-2018 della gara TAC); anche VIII.1094.

[138] Fino al 2017 le gare Consip per l'acquisto di dispositivi ad alta tecnologia prevedevano un periodo di assistenza full-risk in garanzia della durata di un anno e la facoltà per la Struttura Sanitaria di attivare, a scadenza della garanzia, un contratto post-garanzia per la durata di ulteriori tre anni (cd Consip 1+3, si vedano le procedure Angiografi (2014), TC 2014, PET/CT 2015, RM e TAC 2011, 2015). Successivamente al 2017, anche a seguito di indicazioni fornite dall'Autorità nell'esercizio dei suoi poteri di natura consultiva, i bandi di Consip per l'acquisto di apparecchiature di diagnostica per immagini ad alta tecnologia si limitano a richiedere un periodo di garanzia, il cui costo è compreso nel prezzo del dispositivo, della durata di un anno. Cfr. i pareri dell'Autorità S2854, S2877 e S2934 del 2017.

[139] IRCCS ha chiarito che per la Struttura Sanitaria "*la circostanza che non si acquisti il servizio di manutenzione congiuntamente al dispositivo per un lungo periodo (superiore a due anni) deriva dal fatto che sarebbe improprio sotto il profilo contabile trattare una spesa in conto corrente (quale quella per i servizi di manutenzione) come spesa in conto*

come spesa in conto capitale la sola manutenzione del biennio iniziale (in garanzia) che può essere ammortizzata insieme al costo del dispositivo e registrata nel medesimo contratto[140].
La spesa per manutenzione oltre il biennio di garanzia richiede formalmente la stipula di un diverso contratto e la contabilizzazione come spesa corrente per i singoli anni successivi, con le difficoltà che conseguono per un organismo pubblico ad impegnare spesa corrente su un orizzonte temporale lungo. Per tale ragione, la stipula vera e propria di contratti pluriennali per la manutenzione al momento dell'acquisto appare una rarità da parte della domanda pubblica[141].

95. Oltre alle ragioni di tipo contabile appena ricordate, le stazioni appaltanti riferiscono difficoltà di previsione del costo di medio-lungo periodo della manutenzione. È stato osservato che per una struttura sanitaria è molto complicato avere una consapevolezza dei costi di manutenzione su un arco temporale che vada al di là dei "*2 + 3 anni*" dall'acquisto, installazione e collaudo dell'apparecchio, "*in particolare alla luce delle caratteristiche del parco installato e dell'incertezza relativa al momento in cui l'apparecchiatura sarà eventualmente sostituita, nonché della posizione comunque meno informata della Struttura Sanitaria rispetto alle condizioni offerte dalle case produttrici, listini e altre condizioni di erogazione del servizio*"[142].

96. Le strutture sanitarie hanno riferito che i costi della manutenzione possono mutare nel tempo e sottolineato la difficoltà di quantificare correttamente il valore delle prestazioni che compongono il servizio offerto[143] e quello delle eventuali prestazioni straordinarie aggiuntive raccomandate dal fabbricante per ovviare all'obsolescenza[144]. Infatti, gli aggiornamenti *software* (*update* e *upgrade*) - autonomamente decisi e implementati dal produttore - concorrono ad aumentare l'incertezza sui costi di manutenzione di lungo periodo, dal momento che incidono sulla durata di utilizzo del dispositivo, in maniera non prevedibile *ex ante*. Peraltro, da un lato la struttura sanitaria non è in condizioni, come riferito, di prevedere la c.d. data di EoS e, conseguentemente, di stimare correttamente il costo della manutenzione spot che seguirà tale data. Si è visto come successivamente alla data di EoS, le case produttrici non garantiscano più le medesime condizioni di erogazione del servizio e offrano lo stesso secondo il principio del *best effort*, senza garanzia sui tempi d'intervento né su disponibilità e costo dei ricambi[145]. Come rilevato dalla centrale di

---

capitale (come quella per l'acquisto del bene/ dispositivo). Si tratterebbe una spesa di tipo corrente (manutenzione) contabilizzata come un investimento in conto capitale. Oltre il biennio, gli oneri per servizi di manutenzione entrano a fare parte del bilancio in conto corrente come impegno di spesa non sanitario", cfr. doc. VIII.1068. in senso analogo si vedano ASST di Paviadoc. VIII.1094 e ASL Viterbo doc. VIII.760.

140 Cfr. doc VIII.1066, verbale di audizione ESTAR, del 17 febbraio 2020.

141 Cfr. verbale audizione Alisa, doc. VIII.735. Cfr. doc. VIII.727, verbale audizione ESTAR.

142 Cfr. doc. VIII.753. Anche la ASL di Viterbo indica una durata contrattuale massima di 4-5 anni; cfr. doc. VIII.760.

143 Nel corso dell'audizione con la Asl di Viterbo è stato riferito che "*in assenza di competenze tecniche da parte delle Strutture Sanitarie vi è la difficoltà di comprendere la necessità di taluni degli interventi proposti dalle case produttrici, in particolare gli aggiornamenti dei software, e quindi l'adeguatezza del canone di manutenzione eventualmente richiesto, in particolare quando si tratta di interventi occasionali* [straordinari]"; Cfr. VIII.760 (ASL Viterbo).

144 La ASL Viterbo ha affermato infatti che "*Non tutti i contratti di manutenzione includono ad esempio l'erogazione di interventi di manutenzione straordinaria e/o la sostituzione di parti di ricambio fondamentali (tra cui ad esempio il tubo radiogeno nelle TAC), il cui costo effettivo della manutenzione non è, quindi, preventivabile del tutto ex ante…* "cfr. doc. VIII.760.

145 Ad esempio Philips nei propri contratti prevede all'art. 8 rinnovo che "*Le apparecchiature fuori produzione da più di cinque anni sono considerate fuori supporto attivo" e che "Per le apparecchiature oltre 5 anni di anzianità o fuori supporto attivo secondo le indicazioni del produttore, al canone annuale potrà essere applicata una maggiorazione compensativa*" non meglio quantificata; cfr. doc. VIII.773.

acquisto ALISA: "*E' chiaro che in tale circostanza i costi di manutenzione sono difficilmente quantificabili dalla Struttura Sanitaria e inevitabilmente più elevati o poiché mutano le condizioni di intervento o poiché non si corrisponde più un canone ma si pagano prestazioni ad hoc*"[146].
È stato confermato, al riguardo, che nel caso degli interventi *spot* (i.e. in assenza di un contratto di durata) il costo dipenderà dalla natura dell'intervento e dalle parti di ricambio che potranno risultare necessarie da parte della casa produttrice e senza che siano disciplinati né la modalità né i tempi degli interventi di riparazione delle macchine.

97. Secondo le stazioni appaltanti, la fissazione *ex ante* di tale parametro di costo per una durata molto lunga rischia di penalizzare la struttura sanitaria in quanto nel tempo si possono verificare, come sperimentato in concreto da alcune stazioni appaltanti, riduzioni del costo della manutenzione del dispositivo oggetto di gara. Tale riduzione può discendere dal superamento tecnologico dell'apparecchiatura[147], dall'evoluzione del mercato[148] o da modifiche regolamentari tra cui anche la centralizzazione degli acquisti[149].

98. Nei casi in cui la manutenzione per il periodo post garanzia rientra nei parametri di valutazione in fase di acquisto del dispositivo le stazioni appaltanti, al più, si limitano a definire un prezzo di riferimento in una appendice contrattuale. Tale prezzo assolve la funzione di tetto massimo al prezzo applicabile dal produttore al momento (successivo ed eventuale) della stipula del relativo contratto di manutenzione[150]. Si tratta di un prezzo valido, comunque, per un periodo insufficiente a coprire l'intera vita utile effettiva dell'apparecchio.

99. Le stazioni appaltanti hanno altresì riferito che in fase di aggiudicazione del contratto per la vendita del dispositivo, la scelta di valorizzare l'offerta sulla componente relativa al servizio di manutenzione potrebbe condurre all'aggiudicazione nei confronti del soggetto che presenti il miglior prezzo su una componente dell'offerta (il servizio di manutenzione post garanzia) che non rientra nell'oggetto del contratto stipulato: "*Il prezzo del servizio di manutenzione post garanzia, così individuato, rappresenta un tetto massimo per il produttore mentre non vincola la Struttura Sanitaria, per la quale l'attivazione di questi servizi rappresenta una facoltà posto che il servizio non viene acquistato direttamente in quel momento. In questi termini, la valorizzazione del prezzo di questa componente in fase di aggiudicazione rischierebbe di avvantaggiare il miglior offerente su un servizio che non sarà necessariamente acquistato dalla Stazione appaltante allo scadere dei*

---

146 Cfr. doc. VIII.753 (ALISA). Anche IRCCS ha osservato che *"non è possibile la definizione economica di contratti di manutenzione per durata più lunga posto che vi sono condizioni imprevedibili anche in ragione ai mutamenti nella modalità di offerta dei servizi"* Cfr. doc. VIII.1068.

147 ESTAR ha, ad esempio, affermato che "*sottoscrivere un contratto di servizio di durata più lungo, ad esempio 5 o 7 anni, sarebbe controproducente; infatti nel corso del tempo il canone di servizio può cambiare anche in ragione di mutamenti nell'offerta contrattuale delle case produttrici, dovuti a nuove modalità organizzative o di svolgimento del servizio, non prevedibili o quantificabili in anticipo"*; Cfr. doc. VIII.727.

148 Cfr. tra gli altri doc. VIII.1094, in cui la ASST di Pavia ha osservato come "*Anche l'ingresso di nuovi terzisti nella manutenzione sull'alta tecnologia (in particolare Mesa ora Althea) ha modificato le condizioni di offerta di questi servizi"*; anche VIII.1068 (IRCCS).

149 IRCCS ha osservato che *"non è possibile la definizione economica di contratti di manutenzione per durata più lunga posto che vi sono condizioni imprevedibili anche in ragione ai mutamenti nella modalità di offerta dei servizi* [altresì indicato che] *Ad esempio, la spending review imponendo dei tetti di spesa ha permesso di migliorare le condizioni di acquisto dei servizi"; doc.* VIII.1068. Anche cfr. doc. VIII.760 (ASL Viterbo).

150 Questa scelta appare il portato del sistema di affidamenti diretti esistente prima dell'entrata in vigore dell'attuale disciplina, che trovava la sua ragion d'essere nella necessità di individuare un limite superiore al prezzo che il produttore avrebbe applicato alla manutenzione sul dispositivo a proprio marchio, a partire dalla fine del periodo di garanzia.

primi due anni di manutenzione in garanzia. In tal senso, non sarebbe quindi corretto che questa voce fosse considerata ai fini dell'aggiudicazione della gara sul dispositivo stesso"[151].

Anche secondo la ASST di Pavia *"si può esplicare una concorrenza di prezzo sul servizio quando il costo del servizio entra a fare parte del punteggio economico nell'aggiudicazione del bene. Nel caso in cui, come è stato in casi più recenti, non vi sia acquisto diretto del servizio (all'atto di acquisto del bene) ma una opzione di estensione della garanzia (una facoltà che può non concretizzarsi in un contratto), l'eventuale indicazione di costo da parte del fabbricante non è una variabile di confronto tra i produttori per l'aggiudicazione del bene; al più l'indicazione può costituire un punto di riferimento in caso di successive negoziazioni dirette con il produttore*"[152].

100. Philips ha allegato alla propria memoria economica[153] un *database* relativo a un insieme di gare per l'acquisto di dispositivi, cui hanno preso parte sia la medesima Philips che Siemens e GE. Tale *database* è stato integrato nella memoria finale per ricomprendere procedure anche relative agli anni 2019 e 2020 ed escludere, in accoglimento delle contestazioni della CRI, le gare relative a dispositivi di bassa tecnologia. L'analisi del *database* fornito da Philips fa emergere una serie di indicazioni utili[154].

101. In primo luogo, il numero di procedure che prevedono l'acquisto dei dispositivi è pari a 234, su un totale di 290, incluse le gare riguardanti l'acquisizione dei macchinari tramite contratti di *leasing* o noleggio.

Tale ultima modalità di acquisizione del dispositivo implica ovviamente la contestuale acquisizione del servizio di manutenzione ed è stata pertanto esclusa dall'analisi dei dati forniti.

102. Non considerando i casi di noleggio, le procedure nelle quali la stipula del contratto di manutenzione post garanzia è contestuale alla sottoscrizione del contratto di acquisto del dispositivo sono pari al 20% del totale delle procedure esaminate[155]. In media, considerando tutte le procedure, ad esclusione di quelle relative a noleggio o *leasing* degli apparecchi, il periodo complessivo di copertura del servizio di manutenzione considerato nei documenti di gara è pari a 4,7 anni.

103. Il confronto fra il periodo di manutenzione oggetto della singola procedura e la durata media di vita della tipologia di dispositivo acquisito dalla struttura sanitaria mostra un'eccedenza significativa della vita media effettiva dei dispositivi, calcolato sui dati presentati dalla stessa Philips nella propria memoria[156]. In media, nel complesso delle procedure esaminate, il periodo di vita residua del dispositivo rispetto al numero di anni di manutenzione inclusi dalla stazione appaltante

---

[151] Cfr. doc. VIII.1068 (IRCCS, Verbale di Audizione).

[152] Cfr. doc. VIII.1094.

[153] Philips ha esaminato un insieme di 290 procedure bandite nel periodo 2013-2020 da diverse strutture sanitarie italiane per l'acquisto o il noleggio di dispositivi medici per immagini ad alta tecnologia. Si tratta prevalentemente di gare pubbliche. Cfr. doc. VIII.1223 allegato relazione economica CRA, doc. VIII.765 versione in italiano di VIII.756 e VIII.1058 (*database* delle gare per analisi CRA).

[154] Si precisa che, in presenza di dati non interpretabili in modo univoco, si è sempre adottato un criterio di classificazione o valorizzazione favorevole alla Parte.

[155] Cfr. doc. VIII.765, punto 4.3.2 pag. 16 ss.. Cfr. anche doc. VIII.1223 rel. Economica.

[156] Cfr. tavola 1: Età media delle machine installate e disinstallate cfr. doc. VIII.765 versione in italiano di VIII.756 (Memoria economica Philips; cfr. stessa table 1, memoria CRA, colonna "*average age of disinstalled machines" versione inglese).* Si precisa che per le gare relative all'acquisto di diverse apparecchiature o per le quali non è univoca l'interpretazione della tipologia di apparecchio acquistato, si è proceduto - come già detto - in un'ottica di tutela della Parte considerando la vita utile più bassa.

nei documenti di gara è pari a 10,4 anni e di 8 anni quando si considerino i soli casi di stipula del contratto di manutenzione contestuale all'acquisto del dispositivo. Ciò equivale a dire che in tutte le gare considerate le stazioni appaltanti non acquistano (né valutano in alcun modo) il servizio di manutenzione per una parte molto rilevante della vita utile dell'apparecchio.
In altri termini, in media, per oltre il 67% della vita utile dei dispositivi i servizi di manutenzione restano esterni ad ogni forma di considerazione da parte della stazione appaltante al momento dell'acquisto del dispositivo.
104. Anche Siemens ha fornito un *database* relativo a un insieme di 69 gare (corrispondenti a 129 lotti) bandite nel 2015, scelto come anno centrale del periodo di ricognizione del presente procedimento[157]. Si tratta di gare per l'acquisizione di dispositivi da parte delle strutture sanitarie, principalmente bandite da centrali d'acquisto nazionali (Consip) o regionali (ARCA, Ars Liguria, Egas Friuli Venezia Giulia, SORESA Campania), dalle quali Siemens evince un elevato livello di sofisticazione della domanda, la lungimiranza delle strutture sanitarie, da intendersi quale capacità di considerare - al momento dell'acquisto del dispositivo - il *life-cycle cost* delle apparecchiature. La documentazione fornirebbe prova della capacità di acquisizione di informazioni dettagliate circa i costi del servizio di manutenzione, attraverso l'importanza attribuita al prezzo della manutenzione come elemento dell'offerta, alla disponibilità di pezzi di ricambio, alla durata del periodo di garanzia.
105. Su 129 lotti osservati, solo 39 lotti si riferiscono ad apparecchi ad alta tecnologia[158].
L'esame della documentazione ha fatto emergere un numero molto basso di procedure nel quale l'acquisto di un servizio di manutenzione per il periodo post garanzia avviene contestualmente a quello del dispositivo.
Solo in 6 casi su 39 procedure esaminate i documenti indicano la stipula contestuale di un contratto di manutenzione post garanzia per l'acquisto di dispositivi ad alta tecnologia. Le restanti procedure riguardano dispositivi estranei al mercato rilevante e ipotesi nelle quali la stazione appaltante ha puramente sollecitato indicazioni sui fattori di offerta della manutenzione post garanzia (riservandosi la facoltà di stipula successiva allo spirare di tale periodo). La stessa Siemens ammette che, in ogni caso, anche volendo considerare tali casi, si tratta al massimo del 50% dei lotti inclusi nel *database* fornito[159]. In merito alla durata dei contratti (sia di acquisto contestuale, che di opzione) valgono le considerazioni sopra svolte per Philips.

IV.3.2 L'offerta dei servizi di manutenzione sui dispositivi per immagini ad alta tecnologia

106. L'offerta di servizi di manutenzione su dispositivi per immagini ad alta tecnologia è caratterizzata dalla presenza di tre principali operatori, individuati dai gruppi GE, Philips e Siemens, che tramite le proprie filiali nazionali GE Italia, Siemens Italia e Philips Italia sono attivi ciascuno nella manutenzione di dispositivi a marchio proprio.
107. Nei paragrafi che seguono sono riportate le quote che ciascun produttore detiene nella manutenzione dei dispositivi a marchio proprio nonché la posizione (del tutto residuale) dei terzi.

---

157 Cfr doc. VIII.881 e doc. VIII.883, dvd allegato.
158 Cfr. doc VIII.881, pag. 12.
159 Cfr. doc. VIII.1226 Memoria economica pag.16 e ss.

Si sottolinea che le tre Parti hanno fornito dati relativi al proprio parco installato che includono un numero imprecisato di dispositivi non attivi (ma non disinstallati) che le stesse Parti non sono state in grado di quantificare precisamente o stimare[160], [161], [162]. Su tali dispositivi, tuttavia, le Parti hanno affermato di non erogare servizi di manutenzione.

108. Almeno dal 2012-2013, sono attivi nell'offerta di servizi di manutenzione sui dispositivi di diagnostica per immagini anche manutentori terzi diversi dai produttori dei dispositivi. Tra questi, solo Althea è realmente attiva nella manutenzione di dispositivi ad alta tecnologia[163]. In misura del tutto residuale, anche BDA Solutions (che opera solo su dispositivi a marchio GE) [164] e HTS Med[165] erogano tale tipo di servizi.

Quanto alle altre ISO (Hospital Consulting e Tecnologie Sanitarie), la loro attività è confinata alla manutenzione di dispositivi di medio-bassa tecnologia[166]. Come si vedrà di seguito, infatti, l'aggiudicazione delle gare di *global service* da parte dei manutentori terzi indipendenti non implica che il servizio di manutenzione sulle apparecchiature ad alta tecnologia venga in concreto svolto da questi ultimi.

---

[160] Per GE cfr. doc. VIII.733 successivamente integrati e aggiornati, da ultimo doc. VIII.885 e VIII.794. In particolare GE ha osservato che "[…] *con riferimento al numero di dispositivi recanti marchio di proprietà su cui GE non eroga servizi di manutenzione si rappresenta* […la Società non] *ha informazioni sulla circostanza se detti dispositivi siano ancora manutenuti o siano stati dismessi*"; cfr. doc. VIII.885 (GE). Altresì che "[…] *il numero di disinstallazioni è quello riscontrato a sistema derivante da comunicazioni ricevute da parte dell'utilizzatore finale in relazione alla disinstallazione. Tuttavia, potrebbero esserci ulteriori sistemi di cui GE non è a conoscenza non avendo mai ricevuto la relativa comunicazione. La Società, quindi, non ha un quadro completo del numero di disinstallazioni con riferimento a ciascun anno*". Ha anche riconosciuto che "*Il numero di dispositivi a contratto cambia costantemente man mano che i vecchi dispositivi vengono dismessi e i nuovi dispositivi aggiunti in sostituzione dei vecchi. In considerazione di tale dinamica, può esserci un margine di variazione dell'1-2% nel numero di dispositivi a contratto rispetto ai corrispondenti valori contrattuali*"; cfr. doc. VIII.733. GE ha anche indicato di attribuire alle ISO una quota stimata definita residualmente quale differenza tra i dispositivi che la stessa società manutiene (direttamente e in subappalto) e quelli ancora installati riconoscendo, tuttavia, di non avere informazioni "*sulla circostanza che questi dispositivi siano ancora manutenuti o siano stati dismessi*"; cfr. doc. VIII.893.

[161] Per Philips cfr. doc. VIII.732 successivamente integrati e aggiornati, da ultimo doc. VIII.884. In particolare, Philips "*chiarisce che i clienti non informano necessariamente Philips della decisione di rimuovere un dispositivo. Fintanto che Philips non viene ufficialmente informata per iscritto che un dato sistema viene rimosso o sostituito con un dispositivo della concorrenza, Philips conserva il sistema nei sui registri. Per questo motivo, il numero di dispositivi installati considerati da Philips per rispondere a questa domanda è necessariamente superiore al numero dei dispositivi ancora in funzione*".

[162] Per Siemens cfr. doc. VIII.730 successivamente integrati e aggiornati, da ultimo doc. VIII.1022. In particolare, Siemens ha indicato che "*la fase di Phase out si conclude con la disinstallazione del dispositivo da parte dell'utilizzatore finale che segna il momento di "End of Product Lifecycle" e ciò quando i dispositivi vengono rimossi dal parco installato e nel sistema di Siemens vengono identificato come scrapped*" ma che si tratta di una scelta del Cliente; cfr. doc. VIII.730 e doc. VIII.766.

[163] A seguito dell'acquisizione nel dicembre 2018 del relativo ramo d'azienda da MESA. MESA risulta avere iniziato ad operare anche in Italia nell'offerta di servizi di manutenzione di dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia almeno a partire dal 2013, grazie alla sottoscrizione nel 2012 di un contratto per la manutenzione di dispositivi di diagnostica per immagini, anche di alta tecnologia con Euromedic (oggi Affidea), attiva nell'erogazione di servizi di diagnostica per immagini presso 168 centri localizzati in 14 paesi europei, tra cui anche l'Italia. Cfr. doc. I.9 (Althea).

[164] BDA Solutions è stata costituita nel 2015, a seguito dell'aggregazione di tecnici specializzati ex GE che già svolgevano servizi manutentivi in regime di partita iva dal 2013/2014. L'attività di assistenza post-vendita e manutenzione, ad oggi, rappresenta una quota poco significativa del fatturato di BDA (circa il 10%) e si concentra sostanzialmente su RM, TAC e Mammografi a marchio GE; cfr. doc. VIII.844 (BDA).

[165] Cfr. doc. VIII.948.

[166] HC e TS hanno indicato in sede di audizione di erogare servizi di manutenzione solo su dispositivi di media-bassa tecnologia; cfr. doc. VIII.835 (HC), e VIII.848 (TS).

Infatti, i manutentori terzi non attivi in tale segmento (come Hospital Consulting e Tecnologie Sanitarie) partecipano alle gare in RTI con un OEM[167] oppure sottoscrivono con quest'ultimo un contratto di subappalto o di "supporto tecnico", con il quale riaffidano la manutenzione delle apparecchiature ad alta tecnologia alla casa produttrice[168].

109. Anche Althea ha lamentato di aver dovuto ricorrere, più di recente, al subappalto alle rispettive case produttrici in ragione dell'introduzione di sistemi di protezione (chiavi di *service*) dei *software* per la gestione e manutenzione delle apparecchiature, sia sui macchinari di più recente generazione (in cui i sistemi di protezione sono integrati nei dispositivi al momento dell'immissione in commercio), sia su quelli di generazioni precedenti (installati presso le strutture sanitarie nei primi anni 2000 e sui quali i sistemi di protezione sono stati introdotti in occasione di aggiornamenti software e *hardware* del dispositivo), che in passato consentivano l'esecuzione della manutenzione da parte di un soggetto diverso dal produttore[169].

110. Pertanto, l'istruttoria ha permesso di verificare che ogni casa produttrice eroga quasi in esclusiva i servizi di manutenzione sui macchinari a proprio marchio installati presso le diverse strutture sanitarie nel territorio italiano.

Fa eccezione un numero esiguo di macchinari anche più datati – e quindi non dotati dei *service software* più avanzati – che ancora vengono gestiti da manutentori terzi (sostanzialmente Althea, BDA Solutions e HTS Med).

L'offerta dei servizi di manutenzione sui dispositivi per immagini di alta tecnologia a marchio SIEMENS

111. Sulla base dei dati forniti da Siemens, il parco di dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia a proprio marchio installato in Italia, nel 2017 constava di *[omissis]* apparecchi[170]. Nel 2018 il dato ammonterebbe a *[omissis]* dispositivi. La parte ha riferito che un numero significativo di tali macchinari non è oggetto di alcun servizio di manutenzione, trattandosi di apparecchi molto vecchi, probabilmente in disuso presso le strutture sanitarie, sebbene non disinstallati. Siemens non ha meglio quantificato tale insieme di dispositivi[171].

La società ha fornito, invece, il numero di macchinari sui quali eroga servizi di manutenzione in forza di un contratto di durata stipulato con la struttura sanitaria: in base al dato medio 2014-2017, si può stimare che nel 2018 i dispositivi contrattualizzati ammontino a circa *[omissis*]. Siemens

---

[167] Siemens Italia ha osservato che nel caso di gare *global service* che includono dispositivi sia di bassa sia ad alta tecnologia la società ha spesso partecipato in RTI con un ISO (in particolare con Hospital Consulting); memoria cfr. doc. VIII.622. Anche Philips ha indicato di prediligere rapporti di cooperazione anche con le ISO in casi di gare *multivendor* cfr. doc. VIII.795, doc. VIII.151 e anche doc. IV.206 (2017).

[168] Tecnologie Sanitarie ha indicato di aver fatto ricorso in alcune circostanze anche a manutentori indipendenti, tra cui BDA *solution* e Althea per la manutenzione su apparecchi a marchio GE, cfr. doc. VIII.848 (TS) *cit.* e anche doc. VIII.835 (HC).

[169] Cfr. doc. VIII.749 (Althea).

[170] Per Siemens le elaborazioni di seguito discusse sono state effettuate sulla base dei dati trasmessi dalla società in risposta a richieste di informazioni ed integrazioni; in particolare doc. VIII.730 successivamente integrato e aggiornato, da ultimo doc. VIII.1022.

[171] Come già riferito, Siemens ha fornito un elenco dei dispositivi che le risultano ancora "installati" a metà 2018 con le date di collaudo, da cui come detto si evince che una quota molto significativa dei dispositivi, tra il *[30-35]% - [50-55]%* ha più di 10 anni di vita; VIII.730 successivamente integrati e aggiornati, da ultimo doc. VIII.1022. Anche risposte doc. VIII.730 e VIII.766.

afferma che i restanti apparecchi corrispondono a macchine obsolete, in gran parte inutilizzate oppure oggetto di una manutenzione sporadica, eseguita a richiesta della struttura sanitaria *(in cd best effort* poiché hanno superato la cd data di fine supporto, EOS).

112. Quanto alla posizione della concorrenza, gli unici manutentori indipendenti attivi in Italia nel mercato in esame sono Althea, BDA Solutions e HTS Med. Tra questi, tuttavia, l'unico operatore ad aver acquisito un numero non del tutto trascurabile di contratti di manutenzione su apparecchi ad alta tecnologia a marchio Siemens è Althea, che ha riferito di essere risultato aggiudicatario nel 2018 della manutenzione su *[50-100]* apparecchi a marchio Siemens, di cui *[10-50]* riaffidati al produttore[172]. Anche nel 2019, Althea ha dovuto subaffidare a Siemens una parte crescente della manutenzione dei dispositivi per immagini ad alta tecnologia dalla stessa contrattualizzati.

113. Gli altri OEM di fatto non erogano servizi di manutenzione su dispositivi Siemens:

- Philips è risultata affidataria di dispositivi a marchio Siemens a seguito della partecipazione a gare di tipo *global service,* tutti riaffidati al fabbricante[173].
- anche GE ha affermato di ricorrere al subcontratto della manutenzione o a richieste di intervento *ad hoc*[174] di Siemens, in quanto non dotata di competenze e non interessata alla gestione diretta della manutenzione sui macchinari Siemens[175].

114. In base alle informazioni che precedono, si stima che nel 2018 il numero di macchinari ad alta tecnologia a marchio Siemens oggetto di un contratto di manutenzione di durata fosse pari a *[omissis]* dispositivi, di cui circa il *[90-95*]% contrattualizzati da Siemens stessa e il restante *[0-5*]% da Althea[176].

---

[172] Sulla base dei dati di Siemens e di Althea, su *[omissis]* dispositivi a marchio Siemens installati in Italia, nel 2018, come detto Althea risulta affidataria di *[50-100]* di cui *[10-50]* riaffidati a Siemens; cfr. VIII.879 e VIII.730 come da ultimo aggiornato VIII.1022 (Siemens); e doc. VIII.749 (Althea).

[173] Sulla base dei dati trasmessi da Philips la società, a seguito dell'assegnazione di gare *global service*, è risultata affidataria, nel periodo 2015-2018, di *[10-50]* dispositivi a marchio Siemens di cui ha interamente sub contrattato la manutenzione al fabbricante; cfr. doc. VIII.884 (Philips).

[174] GE ha, infatti, affermato che "*di volta in volta conclude accordi specifici con gli altri OEM in relazione a determinati siti rispetto ai quali GEHC intende affidare ad altro OEM la manutenzione del dispositivo di marchio concorrente";* cfr. doc. VIII.767.

[175] Nelle sue prime risposte GE ha indicato di svolgere manutenzione solo su marchi di concorrenti minori quali *[omissis]*. Successivamente GE ha rettificato le proprie dichiarazioni indicando di manutenere dispositivi anche di altri marchi concorrenti, senza tuttavia fornire alcuna indicazione puntuale né sulla distribuzione di questi apparecchi per marchio, né sul numero di dispositivi riaffidati al fabbricante in subappalto; cfr. doc. VIII.733, VIII.767 successivamente integrato e aggiornato, da ultimo VIII.885.

[176] Sulla base della documentazione agli atti, è infatti da escludersi del tutto l'attività di manutenzione da parte di altri OEM, mentre per quanto riguarda altri ISO l'eventuale erogazione di servizi di manutenzione su dispositivi a marchio Siemens sarebbe del tutto irrisoria. Le uniche ISO che svolgono attività di manutenzione sui dispositivi ad alta tecnologia diverse dal Segnalante sono DBA Solution e HTS Med, le quali hanno dichiarato in sede di audizione di erogare un servizio del tutto marginale in via prevalente su taluni apparecchi più datati a marchio GE e Philips; rispettivamente cfr. doc. VIII.844 e VIII.948. Senza distinguere per marchio, sulla base dei dati sull'installato totale di Assobiomedica per il 2016, Althea stima di manutenere una quota non superiore al *[5-10]*% dei dispositivi ad alta tecnologia installati in Italia; cfr. doc. VIII.749. I dispositivi a marchio Siemens affidati ad Althea rappresentano il *[25-30]*% circa dei dispositivi totali sui quali Althea eroga servizi di manutenzione in Italia; in tutto si tratta di *[300-350]* apparecchi ad alta tecnologia di diversi marchi, tra cui *[50-100]* a marchio Siemens, *[100-150]* a marchio GE e *[50-100]* a marchio Philips; i dispositivi totali affidati ad Althea sono per il *[35-40]*% installati in strutture pubbliche e per il *[55-60]*% in strutture private. Complessivamente a causa delle condotte di rifiuto degli OEM Althea lamenta di aver dovuto subcontrattare *[50-100]* dei *[300-350]* dispositivi medici per immagini di alta tecnologia alle rispettive case produttrici, i.e. *[10-50]* a marchio Siemens, *[10-50]* GE e *[10-50]* Philips. Nel 2018 i costi per la società di tali subforniture sono ammontati a circa *[5-10]* milioni di euro e che nella maggior parte dei casi si è trattato di contratti di tipo *full risk*. I dati riguardano solo Althea Italia S.p.a. (considerando anche i dati di Elettronica Biomedicale, poi fusa per incorporazione in Althea Italia S.p.A., il corrispettivo

In assenza di dati più puntuali sulla base installata e sui ricavi da manutenzione forniti dalla Parte, il dato sopra evidenziato può assumersi come approssimazione della quota di mercato vantata da Siemens nel mercato secondario della manutenzione di dispositivi di diagnostica ad alta tecnologia a marchio proprio[177].

115. Alternativamente, rapportando il numero di contratti di manutenzione vantato da Siemens al numero totale di dispositivi che la società dichiara compongano il proprio parco installato (inclusivo di tutti i macchinari che Siemens stessa dichiara "inattivi"), si ottiene una percentuale che in media risulta pari all' *[85-90]*% circa, nel periodo 2014-2017.

Si tratta, tuttavia, di un dato poco indicativo del reale peso di Siemens nell'attività di manutenzione sui propri dispositivi ad alta tecnologia, dal momento che viene calcolato includendo un numero significativo di apparecchiature che Siemens stessa ha dichiarato escluse da qualsiasi attività di manutenzione[178].

La percentuale di apparecchi Siemens manutenuta da Althea nel 2018 sul totale del parco installato come sopra definito sarebbe pari al [0-5]% circa[179].

116. Siemens eroga la manutenzione sui dispositivi a marchio proprio in via "diretta", cioè in ragione di contratti stipulati direttamente con la struttura sanitaria, oppure in via "indiretta", sulla base di contratti di subappalto/subaffido con l'aggiudicatario del servizio di manutenzione delle gare *global service* (sia esso un ISO o altro OEM).

117. Sono stati richiesti a Siemens i dati di vendita dei servizi di manutenzione su dispositivi per immagini ad alta tecnologia a marchio proprio per il periodo 2014-2018. La parte ha indicato che il *[95-100]*% circa dei ricavi da tali servizi derivava da contratti, pubblici e privati, di tipo mono-marca

---

corrisposto complessivamente alle Parti per contratti di subfornitura ammonterebbe, nel 2018, a circa *[5-10]* milioni di euro, pari "*quasi il* [55-60]*% del fatturato generato da tutti i contratti di manutenzione che la Società stessa esegue direttamente*". Cfr. doc. VIII.749 (Althea).

177 Da documentazione interna a Siemens si evince che la stessa quantificava, per l'anno 2016, la quota di base installata di apparecchi ad alta tecnologia manutenuta da terzi nell'ordine massimo del *[0-5%]* a seconda della tecnologia e che i dispositivi di diagnostica ad alta tecnologia da "ricatturare", perché non manutenuti direttamente da Siemens, sarebbero stati *[in numero esiguo]* TAC e *[in numero esiguo]* RM; cfr. doc. III.59 e III.60. Quanto ai dati sui ricavi da vendita di servizi, Siemens ha spiegato che i "*valori riportati non derivano dai dati di contabilità gestionale della Società e sono il frutto, in alcuni casi, di stime in quanto in caso di aggiudicazione di servizi nelle gare c.d. di Servizi Integrati/Global Service il corrispettivo offerto è unico ed a corpo per la manutenzione di diversi dispositivi oggetto di gara, sicché non esiste la possibilità di individuare contabilmente i valori di fatturato per singola tipologia di dispositivo*". Altresì, Siemens indica che anche con riguardo alla propria quota di mercato non dispone di dati disaggregati per tecnologia e "*Anche in questo caso qualunque inaccuratezza della stima del valore complessivo di mercato inevitabilmente si riflette sulla quota di mercato così calcolata*"; cfr. doc. VIII.730 come da ultimo aggiornato VIII.1022. In ogni caso, da documentazione interna rinvenuta presso Siemens Italia si evince che almeno a partire dal 2014 la casa madre aveva predisposto uno Strategic Planning Tool per la trasmissione da parte delle filiali nazionali di dati sulla posizione delle ISO/Multivendor da cui si evince che per l'Italia sui dispositivi ad alta tecnologia la stima della posizione (in valore) che Siemens attribuisce ai propri *competitor* è largamente inferiore al 5%; cfr. III.88, III.114 e III.116 e risposta VIII.857. Nel 2017, Siemens attribuiva una quota in valore ad ISO e OEMs nell'ambito di gare di tipo global service, del 10% circa su TAC e RM; doc. III.115, slide 9; tuttavia si tratta di una sovrastima posto che, come riferito in particolare dagli OEM e da Althea, i dispositivi affidati nell'ambito di queste gare sono stati tutti o in larga parte subcontrattati alla stessa Siemens.

178 Tra gli altri si veda cfr. doc. VIII.730 successivamente integrati e aggiornati, da ultimo doc. VIII.1022. Anche risposte doc. VIII.730 e VIII.766.

179 La quota è frutto dell'elaborazione dei dati di Siemens e di Althea, sui *[omissis]* dispositivi a marchio Siemens installati in Italia, nel 2018, Althea ha dichiarato di essere risultata affidataria (anche a seguito dell'acquisizione di diverse ISO) di *[50-100]* di cui *[10-50]* subaffidati a Siemens; cfr. VIII.879 e VIII.730 successivamente integrati e aggiornati, da ultimo doc. VIII.1022 (Siemens) e doc. VIII.749 (Althea).

(diretti o in subappalto), piuttosto che da gare *global service* o *multivendor*[180]. Come detto, infatti, Siemens partecipa alle gare *multi-vendor* e/o *global service* (se del caso in RTI con un ISO attivo nella manutenzione di dispositivi di medio-bassa tecnologia, es. Siemens con HC) solo quando i lotti a gara riguardano un numero elevato di dispositivi di alta tecnologia a marchio proprio[181]; ad ogni modo, come evidenziato sopra, gli OEM ottengono poi il subappalto di tutti (o di una quota rilevante) dei servizi di manutenzione sui dispositivi ad alta tecnologia a marchio proprio.

118. Secondo le stime di Siemens le gare *multi-vendor* e/o *global service* che includono anche l'alta tecnologia sono minoritarie rispetto all'insieme delle gare di questo tipo esperite in Italia (inclusive di tutte le tecnologie o solo dedicate alla medio-bassa tecnologia)[182].

119. Nella tabella che segue sono riportati i ricavi di vendita – sempre in aumento dal 2014 al 2017 – realizzati da Siemens per l'erogazione di servizi di manutenzione su dispositivi a marchio proprio ad alta tecnologia, distinto per tipologia di apparecchiatura.

Valore delle vendite di servizi di manutenzione di dispositivi - Alta tecnologia a marchio proprio (dati in milioni di euro)

	2014	2015	2016	2017
Valore delle vendite	***[40-50]***	***[40-50]***	***[50-60]***	***[50-60]***
Tomografi computerizzati	*[10-20]*	*[10-20]*	*[10-20]*	*[10-20]*
Apparecchi a risonanza magnetica	*[10-20]*	*[10-20]*	*[10-20]*	*[10-20]*
Sistemi per angiografia (digitale)	*[0-10]*	*[0-10]*	*[0-10]*	*[0-10]*
Sistemi TAC/PET	*[0-10]*	*[0-10]*	*[0-10]*	*[0-10]*

Fonte: elaborazioni su dati trasmessi da Siemens VIII.979.

120. Siemens ha indicato che dal proprio *churn rate,* ovvero dal numero di contratti di manutenzione che annualmente la società si vede sottratti dalla concorrenza, si evincerebbe che la società perde ogni anno circa il *[25-30]*% dei contratti di manutenzione in scadenza[183]. Da documenti interni la stessa Siemens attribuisce, tuttavia, la perdita di contratti di manutenzione

[180] Tra gli altri si vedano cfr. doc. VIII.730 successivamente integrati e aggiornati, da ultimo doc. VIII.1022 e doc. VIII.879.

[181] Siemens ha affermato che "*Our current strategy is to try to participate in tenders where there is Siemens high tech DI involved (presence with a Siemens contract value of at least 10% of the entire bid value), through Temporary Association with an ISO (usually Hospital Consulting) to manage Biomed*; Cfr. doc. VIII.125 e VIII.126. Anche cfr. doc. III.114 (2017) in cui nella presentazione allegata dal titolo "ISO ITA.PPTX" Siemens indica di prediligere le forme di *"Strategic alliance in case of Global Service Tender"*.

[182] Siemens indica che nel periodo tra il 2013 e il 2018 le gare global service inclusive dell'alta tecnologia cui ha partecipato non rappresentano mai una quota superiore al [20-25]% degli affidamenti tramite questa modalità; cfr. VIII.864. Anche doc. III.125 (2017) e III.126 (2017) in cui Siemens spiega alla casa madre che in Italia le gare di tipo multivendor-global service hanno ad oggetto in prevalenza la bassa tecnologia ed è rispetto a tali modalità di dispositivi che ISO quali Hospital Consulting e Tecnologie Sanitarie esercitano una maggiore concorrenza: *"- In Italy MV market corresponds 1 to 1 with the Integrated Service Market that is the so called Global Service Market => integrated service applied on all the medical equipments; - Main driver of the Integrated Service Market is the Biomed management + low tech DI (US + RX). Only 30% of the tenders includes High Tech DI (CT, MR etc.)*; *- The Integrated service tenders for Public Hospitals are done at Regional Level meaning that in these tenders is awarded the management of all the Public Hospitals of an entire Region (see the list of regional tenders already done and those we are waiting for in the next months).*

[183] Cfr. VIII.881 memoria economica, pag. 61.

affidati tramite gara di tipo global service in maniera prevalente alla concorrenza delle ISO sulla bassa tecnologia (anche detta Biomed o biomedicale)[184].

L'offerta dei servizi di manutenzione sui dispositivi per immagini di alta tecnologia a marchio PHILIPS

121. Sulla base dei dati forniti da Philips, il parco di dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia a proprio marchio installato in Italia, nel 2017 constava di *[omissis]* apparecchi. Nel 2018 il dato ammonterebbe a *[omissis]* dispositivi[185]. Anche Philips ha sostenuto che una parte non trascurabile di tali macchinari sarebbe in disuso, trattandosi di apparecchi molto vecchi, sui quali non viene svolta pertanto alcuna attività di manutenzione[186].

Anche Philips non ha quantificato tale insieme di dispositivi ma, come Siemens, ha fornito il numero di macchinari sui quali eroga servizi di manutenzione in forza di un contratto di durata stipulato con la struttura sanitaria: in base al dato medio 2014-2017, si può stimare che nel 2018 i dispositivi contrattualizzati ammontino a circa *[omissis*]. La parte restante del proprio parco installato, secondo Philips corrisponderebbe a macchine obsolete, in gran parte inutilizzate oppure oggetto di una manutenzione sporadica, eseguita a fronte di richiesta spot della struttura sanitaria[187].

122. Quanto alla posizione della concorrenza, anche con riferimento a Philips Althea è l'unico operatore ad erogare servizi di manutenzione sui dispositivi ad alta tecnologia del produttore in misura non trascurabile[188]. La società è infatti risultata aggiudicataria nel 2018 della manutenzione su *[50-100]* apparecchi a marchio Philips, di cui, tuttavia, il *[35-40*]% sono stati riaffidati alla casa

---

[184] Siemens nel descrivere ai vertici della casa madre "*What we are really losing in these Global Service Tenders is the maintenance on low end tech equipment (mainly US and XP) since the ISOs is able to provide service with their own employees. But we cannot do too much to prevent this since we are talking about public tenders regulated by law and the ISOs can easily maintain these low end tech equipments (spare parts included)";* Cfr. doc. III.93 (2017). *Anche* Cfr. doc. III.125 (2017) e doc. III.126 (2017) *cit*.

[185] Per Philips le elaborazioni di seguito discusse sono state effettuate sulla base dei dati trasmessi dalla società in risposta a richieste di informazioni ed integrazioni; in particolare doc. VIII.732 successivamente integrato e aggiornato, da ultimo doc. VIII.884.

[186] Sulla base delle indicazioni fornite da Philips in Italia i dispositivi ad alta tecnologia rimangono installati per un periodo molto superiore alla "obsolescenza tecnica" e in media sono disinstallati dopo *[15-20]* anni dal collaudo, sulla base dei dati trasmessi risulta che circa il *[5-10]%* dei dispositivi che la società ha dichiarato essere ancora installati ha ampiamente superato tale data; cfr. doc. VIII.765 versione italiana di VIII.756 e VIII.732.

[187] Come già riferito, oltre all'elenco fornito dei dispositivi che a metà 2018 risultano ancora "installati" ma che sulla base delle date di collaudo superano di molto i 10 anni di vita (la *golden rule* di COCIR) e anche quella che la stessa Philips ha definito la EOS ossia la data per la quale la stessa Philips non garantisce più alcuna forma di supporto manutentivo poiché il produttore ha smesso di sviluppare le parti software e hardware del dispositivo; doc. VIII.732 successivamente integrati e aggiornati, da ultimo doc. VIII.884.

[188] Senza distinguere per marchio, sulla base dei dati sull'installato totale di Assobiomedica per il 2016, Althea stima di manutenere una quota non superiore al *[5-10]%* dei dispositivi ad alta tecnologia installati in Italia. I dispositivi a marchio Philips affidati ad Althea rappresentano il *[20-25]%* circa dei dispositivi totali sui quali Althea eroga servizi di manutenzione in Italia; in tutto si tratta di *[300-350]* apparecchi ad alta tecnologia di diversi marchi, tra cui *[50-100]* a marchio Philips, *[50-100]* a marchio Siemens e *[100-150]* a marchio GE; i dispositivi totali affidati ad Althea sono per il *[35-40]%* installati in strutture pubbliche e per il *[55-60]%* in strutture private. Complessivamente a causa delle condotte di rifiuto degli OEM Althea lamenta di aver dovuto subcontrattare *[50-100]* dei *[300-350]* dispositivi medici per immagini di alta tecnologia alle rispettive case produttrici. Nel 2018 i costi per la società di tali subforniture sono ammontati a circa *[5-10]* milioni di euro e che nella maggior parte dei casi si è trattato di contratti di tipo *full risk*. I dati riguardano solo Althea Italia S.p.a. (considerando anche i dati di Elettronica Biomedicale, poi fusa per incorporazione in Althea Italia S.p.A., il corrispettivo corrisposto complessivamente alle Parti per contratti di subfornitura ammonterebbe, nel 2018, a circa *[5-10]* milioni di euro, pari "*quasi il* [55-60]*% del fatturato generato da tutti i contratti di manutenzione che la Società stessa esegue direttamente*". Cfr. doc. VIII.749 (Althea).

produttrice[189]. Anche nel 2019, Althea ha dovuto subaffidare a Philips parte della manutenzione dei dispositivi per immagini ad alta tecnologia dalla stessa contrattualizzati a causa del rifiuto da parte dell'OEM degli *input* proprietari[190].

123. Come osservato con riferimento all'offerta di manutenzione su dispositivi a marchio Siemens, i vari OEM non erogano – se non eccezionalmente – servizi di manutenzione sui dispositivi di altri produttori e, nei casi in cui risultino aggiudicatari di tali servizi nell'ambito di gare multi service, procedono a riaffidare la manutenzione al rispettivo produttore del dispositivo. Con riferimento alla manutenzione su dispositivi Philips:

- Siemens, nel periodo tra il 2014 e il 2017, ha riaffidato in maniera sistematica tutti i dispositivi ad alta tecnologia a marchio Philips di cui è risultata affidataria[191] e ha dichiarato di non essere interessata ad erogare tali servizi sui dispositivi della concorrenza[192];
- anche GE ha in più occasioni dichiarato di ricorrere al subcontratto della manutenzione alla rispettiva casa produttrice o a richieste di intervento *ad hoc*[193], poiché non dotata di competenze e non interessata alla gestione di dispositivi Philips.

124. Le informazioni sopra fornite consentono di stimare l'insieme dei macchinari ad alta tecnologia a marchio Philips oggetto di un contratto di manutenzione di durata nel 2018, pari a un totale di *[omissis]* dispositivi, di cui circa il *[95-100*]% contrattualizzati da Philips e il restante *[0-5*]% da Althea.

Anche nel caso di Philips, in mancanza di dati più puntuali su ricavi di vendita ed installato, questo dato può assumersi come *proxy* della quota di mercato vantata dalla società nel mercato secondario della manutenzione di dispositivi di diagnostica ad alta tecnologia a marchio proprio.

125. Il rapporto fra numero di dispositivi Philips sui quali la stessa società vanta un contratto di manutenzione e il numero totale di dispositivi installati fornito dalla Parte (inclusivo di tutti i

---

189 Sulla base dei dati di Philips e di Althea, su *[omissis]* dispositivi a marchio Philips installati in Italia nel 2018 come detto Althea risulta affidataria di *[50-100]* di cui *[10-50]* riaffidati a Philips; cfr. VIII.884 (Philips) e doc. VIII.749 (Althea).

190 Althea lamenta che le case produttrici abbiano inasprito l'accesso ai dispositivi anche sui dispositivi già in commercio a seguito di aggiornamenti di sistema. Vale al riguardo sottolineare che Philips ha dichiarato di effettuare aggiornamenti si sistema, anche non obbligatori, su qualunque dispositivo installato in Italia a proprio marchio, come chiarito dalla stessa società "*nell'Allegato 7 della risposta alla richiesta di chiarimenti depositata in data 28 gennaio 2019, tutti i Field Change Orders (obbligatori e non obbligatori) sono eseguiti su tutte le apparecchiature di marca installate presso i clienti (quindi Philips fornisce lo stesso servizio anche ai clienti che non hanno stipulato un contratto di manutenzione)*"; cfr. doc. VIII.884 e VIII.732.

191 Siemens ha affermato "*che la società non svolge attività su dispositivi di alta tecnologia diversi da quelli a marchio proprio – sia in Italia che nel resto del mondo – se non in base a subappalti o sub contratti di manutenzione con i produttori di dispositivi*"; cfr. doc. VIII.845. Siemens ha dichiarato che tra il 2014 e il 2017 è risultata affidataria, in ciascun anno, di circa *[15-20] - [20-25]* dispositivi ad alta tecnologia a marchio della concorrenza tutti riaffidati alla rispettiva casa produttrice; in particolare sulla base dei dati trasmessi risultano tra *[in numero esiguo]* dispositivi a marchio Philips e/o GE in ciascun anno; cfr. doc. VIII.730 come da ultimo aggiornato VIII.1022.

192 Nel corso di una audizione, nel chiarire la portata della dichiarazione contenuta nella "Relazione tecnico descrittiva dei servizi offerti" relativa alla gara multi-vendor per il Lotto 3 della gara Liguria in cui alla sezione "Organizzazione tecnica di Siemens Healthcare" (pag. 15), la casa produttrice dichiarava che "*presso le sedi negli U.S.A. e in Asia (Singapore) sono operanti due centri di sviluppo attivabili in caso di "service escalation" anche per i servizi "Multivendor*", *in grado di poter garantire il supporto tecnico 24 h su 24 h anche in diagnosi remota*" Siemens ha affermato che "*la società non svolge attività su dispositivi di alta tecnologia diversi da quelli a marchio proprio – sia in Italia che nel resto del mondo – se non in base a subappalti o sub contratti di manutenzione con i produttori di dispositivi e che, nel caso di specie, l'offerta è stata sottoscritta congiuntamente a GE in quanto l'ATI per partecipare alla gara non era ancora stata costituita*" cfr. doc. VIII.845

193 Cfr. doc. VIII.767.

macchinari che Philips stessa dichiara non in uso), nel periodo 2014-2017, è stato in media pari all'*[80-85]*%.

Come già argomentato per Siemens, tale dato non appare indicativo del peso di Philips nell'attività di manutenzione sui propri dispositivi ad alta tecnologia, dal momento che include nel calcolo un numero significativo di apparecchiature che Philips stessa ha dichiarato escluse da qualsiasi attività di manutenzione[194].

La percentuale di apparecchi Philips manutenuta da Althea nel 2018 sul totale del parco installato come sopra definito può stimarsi pari al *[0-5]*% circa[195].

126. Philips eroga la manutenzione sui dispositivi a marchio proprio in via "diretta", cioè sulla base di contratti stipulati con la struttura sanitaria, e anche in via "indiretta", a seguito di contratti di subappalto/subaffido con l'aggiudicatario del servizio di manutenzione delle gare tipo *global service* (ISO o altri OEMs).

127. Philips non ha fornito dati sulla distribuzione dei propri ricavi tra affidamenti diretti e gare multi-vendor. Da documentazione interna alla società, la stessa Philips stima che le gare di tipo *multi-vendor* e/o *global service* che includono anche l'alta tecnologia siano minoritarie rispetto all'insieme delle gare di questo tipo esperite in Italia (inclusive di tutte le tecnologie o solo dedicate alla medio-bassa tecnologia)[196]; Philips considera l'affidamento diretto della manutenzione sui dispositivi ad alta tecnologia quale modalità sicura di preservare i propri ricavi rispetto ad affidamento tramite gara di tipo *multivendor* (regionale)[197].

128. Philips ha fornito il valore delle vendite derivante dai servizi di manutenzione sui dispositivi ad alta tecnologia a marchio proprio, distinto per tipo di apparecchio[198].

---

194 In termini di numero di dispositivi manutenuti (sia direttamente che indirettamente grazie a contratti di subappalto o altri contratti di sub affidamento) rispetto al parco installato a marchio proprio. Nell'Allegato 6 al doc. VIII.732, Philips ha indentificato i quantitativi di dispositivi in cd dichiarato End of Service: tra questi *[omissis]*TAC di cui solo la metà circa sono manutenute in modalità Best Effort o interventi spot (Time&Material) mentre sulle altre non si esegue alcuna attività; e *[omissis]* sistemi TAC/SPET di cui *[omissis]* con contratto di Best Effort. Anche successive integrazioni da ultimo doc. VIII.884.

195 La quota è frutto dell'elaborazione dei dati di Philips e di Althea, sui *[omissis]* dispositivi a marchio Philips installati in Italia nel 2018 Althea ha dichiarato di essere risultata affidataria (anche a seguito dell'acquisizione di diverse ISO) di *[50-100]* di cui *[10-50]* subcontrattati a Philips; cfr. VIII.884 (Philips) e doc. VIII.749 (Althea).

196 In uno scambio di email di Philips avente ad oggetto "*SI MVS CS Operation Meeting nov 2017.pptx*" è allegata una presentazione intitolata "*MultiVendor Strategic Initiative*" in cui Philips attribuisce il *[70-75]*% del valore dei servizi di manutenzione erogati in modalità *multi-vendor* – global service ai dispositivi biomedicali e di medio-bassa tecnologia; mentre solo il restante *[25-30]*% riguarda dispositivi ad alta diagnostica; cfr. doc. IV.173 slide 5.

197 Philips nel commentare l'impatto sui propri ricavi di diverse gare regionali afferma che con riguardo all'alta tecnologia *[omissis]* cfr. doc. IV173 (slide 8) "*[omissis]*" e slide 11 "*[omissis]*".

198 Come spiegato da Philips il valore dei servizi include sia i servizi di riparazione e manutenzione che la fornitura di parti di ricambio; cfr. doc. VIII.884.

Valore delle vendite di servizi di manutenzione di dispositivi - Alta tecnologia a marchio proprio (dati in milioni di euro)

	2014	2015	2016	2017
Valore delle vendite	***[70-80]***	***[70-80]***	***[70-80]***	***[70-80]***
Tomografi computerizzati	*[20-30]*	*[20-30]*	*[20-30]*	*[10-20]*
Apparecchi a risonanza magnetica	*[30-40]*	*[30-40]*	*[30-40]*	*[30-40]*
Sistemi per angiografia (digitale)	*[10-20]*	*[10-20]*	*[10-20]*	*[10-20]*
Sistemi TAC/PET SPECT medicina nucleare	*[0-10]*	*[0-10]*	*[0-10]*	*[0-10]*

Fonte: elaborazioni su dati trasmessi da Philips doc. VIII.884

129. Philips ha analizzato la percentuale di contratti per servizi di manutenzione persi e guadagnati in relazione al parco installato di dispositivi per immagini a proprio marchio in Italia (2015-2017), c.d. *churn rate.* Anche tale indicatore mostra dati eterogenei tra le diverse categorie di dispositivi: i dispositivi più semplici tra quelli di media-bassa tecnologia come gli US tendono ad avere tassi di abbandono più alti, mentre la stabilità dei contratti serviti dal produttore è maggiore per i dispositivi ad alta tecnologia[199]. I tassi di *capture* sui dispositivi ad alta tecnologia nel periodo considerato (2015-2017) si attestano stabilmente su percentuali comprese fra il *[70-75*]% e il *[95-100*]%[200].

L'offerta dei servizi di manutenzione sui dispositivi per immagini di alta tecnologia a marchio GE

130. Sulla base dei dati forniti da GE, il numero di dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia a proprio marchio installati in Italia, nel 2017 era pari a circa *[omissis]* apparecchi e a *[omissis]* nel 2018[201]. Tra questi, una parte rilevante corrisponderebbe ad apparecchi molto vecchi, non più utilizzati dalle strutture sanitarie e sui quali non viene svolta manutenzione[202].
Come gli altri OEM, anche GE ha fornito il numero dei propri macchinari sui quali eroga servizi di manutenzione in forza di un contratto di durata: in base al dato medio 2014-2017, si può stimare che nel 2018 i dispositivi contrattualizzati ammontino a circa *[omissis*]. La parte restante del proprio parco installato, secondo GE corrisponderebbe a macchine obsolete, inutilizzate oppure oggetto di una manutenzione sporadica, a richiesta della struttura sanitaria.

---

199 Nella memoria economica di CRA riconosce che l'inclusione di dispositivi di bassa tecnologia distorce i risultati dell'analisi sui "*churn rate"* (tassi di sostituzione) e "*re-capture rate*" (tassi di riacquisizione dei contratti di service) che per i dispositivi ad alta tecnologia sono molto più numerosi rispetto a quelli di bassa tecnologia (nella memoria di legge "*This allows for a consistent analysis of more similar high-end DI devices, thus excluding cheaper/simpler DI devices which might bias the analysis. Most importantly, these differences affect the churn rate, direct/indirect contracts, re-capture rates and price evolution analyses. This approach is conservative in this regard, as cheaper/simpler devices tend to have larger churn rates and lower re-capture rates than high-end devices"*); cfr. doc. VIII.756 versione inglese di VIII.765.

200 Cfr. memoria economica doc. VIII.756 tabella 9, pag 26, versione inglese di VIII.765.

201 Per GE le elaborazioni di seguito discusse sono state effettuate sulla base dei dati trasmessi dalla società in risposta a richieste di informazioni ed integrazioni; in particolare doc. VIII.733 successivamente integrato e aggiornato, da ultimo doc. VIII.885.

202 Come già riferito, GE ha fornito un elenco dei dispositivi che le risultano ancora "installati" a metà 2018 con le date di collaudo, da cui come detto si evince che una quota molto significativa dei dispositivi, tra il *[35-40%] - [45-50%]* ha più di 10 anni di vita; doc. VIII.733 successivamente integrati e aggiornati, da ultimo doc. VIII.885. Anche doc. 893.

131. Anche con riferimento a GE, Althea è l'unico ISO a erogare servizi di manutenzione sui dispositivi ad alta tecnologia del produttore in misura non irrilevante. La società è infatti risultata aggiudicataria nel 2018 della manutenzione su *[100-150]* apparecchi a marchio GE, di cui, tuttavia, il *[15-20*]% sono stati riaffidati alla casa produttrice, stante l'impossibilità di accedere agli *input* essenziali alla manutenzione[203]. Anche nel 2019, Althea ha dovuto sub-affidare al produttore una parte della manutenzione dei dispositivi per immagini ad alta tecnologia dalla stessa contrattualizzati non avendo ottenuto accesso agli strumenti per la manutenzione. Le altre ISO hanno indicato di svolgere manutenzione su alcuni modelli a marchio GE (TAC e RM) in misura molto marginale, anche per conto degli altri OEM[204].

132. Anche con riferimento ai dispositivi a marchio GE, i vari OEM non erogano servizi di manutenzione su tali macchinari, se non in minima parte e, nei casi in cui risultino aggiudicatari di tali servizi nell'ambito di gare *multi service*, procedono a riaffidare la manutenzione al rispettivo produttore. In particolare:

- Siemens, nel periodo tra il 2014 e il 2017, ha riaffidato in maniera sistematica tutti i dispositivi ad alta tecnologia a marchio GE di cui è risultata affidataria[205] e ha dichiarato di non essere interessata ad erogare tali servizi sui dispositivi della concorrenza[206];
- Philips ha dichiarato di erogare la manutenzione su alcuni modelli di TAC a marchio GE[207]; non ha specificato, tuttavia, se per lo svolgimento del servizio si avvale di risorse proprie o piuttosto di manutentori terzi[208]. In ogni caso la quota di Philips sull'installato di GE sarebbe del tutto marginale, inferiore all'1%.

---

[203] Senza distinguere per marchio, sulla base dei dati sull'installato totale di Assobiomedica per il 2016, Althea stima di manutenere una quota non superiore al *[5-10]%* dei dispositivi ad alta tecnologia installati in Italia. I dispositivi a marchio GE affidati ad Althea rappresentano il *[35-40]%* circa dei dispositivi totali sui quali Althea eroga servizi di manutenzione in Italia; in tutto si tratta di *[300-350]* apparecchi ad alta tecnologia di diversi marchi, tra cui *[50-100]* a marchio Philips, *[50-100]* a marchio Siemens e *[100-150]* a marchio GE; i dispositivi totali affidati ad Althea sono per il *[35-40]%* installati in strutture pubbliche e per il *[55-60]%* in strutture private. Complessivamente a causa delle condotte di rifiuto degli OEM Althea lamenta di aver dovuto subcontrattare *[50-100]* dei *[300-350]* dispositivi medici per immagini di alta tecnologia alle rispettive case produttrici. Nel 2018 i costi per la società di tali subforniture sono ammontati a circa *[5-10]* milioni di euro e che nella maggior parte dei casi si è trattato di contratti di tipo *full risk*. I dati riguardano solo Althea Italia S.p.a. (considerando anche i dati di Elettronica Biomedicale, poi fusa per incorporazione in Althea Italia S.p.A., il corrispettivo corrisposto complessivamente alle Parti per contratti di subfornitura ammonterebbe, nel 2018, a circa *[5-10]* milioni di euro, pari "*quasi il* [55-60]*% del fatturato generato da tutti i contratti di manutenzione che la Società stessa esegue direttamente*". Cfr. doc. VIII.749 (Althea).

[204] Cfr. doc. VIII.844 (BDA Solutions) e VIII.948 (HTS Med).

[205] Siemens ha dichiarato che tra il 2014 e il 2017 è risultata affidataria, in ciascun anno, di circa [15-20] - *[20-25]* dispositivi ad alta tecnologia a marchio della concorrenza tutti riaffidati alla rispettiva casa produttrice; in particolare sulla base dei dati trasmessi risultano tra *[in numero esiguo]* dispositivi a marchio Philips e/o GE in ciascun anno; per Siemens cfr. VIII.879 e VIII.730 come da ultimo aggiornato VIII.1022.

[206] Siemens ha affermato che "*la società non svolge attività su dispositivi di alta tecnologia diversi da quelli a marchio proprio – sia in Italia che nel resto del mondo – se non in base a subappalti o sub contratti di manutenzione con i produttori di dispositivi e che, nel caso di specie, l'offerta è stata sottoscritta congiuntamente a GE in quanto l'ATI per partecipare alla gara non era ancora stata costituita*" cfr. doc. VIII.845

[207] Si tratta di *[1-10]* TAC a marchio GE che risultano assegnate a Philips nel 2015-2016 sulle quali la società ha dichiarato di erogare manutenzione; e di *[10-50]* TAC a marchio GE assegnate 2017-2018 di cui *[1-10]* sarebbero manutenute da Philips; cfr. doc. VIII.884 Allegato 1. Da documentazione interna acquista presso GE si evince che Philips ricorre al fabbricante per l'acquisto e sostituzione di parti di ricambio speciali (in particolare trattasi del Tubo radiogeno nelle TAC); cfr. doc. V.502.

[208] BDA Solution ha dichiarato che "*Per quanto riguarda le strutture pubbliche […] BDA realizza in talune circostanze attività manutentiva spot (interventi Only labor su chiamata) per conto di Philips, su impianti di GE";* cfr. doc. VIII.844.

133. In base alle informazioni che precedono, si stima che nel 2018 il numero di macchinari ad alta tecnologia a marchio GE oggetto di un contratto di manutenzione di durata fosse pari a un totale di *[omissis]* dispositivi, di cui circa il *[90-95]*% contrattualizzati da GE e il restante *[5-10]*% da Althea[209].

Anche nel caso di GE, in mancanza di dati più puntuali sull'installato[210], tali percentuali possono assumersi come approssimazione della quota di mercato vantata dalla società nel mercato secondario della manutenzione di dispositivi di diagnostica ad alta tecnologia a marchio proprio.

134. Il rapporto fra numero di dispositivi GE sui quali la stessa società vanta un contratto di manutenzione e il numero totale di dispositivi installati fornito dalla Parte (inclusivo di tutti i macchinari che GE stessa dichiara non in uso), nel periodo 2014-2017, è stato in media pari al *[75-80]*%.

Come già argomentato per le altre Parti, tale dato non appare idoneo a descrivere l'effettivo peso di GE nell'attività di manutenzione sui propri dispositivi ad alta tecnologia, dal momento che include nel calcolo un numero significativo di apparecchiature che GE stessa ha dichiarato escluse da qualsiasi attività di manutenzione.

La percentuale di apparecchi GE manutenuta da Althea nel 2018 sul totale del parco installato come sopra definito può stimarsi pari al *[1-5]*% circa.

135. GE eroga la manutenzione sui dispositivi a marchio proprio in via "diretta", cioè sulla base di contratti stipulati con la struttura sanitaria, e anche in via "indiretta", a seguito di contratti di subappalto/subaffido con l'aggiudicatario del servizio di manutenzione delle gare tipo *global service* (ISO o altri OEMs).

136. Vi sono diverse evidenze interne a GE che testimoniano la consapevolezza che la previsione di gare di tipo centralizzato nei servizi costituisse una misura di contenimento dei costi e, contestualmente, la preoccupazione che l'avvio di gare di tipo *multivendor* anche sull'alta tecnologia potesse creare opportunità per manutentori terzi e innescare una concorrenza di prezzo[211].

---

[209] La quota è frutto di una elaborazione sulla base dei dati di GE e di Althea; sui *[omissis]* dispositivi a marchio GE installati in Italia nel 2018 Althea ha dichiarato di essere risultata affidataria (anche a seguito dell'acquisizione di diverse ISO) di *[100-150]* di cui *[10-50]* subcontrattati a GE; come da ultimo integrato e aggiornato cfr. VIII.885 (GE) e doc. VIII.749 (Althea).

[210] Con riguardo ai ricavi GE ha dichiarato che "*Non vi sono informazioni pubblicamente disponibili sulla dimensione dei mercati che consentano a GEHC di rispondere a questa domanda. GEHC non dispone di stime interne dal momento che le stesse richiederebbero l'accesso ai dati delle vendite dei suoi concorrenti, che costituiscono informazioni confidenziali non disponibili a GEHC";* cfr. doc. VIII.733. Altresì GE ha indicato che con riguardo al valore delle vendite per servizi multi-vendor "*Per completare la colonna "valore totale del servizio (milioni di €)" GEHC ha fornito il valore dei servizi come pubblicato nella procedura di gara (ciò che l'ospedale ha indicato come "valore massimo"). Il valore indicato sull'offerta di GEHC nella procedura di gara riflette sempre un valore inferiore. Per le gare riferibili solo a GEHC, quest'ultima ha fornito il valore totale di gara (indipendentemente dal numero di anni), per le gare MVS, GEHC ha fornito un valore annuale di gara*"; cfr. doc. VIII.767.

[211] Cfr. doc. V.397 (2016) si legge "*Healthcare the Government obliged (by low DPCM 24/12/2015) all the public hospitals to buy goods and services by: Consip (National Purchasing Agency) or 31 Purchasing Agency called "Soggetti Aggregatori" (regional & metropolitan level)*" e anche che "*Definition by low of a max threshold (40k€) for local public tender for Helthcare Maintenance Services; reduction / cancellation of direct assignments to OeM... launch a call for public tender to all potential suppliers; Tenders struture: Geography vs Tech. Levels/Clinical areas*;" e "*Main issues - Delay on contract renewal; - Big tender on GEHC IB… prices comparison and competition by 3rd parties (Mesa, TBS Imaging); - MVS tender incl. Hi-tech… pricing discount*" (slide6). Cfr. anche doc. V.504 (2015). Si tratta di una e-mail interna alla divisione italiana di GE, a cui è allegata una presentazione intitolata "*Catch the winning spirit with Services in IMI*" in cui si sottolinea "*[omissis]*" p. 13.

137. Dai dati prodotti risulta, tuttavia, che, nel periodo 2014-2018, GE ha realizzato (stabilmente) il *[90-95]*% circa dei ricavi delle vendite di servizi di manutenzione sull'alta tecnologia da contratti, pubblici e privati, di tipo mono-marca (denominato da GE come "tradizionale") rispetto agli affidamenti tramite gara multi-vendor (sia esperita a livello di singola struttura sia centralizzata a livello regionale)[212].

138. La seguente tabella riporta i ricavi forniti da GE, derivanti dalla vendita di servizi di manutenzione sui dispositivi ad alta tecnologia a marchio proprio, distinti per tipo di apparecchio.

Valore delle vendite di servizi di manutenzione di dispositivi - Alta tecnologia a marchio proprio (dati in milioni di euro)

	2014	2015	2016	2017
Valore delle vendite	***[70-80]***	***[70-80]***	***[70-80]***	***[60-70]***
Tomografi computerizzati	*[30-40]*	*[30-40]*	*[30-40]*	*[30-40]*
Apparecchi a risonanza magnetica	*[10-20]*	*[10-20]*	*[10-20]*	*[10-20]*
Sistemi per angiografia (digitale)	*[0-10]*	*[0-10]*	*[0-10]*	*[0-10]*
Sistemi TAC/PET SPECT medicina nucleare	*[10-20]*	*[10-20]*	*[10-20]*	*[10-20]*

Fonte: elaborazioni su dati trasmessi da GE (doc. VIII.893).

139. Nella memoria economica di GE si precisa che "*considerando tutte le tecnologie di diagnostica per immagini* [ossia i dispositivi ad alta tecnologia e quelli a media-bassa tecnologia], *il capture rate di GEHC si è ridotto dal* [45-50]*% del 2013 al* [35-40]*% dei primi tre trimestri del 2018*"[213]. Sulla base dei dati trasmessi da GE, i *capture rate* calcolati solo sui dispositivi ad alta tecnologia, nel periodo 2013-2018, sulla base dei dati forniti dalla stessa GE, non sono mai inferiori al *[70-75]*% e in media pari al *[75-80]*%[214].

IV.3.3 Gli input per la manutenzione

140. I dispositivi ad alta tecnologia sono caratterizzati da elevata complessità tecnologica e dalla prevalenza della componente elettronica e informatica specifica ad ogni modello e marchio[215]. Questa complessità tecnologica dei dispositivi e delle loro componenti si riflette anche in una maggiore complessità manutentiva e delle risorse informative (*i.e.* gli *input* per la manutenzione tra cui i *service software*, le istruzioni o procedure contenute in manuali tecnici e di *service* e strumentazione anche detta *tools*) necessarie alla sua esecuzione[216].

---

[212] Cfr. doc. VIII.794 (GE), GE ha precisato che "[…] *avuto riguardo all'erogazione del servizio di manutenzione attraverso il modello Tradizionale, si precisa che sono ivi incluse le gara/affidamenti che comportano subappalti o altre tipologie di supporto tecnico"*.

[213] Cfr. doc. VIII.782 (versione Italiana di doc. VIII.769)

[214] Cfr. anche doc. VIII.782 (GE).

[215] Siemens, ad esempio, ha affermato che i sistemi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia (tra cui TAC e RM) *"sono apparecchiature elettromedicali molto sofisticate e complesse dal punto di vista meccanico, elettrico, elettronico e software";* Siemens identifica dei blocchi esemplificativi dei dispostivi come scanner TAC e scanner RM*;* Cfr. doc. VIII.995, Allegato B, relazione Tecnica (All.11).

[216] Diversamente dai dispositivi ad alta tecnologia, come spiegato da GE, per la gestione *[omissis]*; cfr. GE doc. VIII.947 pag. 26.

141. Di seguito si darà brevemente conto degli *input* che ciascun produttore sviluppa per i dispositivi ad alta tecnologia a marchio proprio e che consistono in i) informazioni tecniche e istruzioni (ossia procedure o sequenze di azioni) per l'esecuzione delle attività di manutenzione; ii) software per la manutenzione (anche detti *service software*, che sono procedure automatizzate) e iii) parti di ricambio.
Si tratta di *input* sviluppati dai produttori in una fase a monte rispetto alla manutenzione, in cui gli stessi sono impiegati.

A. Le informazioni per lo svolgimento delle attività di manutenzione sui dispostivi di diagnostica per immagini

142. Ciascuna casa produttrice elabora per ogni modello immesso in commercio una molteplicità di documentazione per l'utilizzo e per la manutenzione del dispositivo, oltre che documentazione tecnica circa l'architettura *hardware* e *software* del dispositivo. La documentazione relativa alla manutenzione, identificata di norma nei manuali di servizio o *service manual*, fornisce dettagliate istruzioni e procedure per lo svolgimento delle attività di manutenzione, specifiche ad ogni modello di apparecchio, che devono essere eseguite per garantire il corretto e sicuro funzionamento dello stesso dispositivo[217]. Le istruzioni e le procedure vengono aggiornate in funzione delle varie configurazioni tecnologiche, anch'esse specifiche a ciascun dispositivo.
143. Oltre alla documentazione relativa alla manutenzione, le case produttrici svolgono, di regola all'estero, corsi di formazione e aggiornamento ad uso esclusivo dei propri tecnici e dei clienti finali che hanno sottoscritto contratti di manutenzione con i rispettivi fabbricanti[218].

B. I service software

144. Rispetto agli apparecchi progettati agli albori (venti-trent'anni fa) si è assistito ad un avanzamento tecnologico importante non solo nell'architettura *hardware* dei dispositivi ma anche nell'uso di sofisticate risorse *software* che sottendono al funzionamento di componenti meccaniche dell'apparecchio e del processo di acquisizione e elaborazione dei dati, presupposto della generazione delle scansioni o immagini cliniche in questi apparecchi ad alta tecnologia.
145. Come si dirà più in dettaglio nel prosieguo, le procedure di manutenzione per i dispositivi ad alta tecnologia sono, ormai, prevalentemente automatizzate e svolte, per la gran parte, avvalendosi degli appositi *service software* sviluppati da ciascun fabbricante contestualmente al dispositivo.

---

[217] Ad avviso di Siemens, nel citare la norma tecnica CEI EN 62353 (cfr. Norma IEC EN 62353;CEI 62-148) che recita "*...la conformità alle prescrizioni applicabili* [quelle indicate dal fabbricante dell'apparecchio per una corretta manutenzione] ***dovrebbe essere valutata e verificata prima di effettuare le prove*** *indicate nella presente norma...*" e che Siemens intende "*fare riferimento al fatto che per svolgere qualsiasi tipo di intervento su un apparecchio in possesso di marcatura CE, qualsiasi soggetto terzo deve necessariamente seguire le istruzioni tecniche fornite dal fabbricante dell'apparecchio (cfr. norma tecnica CEI EN 62353 - "...tutte le attività di manutenzione...effettuate secondo le istruzioni del fabbricante, mantengono la conformità alla norma..."; "devono essere prese in considerazione Le informazioni fornite dal fabbricante"; "prima di effettuare le prove deve essere consultata la documentazione annessa per identificare le raccomandazioni per la manutenzione indicate dal fabbricante…"). E ciò per far sì che l'uso del prodotto permanga conforme a quanto previsto nei manuali forniti dal costruttore e sia svolta una corretta manutenzione senza "compromettere la sicurezza e la salute dei pazienti..." (cfr. art 3 Dlgs. 46/2007)*"; cfr. doc. VIII.622 pag. 46.

[218] Cfr. doc. VIII.785 busta tecnica depositata nell'ambito della gara TAC ESTAR, AREA SUD EST, Lotto 1, n. 7292, GE *fd_doc-t7292i5733p11726l1f2rc97277rp115266.pdf*; Philips B2 - Organizzazione Servizio d'Assistenza Tecnica 2018.pdf, Siemens fd_doc-t7292i7043p11924l1f2rc97277rp115447.pdf.

146. L'attività manuale su questi apparecchi è ormai confinata ad una parte marginale del servizio[219], come riconosciuto anche dalle strutture sanitarie.

147. I fabbricanti, come documentato agli atti, hanno sviluppato unitamente a ciascun dispositivo un ampio ventaglio di *service software*, ciascuno dei quali con *funzionalità* e finalità anche molto differenziate tra loro. Trattandosi di risorse sviluppate unitamente al dispositivo, in sede di progettazione, essi formano, nel territorio dell'UE, oggetto di autorizzazione all'immissione al commercio e marchiatura CE unitamente al dispositivo[220].

Questi *service software* sono impiegati in tutte le fasi della manutenzione, dalla preventiva (tra cui, ad esempio, i *test* per la verifica dello stato di funzionamento del dispositivo e delle sue parti *hardware*, le calibrazioni e più di recente i *software* per la manutenzione predittiva) alla correttiva (tra cui a seguito della diagnostica dei guasti le azioni attive di sostituzione e istallazione per il ripristino delle funzioni proprie del dispositivo).

I dispositivi di più recente generazione sono altresì dotati di accessi da remoto per facilitare l'installazione degli aggiornamenti *hardware* e *software* resi disponibili, anche per fini regolatori di sicurezza, dal fabbricante[221] e, anche, per l'acquisizione sistematica dei dati di sistema ai fini del monitoraggio proattivo che rientra tra gli obblighi regolatori di *post-market surveillance*. Si tratta, infatti, di un sistema di cui il fabbricante deve dotare i propri apparecchi al fine di ottemperare alle disposizioni relative all'attuazione di un sistema di gestione della qualità dei dispositivi di marchio proprio che garantisce la conformità degli stessi al Regolamento ai fini dell'immissione in commercio[222].

Più in generale, lo sviluppo dei *software* trova impulso anche nel dettato regolatorio con riguardo alla qualità che deve possedere il dispositivo ai fini della sua certificazione al commercio e non solo a miglioramenti del servizio di manutenzione[223].

---

[219] HTS MED, manutentore indipendente attivo prevalentemente nella media e bassa tecnologia, ha chiarito che "*trent'anni fa, in ragione della minore automatizzazione e informatizzazione dei macchinari, era possibile svolgere taluni interventi manutentivi anche in parte manualmente, con tempi di esecuzione tuttavia molto lunghi (una azione poteva essere eseguita anche con tempi superiori ai 4 giorni)*" e che non è più possibile "*svolgere la manutenzione in maniera manuale*"–"*senza l'acceso ai software […], diversamente da trent'anni fa quando con grande esperienza si potevano eseguire taluni interventi in maniera manuale*", cfr. doc. VIII.948. Analoghe osservazioni sono state formulate anche da altri operatori della manutenzione, cfr. doc. VIII.848.

[220] A titolo esemplificativo Siemens in una sua risposta, commentando il quadro regolatorio in vigore in Europa, ritiene che *"Alla luce di tale regolazione "Tuneup QA", "Test di performance' "TestTools" e strumenti di Troubleshooting che* [omissis]"; cfr. doc. VIII.864.

[221] Come detto i fabbricanti devono sviluppare e rilasciare miglioramenti/correzioni ai software per fini regolatori, per garantire l'affidabilità e la sicurezza dei dispositivi e altresì dotarsi di un sistema di monitoraggio per definire le azioni correttive necessarie cfr. Regolamento 745/2017.

[222] Cfr. Regolamento 745/2017, punto (32) e punto (74). Si vedano anche Parte B verifica del Prodotto e Allegato XIV Valutazione clinica e follow-up clinico post-commercializzazione. Più esplicitamente l'art. 83 recita al capoverso 2 che "*Il sistema di sorveglianza post-commercializzazione è atto a raccogliere, registrare e analizzare attivamente e sistematicamente i pertinenti dati sulla qualità, le prestazioni e la sicurezza di un dispositivo durante la sua intera vita, a trarre le necessarie conclusioni e a determinare, attuare e monitorare le eventuali azioni preventive e correttive*" e al capoverso 3 che "*I dati raccolti dal sistema di sorveglianza post-commercializzazione del fabbricante sono usati in particolare ai seguenti scopi: [] e) identificare le esigenze di azioni preventive, correttive e correttive di sicurezza; f) individuare le possibilità di migliorare l'utilizzabilità, le prestazioni e la sicurezza del dispositivo*".

[223] Il Regolamento 2017/745, all'Allegato I (*Requisiti generali di sicurezza e prestazione*) stabilisce che "***I dispositivi*** *forniscono le prestazioni previste dal loro fabbricante e sono progettati e fabbricati in modo che, in normali condizioni d'uso, siano adatti alla loro destinazione d'uso.* ***Essi sono sicuri ed efficaci*** *e non compromettono lo stato clinico o la sicurezza dei pazienti, né la sicurezza e la salute degli utilizzatori ed eventualmente di altre persone, fermo restando che gli eventuali rischi associabili al loro utilizzo sono accettabili, considerati i benefici apportati al paziente, e compatibili con*

148. Sulla base delle attività di manutenzione da svolgere e delle relative procedure automatizzate, sviluppate per eseguire la funzione che le stesse sono chiamate a svolgere[224], è possibile identificare le seguenti categorie di *service software*[225]:

i) *software* per l'esecuzione di *test* per la verifica della qualità dell'immagine e della conformità, di parametri di funzionamento, ai criteri minimi di accettabilità per l'immissione e il mantenimento in servizio dei dispositivi ai fini di sicurezza; si tratta dell'insieme dei *routing testing*, sviluppati dai fabbricanti in conformità con la normativa e gli *standard* internazionali, e denominati ***Quality Assurance Tests*** (QA Test), che includono i Test di qualità dell'Immagine (sulle prestazioni i c.d. IQ Test), eseguibili anche su base quotidiana dai clinici di radiologia, e altri test di qualità;

ii) software per l'esecuzione di **test di diagnostica**; al di là della diversa denominazione attribuita agli stessi dalle Parti del procedimento, queste procedure *software* hanno per tutte le case produttrici la medesima natura e svolgono la stessa funzione. Si tratta, infatti, di *test ad hoc* per la verifica del funzionamento diretto di parti *hardware* che sottendono al meccanismo di generazione delle immagini e forniscono, quindi, informazioni rilevanti per la comprensione della causa dei guasti (*troubleshooting*);

iii) software per la **lettura e interpretazione del File dei Log** funzionali all'individuazione della causa del guasto;

iv) software per le **calibrazioni,** che includono anche talune calibrazioni veloci di *routine* (le cd *fast calibration* quotidiane);

v) software per la **configurazione** e utilità di sistema (es. *back up* e *restore* dei dati di sistema, funzionalità per l'installazione di *software* di sistema in configurazione originale da CD);

vi) software per **l'installazione e/o la sostituzione di parti *hardware*,** tra cui anche *software* per l'identificazione delle parti/componenti e della loro codifica interna, di certificazione della parte, nonché dello storico degli interventi eseguiti sulle stesse;

vii) software per **l'accesso da remoto**; si tratta di complesse architetture che consentono di collegare il sistema operativo del dispositivo direttamente ai sistemi aziendali della casa produttrice, per l'esecuzione di una serie di funzioni non limitate all'estrazione dei *log*;

viii) altre procedure ***software* per l'analisi predittiva,** tra cui *software* di elaborazione di algoritmi statistico-quantitativi *ad hoc* per definizione di soglie di attenzione su specifici parametri di funzionamento dei dispositivi (il cd monitoraggio pro-attivo degli eventi; si veda quanto detto per gli accessi da remoto) e *i software* per la valutazione dell'usura di parti *hardware*.

---

un elevato livello di protezione della salute e della sicurezza, tenendo conto dello stato dell'arte generalmente riconosciuto". E altresì al punto 14.4 che "***I dispositivi sono progettati e fabbricati in modo tale che la calibrazione, la taratura e la manutenzione possano essere effettuate in condizioni di sicurezza e in modo efficace".***

[224] Le parti hanno indicato i service software disponibili ai tecnici e ai terzi nel corso delle loro audizioni e altresì trasmesso ciascuna la propria lista dei *software* sviluppati unitamente a ciascun dispositivo; Cfr. doc. VIII.985 (GE lista software), doc. VIII.996 (Philips lista software) e doc. VIII.988-989 (Siemens lista software). Anche Cfr. doc. VIII.842.

[225] L'esemplificazione che segue si riferisce in via preliminare alle TAC, ma le Parti hanno documentato di aver seguito la stessa logica di classificazione dei *service software* relativi alle altre apparecchiature ad alta tecnologia come ad esempio le RM. Queste tipologie di apparecchi di diagnostica per immagini (TAC e RM) sono quelli a cui le Parti hanno fatto riferimento nelle loro illustrazioni tecniche con riguardo agli strumenti per la manutenzione e all'esecuzione delle attività.

I livelli di accessibilità dei software: utente, "set minimo" e "set avanzato"

149. Le Parti hanno previsto l'allocazione dei *service software* per la manutenzione in diversi livelli di accessibilità. Tali classi di accesso hanno subito modifiche nel tempo[226] e possono essere allo stato identificate, secondo quanto rappresentato dalle Parti, nei tre seguenti livelli di accesso protetti, a seconda del livello, da apposite *chiavi service o service key* (codici di sicurezza); il contenuto dei livelli è illustrato nella successiva Tabella 1. Tutte le Parti hanno definito un:

i) accesso "utente", liberamente disponibile dall'interfaccia visibile al Clinico, che GE identifica con l'acronimo Livello A1 ("*Clinical use*"), Siemens con l'acronimo Livello *Customer base* (*ex* Livello 1) e da Philips con l'acronimo "*Livello utente*";

ii) accesso "di base", protetto da chiavi di accesso, potenzialmente disponibile anche ai terzi in licenza a pagamento (anche se allo stato mai concesso), identificato da GE con la denominazione Livelli A2 e A3; da Siemens con la denominazione Livello *Basic-AIAT* (*ex* Livelli 2, 3 e parte del 4); e da Philips con la denominazione Livello 0 (che include i software e il relativo Livello 1 per le istruzioni);

iii) accesso "avanzato", protetto da chiavi di accesso e non disponibile ai terzi, identificato da GE con la denominazione Livelli C e M; da Siemens con i Livelli *Advanced* e *Expert* (*ex* Livelli dal 5 in poi fino al 7[227]) e da Philips con il Livello 2.

150. Come illustrato nella tabella seguente, a ciascuna classe di accesso corrispondono procedure manutentive (risorse *software* e informative) specifiche al marchio e nella disponibilità di ciascun fabbricante[228].

---

[226] Cfr. per GE doc. V.360 l'accesso è stato modificato con l'introduzione del sistema SSA (2015), per Siemens l'accesso ai software è stato modificato con l'introduzione della nuova versione syngo (dal 2012, in Italia dal 2014) cfr. doc. VIII.995 All. E e doc. 11 e doc. VIII.987, doc. VIII.988-989 (lista software) e doc. VIII.1005; Philips ha spiegato che "*il Livello 2 per Philips è un'area ancora in fase di sviluppo*" e che "*[omissis]*"; cfr. doc. VIII.956 pag. 31.

[227] Per Siemens l'introduzione a partire dal 2012 del nuovo sistema *syngo* ha permesso di configurare i Livelli di servizio da 1 a 7, i quali dopo il 2015 sono stati ricondotti a tre macro categorie: il *Customer level, Basic,* il *Service SW - AIAT* e *l'Advanced/Expert;* cfr. doc. VIII.622 pag. 29 e 30, doc. VIII.960. e doc. I.1. All. 18; cfr. altresì doc. VIII.988-989 lista dei software in cui i *software* sono organizzati in 7 livelli di accessibilità e che conferiscono ai tecnici i relativi diritti all'uso degli strumenti per la manutenzione; cfr. anche doc. VIII.864. Allegato Manuale per la RM modello *[omissis]*dal titolo "*Guide_of_service_functionalities"* (2012) in cui si precisa che sono stati definiti 7 livelli *"*[omissis]*"*.

[228] In analogia a quanto detto per la lista dei service software, la tabella si riferisce alle TAC; tuttavia la logica di aggregazione in classi di accesso dei *software* per la manutenzione è la stessa seguita anche per le altre apparecchiature ad alta tecnologia, tra cui ad esempio le RM o le angiografie. A titolo esemplificativo Siemens ha affermato che il "*Service Software è composto da una pluralità di moduli software, ciascuno con delle sue specifiche funzioni, in modo che questo possa adattarsi ai vari tipi di apparecchiature medicali prodotte e vendute da Siemens. Ad esempio per le RM è necessario che il Service Software abbia una funzione che consenta di verificare e di regolare i parametri del magnete*"; cfr. doc. VIII.995 All. B, doc. 11 e anche VIII.960 pag. 24. Analogamente, il Responsabile Service Leader Italia di GE ha commentato che "*ritiene che la ratio usata dalla casa madre per identificare le informazioni di Classe A sia quella di consentire di svolgere quelle attività più frequenti così come listate per le TAC*" e indicato, tuttavia, che per dispositivi quali le angiografie, particolarmente invasivi per il paziente, occorre "*assicurarne il perfetto funzionamento e, quindi, è possibile che siano previsti ancora più controlli e verifiche in ragione del rischio associato in questi casi";* cfr. doc. VIIII.947 pag. 19. Analogamente per Philips, i rappresentanti di "*PHILIPS confermano la validità di quanto rappresentato anche per le altre apparecchiature, per le quali l'accesso alle informazioni e ai software service tools segue le stesse logiche illustrate nel corso dell'audizione. Le policy di accesso sono le stesse*"; cfr. doc. VIII.956 pag. 42.

Tabella 1 Classificazione dei service software nei diversi Livelli di accesso per ciascun fabbricante parte del Procedimento

Livello di accesso	GE	SIEMENS	PHILIPS
ACCESSO UTENTE libero dall'interfaccia utente-Clinico	***Livello A1*** Test di base (IQ) Calibrazioni veloci Log File	***Livello Customer Base*** Test di base (IQ)	***Accesso utente*** *Quick* Test di base (IQ) Calibrazioni veloci
ACCESSO DI BASE (set minimo) con service key in licenza a pagamento ai terzi	***Livelli A2 e A3*** Altri Test di Qualità (QA) *Routines* per le singole Calibrazioni Configurazione Taluni *software* di *routine* per l'installazione di parti soggette ad usura Taluni *software* per l'utilità di sistema	***Livello Basic-AIAT (ex Livello 2-3 e parte del 4)*** Altri Test di Qualità (QA) *Routines* per le singole Calibrazioni Configurazione Taluni *software* di *routine* per l'installazione di parti soggette ad usura Altri *software* per l'installazione di parti vitali ([*omissis*]) Taluni *software* per l'utilità di sistema Log File	***Livello 0 (e relativo Livello 1 per le istruzioni)*** Test di base (IQ completo) Altri Test di Qualità (QA) *Routines* per le singole Calibrazioni Configurazione Taluni *software* di *routine* per l'installazione di parti soggette ad usura Taluni *software* per l'utilità di sistema Log File
ACCESSO AVANZATO (set avanzato) con *service key* negato ai terzi	***Livelli C e M*** Test di Diagnostica (o *Functional Tests*) *Software* di lettura e interpretazione del Log File Calibrazioni automatizzate Altri *software* per l'installazione di parti vitali ([*omissis*]) Accesso da remoto *Software* per la predittiva	***Livelli Advanced e Expert*** Test di Diagnostica (o *Test Tools*) *Software* di lettura e interpretazione dei Log File Calibrazioni automatizzate Accesso da remoto *Software* per la predittiva	***Livello 2*** Test di Diagnostica (o *Diagnostic Tests*) *Software* di lettura e interpretazione dei Log File Calibrazioni automatizzate Accesso da remoto *Software* per la predittiva

Fonte: Si tratta della macro categorie dei software delle Parti; informazioni trasmesse dalle Parti; doc. VIII.996 (Philips, lista software), VIII.985 (GE lista software), VIII.988-989 (Siemens lista software).

151. Dalla tavola che precede si evince che, nella sostanza, tutte le Parti del procedimento hanno incluso le medesime categorie di *service software* e le relative istruzioni nei medesimi Livelli di accesso.

152. D'altra parte, con riguardo ai *software* che le Parti hanno incluso nei livelli di accesso, le stesse hanno riferito che il Livello Utente e il *set* minimo (Livello base) è coerente con la normativa di settore e ispirato alle c.d. norme AIAT *(Assembly* [assemblaggio], *Installation* [installazione di parti hardware e software e sostituzione], *Adjustment* [calibrazione], e *Testing* [verifiche e controlli])[229]. In particolare, le AIAT sono raccomandazioni, vigenti negli USA sin dal 1974[230], che disciplinano obblighi informativi a carico dei fabbricanti in relazione ai dispositivi di diagnostica per immagini a Raggi-X, potenzialmente pericolosi per la salute dei pazienti (esposizione a Raggi-X per le diagnosi mediche)[231]; esse attengono alla *disclosure* di "informazioni", intese come istruzioni e *software* o *tools* necessari per l'esecuzione delle attività di assemblaggio, installazione, regolazione (calibrazione) e dei *test*. La logica sottesa alle AIAT è quella di garantire che tali funzioni siano eseguibili secondo le specifiche del costruttore affinché i rischi siano minimi rispondendo a finalità di sicurezza e salute pubblica. La regolazione statunitense dispone che tali *input* devono essere garantiti al mero costo amministrativo[232]. Tali norme sono state di recente aggiornate per tenere conto anche dell'evoluzione degli standard internazionali IEC in materia di Test di verifica della conformità ai requisiti di sicurezza.

153. GE ha indicato che "*il sistema SSA distingue fra tre livelli (o classi) di accesso: Classe A, Classe C e Classe M* [e che GE] *ha collocato in Classe A i software di assistenza che, insieme ad altri interventi, consentono agli utenti di svolgere operazioni di manutenzione preventiva e correttiva e di riportare il sistema a condizioni di funzionamento secondo le specifiche* [della casa madre la quale] *ha deciso di mettere i software di Classe A a disposizione di terzi. Più in particolare,*

---

229 Philips ha indicato che "*Con il Livello 0, Philips rende accessibili ai Beneficiari tutte le informazioni che i regolamenti settoriali richiedono che vengano fornite da un OEM di dispositivi medici. Ciò include le informazioni concernenti l'installazione, il funzionamento sicuro/corretto, la natura e la frequenza della manutenzione e la calibrazione*"; cfr. doc. VIII.796 pagina 13.

230 Cfr. 38 Federal Register 15444. Section 532 of the Federal Food, Drug, and Cosmetic Act (the act) (21 U.S.C. 360ii).

231 In particolare nelle citate Linee Guida si legge "*Manufacturers of diagnostic x-ray systems are subject to information disclosure obligations so that assemblers or other interested parties may obtain, upon request, information regarding the assembly, installation, adjustment, and testing (AIAT) of an x-ray system to ensure it meets federal performance standards. (21 Code of Federal Regulations sec. 1020.30(g))*".

232 Le Linee Guida del 2003 si indica che "*The AIAT information should be provided at a cost not to exceed the cost of publication and distribution. The information helps to ensure compliance with performance standards that are intended to reduce unnecessary xray exposure to the patient and operator. With the evolution of new technology for x-ray systems and related major components, the Food and Drug Administration (FDA) has received new questions about the scope of the information disclosure obligation for manufacturers".* Per esempio con riguardo alla fase di *test* nelle Linee Guida del 2003 si precisa quanto segue "*For example, information on how to test for radiation leakage or proper beam alignment is important when the assembler needs to use a special technique due to the special design of the component or when the beam alignment procedures <u>are so complex that a computer program is needed</u>*." (sottolineato aggiunto). Anche cfr. doc. VIII.857 All. 11 Technical Service Information Provision & Access Control Directive Version 06 (2017-2018) si legge tra le definizioni "*AIAT Assembly - Installing - Adjusting – Testing For details, see Guidance of U.S. FDA regarding Information Disclosure by Manufacturers to Assemblers for Diagnostic X-ray Systems This document provides guidance to assemblers and manufacturers of diagnostic x-ray systems regarding the disclosure of specifications for assembly, installation, adjustment, and testing (AIAT).* ***The guidance clarifies the scope and terms of the information disclosure provision and explains how affected parties should view cost and software issues.*** *This revision further clarifies that manufacturers should provide, upon request, AIAT information for each certified component used for the controlled production of x-rays".*

una parte dei software di Classe A - i software di Classe A1 - è liberamente accessibile sui Dispositivi DI, mentre i software di Classe A2 e A3 sono disponibile su licenza"[233].

154. Siemens ha affermato che "*la suddivisione nei tre livelli Customer Level, Basic Level e Advanced Level fu introdotta a livello generalizzato nel 2013 unitamente alla policy, contenuta nelle Linee Guida, di consentire l'accesso a condizioni non discriminatorie ai livelli Customer e Basic su base FRAND"*[234]. Siemens ha, altresì, dichiarato che "*i principi su cui le Linee Guida si sviluppano sono quelli: (i) della "non discriminatory practice" nel soddisfare le richieste degli ISO, declinata assicurando una risposta in "a reasonable time […] ensuring a timely response"; (ii) dell'avere creato una "technical document library" accessibile via web per soddisfare le richieste di documentazione degli ISO; (iii) dell'accesso gratuito al livello Customer Level del Service Software e mediante rilascio di una licenza per il Basic Level, cioè delle funzioni che assicurano di svolgere, rispettivamente, le misure di qualità e sicurezza di routine e le attività di assemblaggio, installazione, aggiustamento, testing e manutenzione* […] *(v) della disponibilità ad agevolare il reperimento sul mercato dei service tools che essa stessa acquista, non essendo Siemens interessata alla rivendita/noleggio di quanto essa stessa acquista sul mercato; (vi) della disponibilità ad offrire servizi di riparazione su dispositivi gestiti da ISO/OEM dopo l'esecuzione di una procedura standard di quality check e l'eventuale ripristino del rispetto dei dovuti standard, per evidenti ragioni di responsabilità in caso di cattivo funzionamento successivamente all'intervento Siemens; (vii) dell'offerta di safety updates, [omissis*]"[235].

155. Philips si è dotata di *policy Customer Service Intellectual Property* ("CSIP") e ha dichiarato che "*l'accesso alle informazioni sulla manutenzione dei Dispositivi DI a marchio Philips e strutturato in modo perfettamente conforme agli obblighi normativi* [e] *che tutto ciò che è tenuta a fomire per legge è contenuto nel cosiddetto "User Level" (o – appunto - "Livello Utente*")" disponibile per tutti i Dispositivi di Diagnostica per immagini. Prosegue chiarendo che "il *Livello Utente consente l'accesso agli strumenti e alle funzioni necessarie per il funzionamento del dispositivo sui pazienti, al file log del dispositivo e ai controlli di base della qualità dell'immagine, nonché alle calibrazioni di routine definite e prescritte nelle Istruzioni d'Uso e nelle Istruzioni Tecniche di Riferimento. L'accesso al Livello Utente e fornito gratuitamente insieme al dispositivo*"[236].

Al riguardo, Philips ha, tuttavia, chiarito che "[*omissis*]"[237]. In tal senso, ha indicato altresì che concede in licenza gli schemi tecnici dei dispositivi con il Livello 0, essendo questi considerati documentazione tecnica[238].

---

[233] Cfr. doc. VIII.1241, pag. 31.

[234] Cfr. doc. VIII.1226, pag. 110.

[235] Cfr. doc. VIII.1226, pag. 115.

[236] Cfr. doc. VIII. 1223, pag. 138 e seg. In particolare, Philips chiarisce che "*[omissis]*"; cfr. doc. VIII.1019 CSIP *annex.* Più esplicitamente, in base alla Tabella 1, *Riepilogo del Contenuto dei Livelli CSIP per i Dispositivi DI*, si chiarisce che nel "[omissis] [sono inclusi] [omissis] […] [omissis] [e circa le condizioni di accesso] [omissis]"; pag. 144 e ss doc. VIII.1223.

[237] Philips ha spiegato che per "*[omissis]*"; cfr. pag. 141 e 142 doc. VIII.1223.

[238] Cfr. doc. VIII.1223, pag. 301.

Le funzionalità delle risorse dei livelli Utente e Base (set minimo)

156. Come illustrato dalla Tabella 1, con l'accesso Utente e con il *set minimo* un manutentore può eseguire le verifiche di conformità di taluni parametri di funzionamento ai requisiti di sicurezza i cd QA Test, può mettere in atto azioni attive di calibrazione (anche a seguito di interventi correttivi) e può eseguire attività tecniche strettamente connesse all'installazione di una parte (*hardware* o *software*). Le parti hanno dichiarato che è, altresì, possibile la visione/estrazione del File dei Log, in cui sono registrati tutti gli eventi relativi al funzionamento del dispositivo[239].

157. I *software* contenuti nel *set* minimo risultano funzionali a realizzare le attività di manutenzione preventiva e correttiva "*tipica*" o più comune, volta a garantire il rispetto delle disposizioni minime in materia di sicurezza per la messa in servizio e il funzionamento del dispositivo[240],[241]. Si tratta di *software* che garantiscono l'esecuzione di verifiche e le calibrazioni di parti affinché il dispositivo continui a funzionare correttamente e in modo sicuro per la durata d'uso[242]. E', altresì, reso accessibile il cd File dei Log del dispositivo, che è un file che registra tutti gli eventi che attengono al funzionamento di un dispositivo, ivi compresi dei messaggi di errore.

Le funzionalità dei software inclusi nel livello avanzato

158. I *software* inclusi nel *set* avanzato sono quelli di interpretazione dei Log e i Test di diagnostica sviluppati dai fabbricanti per l'attività di diagnostica della causa dei guasti (la c.d. attività di *troubleshooting*). Esistono, inoltre, altri *software* inclusi nei livelli avanzati di accesso per lo svolgimento di altre funzioni tra cui l'attività di manutenzione predittiva da remoto.

159. Con riferimento ai *software* per l'identificazione, la lettura e l'interpretazione dei codici di errore del File dei Log, gli stessi leggono in automatico gli errori e restituiscono in termini probabilistici, ossia su base statistica, le possibili origini di un guasto circoscrivendo l'area del

---

239 Siemens ha dichiarato che "*I log file* […] *non sono proprietà di Siemens quanto piuttosto proprietà del Cliente*"; come visto sopra l'accesso al file dei Log è soggetto alla disponibilità di una *chiave service*; cfr. doc. VIII.960.

240 Per Philips all'allegato "*CSIP*" (Cfr. doc. VIII.1019) è poi indicato che *"Livello 0 CSIP*" riguarda *"La documentazione di Livello 0 CSIP* [che] *include le istruzioni necessarie al fine di rispondere alle disposizioni internazionali in materia di apparecchiature elettromedicali. Il Livello 0 Customer Services Intellectual Proprierty (CSIP) include ma non è limitato* a: - *istruzioni d'uso (manuali per l' operatore c/o utente) atte a fornire le informazioni per il corretto utilizzo dei prodotti Philips in ambito clinico, istruzioni per manutenzione di base che potranno essere eseguite solo dal personale qualificato del Cliente, materiale relativo alle vendite, clinical application e supporto didattico del Customer Services a sostegno del livello 0 CSIP*" (sottolineato aggiunto).

241 GE "*ritiene che la ratio usata dalla casa madre per identificare le informazioni di Classe A sia quella di consentire di svolgere quelle attività più frequenti così come listate per le TAC*", e altresì indica che "*L'elenco delle attività contenute nell'Allegato E rappresenta la lista esemplificativa del 90% circa delle attività che sono più tipicamente eseguite su una TAC nel corso di vita del dispositivo per la manutenzione di base e la risoluzione di guasti ricorrenti, come ad esempio la sostituzione del Tubo*"; cfr. doc. VIII.947 Verbale di Audizione tecnica di GE pag.20. In una propria recente offerta tecnica la stessa GE riferisce, invece, che il "*Proficiency Level* [si raggiunge] *una capacità di esecuzione dell'80% degli incarichi: Connettività remota; Manutenzione preventiva; Manutenzione correttiva: Error Log, sostituzione parti di ricambio, calibrazioni; Supporto all'installazione"* [mentre l'] *"Advanced Level* [conferisce] *capacità di esecuzione del 95% degli incarichi. In aggiunta al livello proficiency: Manutenzione preventiva avanzata; Manutenzione correttiva avanzata e supporto tecnico / diagnostico; Installation Team Leader* [infine l'] *Expertise Level [conferisce la] capacità di esecuzione del 100% degli incarichi. In aggiunta al livello Advanced: Supporto Remoto; Diagnostica e riparazioni avanzate; Design a livello di Fabbrica*"; cfr. doc. VIII.876 Allegato 3) Documentazione tecnica ed economica di GE "Relazione descrittiva servizio assistenza tecnica GE Healthcare" (documentazione trasmessa da GE alla ASL Veneto Orientale nell'ambito della procedura per l'affidamento del servizio Full Risk di TAC del 2018.

242 Per quanto attiene i dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia diversi dalle TAC, le Parti hanno indicato di aver definito i livelli di accesso ai *software* applicando la stessa logica dell'accesso AIAT identificato per le TAC.

dispositivo che potrebbe essere causa del guasto e facilitando, così, l'individuazione della eventuale parte da sostituire e, quindi, la risoluzione del malfunzionamento.

160. Da quanto rappresentato è emerso che anche l'analisi più approfondita che le Parti riescono a fare attraverso i *software* avanzati di interpretazione del File dei Log può comunque necessitare delle ulteriori verifiche di *troubleshooting* che possono essere svolte con i Test di diagnostica[243].

161. Al riguardo, come illustrato nella Tabella 1, tutti i fabbricanti hanno dotato i propri dispositivi di appositi Test di diagnostica (o anche detti *Functional Test* o *TestTools*) che le parti includono, ora, nei rispettivi livelli avanzati non resi accessibili ai terzi.

162. Con riguardo all'uso di questi Test di diagnostica i rappresentanti di ESTAR che operano tra l'altro i qualità di tecnici *in house* presso l'Azienda Ospedaliera Universitaria di Pisa (nel seguito anche AOUP, facente capo alla centrale d'acquisto Estar)[244] hanno riferito che la procedura operativa che di regola segue il tecnico *in house* per la verifica della causa di un guasto è la seguente: lettura dei Log, esecuzione dei Test di diagnostica per l'individuazione della causa del guasto e, solo dopo aver sostituito la parte guasta, eventuali calibrazioni (se necessarie) e uso dei *test* di qualità (QA Test) per certificare la conformità dell'intervento effettuato[245].

163. Più in generale, i manutentori terzi sentiti in audizione hanno rilevato che il mancato accesso ai *service software* per la diagnostica impatta in misura significativa sulla possibilità stessa di svolgere il servizio oltre che sui tempi (e i costi) dell'intervento, e, quindi, in definitiva sulla capacità di soddisfare le richieste della domanda e competere in maniera effettiva con gli OEM[246].

164. Althea, con riguardo ai *service software* per la diagnostica, ha osservato che "*In questo caso, se Althea non ha l'accesso ai test tools non ha altro modo di identificare il guasto rispettando l'up time richiesto dalle stazioni appaltanti, in quanto si dovrebbe procedere per tentativi successivi con il rischio che l'attività di diagnosi del guasto si protragga per più giorni. L'accesso al software che consente di indentificare il guasto è quindi da ritenersi un input necessario per lo svolgimento dell'attività di manutenzione*"[247]. La stessa Althea ha documentato una serie di esempi pratici in cui l'uso dei Test di diagnostica consente di eseguire misure in condizioni diverse dalla normalità e non altrimenti replicabile con altre modalità operative[248]. In particolare, anche Althea non ritiene che

---

[243] A titolo esemplificativo, Siemens doc. VIII.960 Verbale di Audizione tecnica Siemens; GE doc. VIII.785 Allegato IV Relazione sintetica del servizio assistenza tecnica (pagina 3), gara ESTAR (2018), Philips, doc. VIII.956 Verbale di Audizione tecnica

[244] ESTAR-AOUP ha spiegato che il tecnico *in house* eroga la manutenzione su TAC a marchio GE localizzate presso Strutture Sanitarie Toscane, tra cui l'Azienda Ospedaliera Universitaria Pisana, in ragione di un accordo di manutenzione condivisa con un fabbricante (GE) per apparecchiature ad alta tecnologia (a marchio GE); cfr. doc. VIII.1066.

[245] Cfr. doc. VIII. 1066 Verbale di audizione ESTAR-AUOP. Anche altre Strutture Sanitarie audite hanno rilevato che la disponibilità di un *set* completo dei *software* garantisce l'autonomia operativa del manutentore il quale altrimenti dovrebbe dipendere dalle condizioni di intervento del fabbricante; cfr. doc. VIII.1068 Verbale di Audizione Fondazione IRCCS. Anche la stessa Philips nei propri manuali indica l'importanza di individuare correttamente quale sia la componente guasta poiché questo può avere ripercussioni sul funzionamento dell'intero sistema; Cfr. doc. VIII.1016 All. 10-12 istruzioni CIPS Level 1.

[246] Cfr. VIII.835 (HC) Verbale di Audizione, doc. VIII.948 (HTS Med) Verbale di audizione. Cfr. doc. VIII.948 e doc. VIII.811 (Althea) Verbale di audizione.

[247] Cfr. doc. VIII.811 (Althea) Verbale di audizione.

[248] Althea ha documentato che la "*prerogativa dei test tools diagnostici è proprio quella di andare a misurare il funzionamento di una specifica componente della macchina in diverse configurazioni e modalità di funzionamento (il software simula modalità non standard di funzionamento della macchina) proprio per isolare e comprendere la causa del*

un tecnico possa operare per tentativi in ragione della complessità tecnica dei dispositivi ad alta tecnologia che rende questi sistemi molto delicati e non adatti a interventi inutili, invasivi e non risolutivi[249] e che, peraltro, imporrebbero una onerosità (in termini di costi e tempi) tale da escludere il terzo dal mercato[250].

165. Althea riferisce altresì, di una vicenda relativa alla propria filiale francese attiva presso due strutture sanitarie, in cui sono in uso dispositivi ad alta tecnologia a marchio Siemens, e che risultano clienti comuni ad entrambe, Althea e Siemens. Le evidenze agli atti testimoniano come il Cliente ed Althea non fossero in grado di operare con il mero accesso al set minimo e come Siemens abbia trasmesso, gratuitamente e senza contestazioni, le chiavi per l'accesso fino al Livello avanzato (Livello 5), al fine di consentire ai tecnici di erogare, in ottemperanza ai contratti, la manutenzione preventiva e tutte le manutenzioni correttive, comprensiva della diagnostica[251].

Altri software avanzati

166. Altre funzionalità incluse nel *set* avanzato, e che le Parti si riservano, sono quelle per l'esecuzione della calibrazione e bilanciamento di parti *hardware* in un'unica procedura inclusiva di più fasi.

Come riferito nella Tabella 1 le Parti hanno incluso nel *set* minimo funzionalità per l'esecuzione di singole *routines* di calibrazione e bilanciamento mentre nel set avanzato sono disponibili *software* che accorpano tali procedure e consentono di automatizzare l'esecuzione delle singole azioni*;* le calibrazioni, come spiegato, sono operazioni specifiche ad ogni parte da sostituire; ad esempio, per il Tubo nelle TAC le calibrazioni (in inglese indicate con il termine Adjustment) includono una serie di azioni tra cui l'aggiustamento del suo posizionamento ai fini della corretta emissione della dose di Raggi-X.

---

guasto. Non è possibile riprodurre queste diverse configurazioni e modalità di funzionamento manualmente o con l'utilizzo di fantocci o altri service software (i.e. diversi da quelli del produttore, ammesso che sia fattibile svilupparli) [e come detto] *le tolleranze di cui ai test basati sugli standard internazionali sono molto più ampie di quelle scelte nelle specifiche dalle case produttrici e l'obiettivo di ogni manutentore è di intervenire in maniera da garantire che il funzionamento sia conforme alle specifiche di produzione* [e pertanto] *è solo disponendo dell'insieme dei test diagnostici e di qualità sviluppati dalla casa produttiva che il manutentore può garantire di aver ripristinato il funzionamento dell'apparecchiatura secondo le specifiche di produzione*"; Cfr. doc. VIII.1069 Verbale di Audizione (Febbraio 2020) e doc. VIII.1075 Integrazioni al verbale di Audizione e VIII.1077 (Memoria).

[249] Althea ha affermato "*che data la complessità delle macchine, le sostituzioni di parti sono molto delicate e, come detto, si corre anche il rischio di compromettere inutilmente altre parti del sistema, e per questo non è accettabile che possa essere ritenuto un modus operandi adeguato quello di procedere per tentativi successivi cambiando anche più parti, con interventi che di fatto non risolvono il problema";* cfr. doc. VIII.1069 Verbale di Audizione (Febbraio 2020) e doc. VIII.1075 Integrazioni al verbale di Audizione.

[250] Althea, nell'illustrare un esempio di guasti del detettore di una TAC, ha osservato che "*A parte il costo, bisogna anche considerare che molte parti dei DID [*Diagnostic Imaging Devices*] (come il detettore) sono estremamente delicate (e pesanti), per cui gli interventi devono essere limitati alla stretta necessità, per evitare di danneggiare il sistema, con interventi inutili e invasivi. Né, tanto meno, è pensabile sostituire interi blocchi piuttosto che singoli pezzi, solo per "rapidità". Il costo aggiuntivo che si imporrebbe in questo modo all'ISO lo porterebbe immediatamente fuori mercato";* cfr. doc. VIII.1077 (Memoria).

[251] Cfr. doc. VIII.1077.

La procedura unica consente di velocizzare i tempi degli interventi, non commettere errori[252],[253],[254] e procedere in quelle situazioni che deviano dal caso "normale" (come l'esecuzione delle operazioni in diverse modalità di esposizione dei Raggi-X)[255].

167. Nel livello avanzato ci sono, inoltre, *software* che contengono una serie di informazioni relative alla lista delle parti e agli identificativi di componenti (*serial number* per i ricambi serializzati) e parti (*part number*)[256] rilevanti ai fini della corretta individuazione della parte di ricambio da sostituire.

---

[252] Nel corso dell'audizione GE ha, ad esempio, spiegato che per la sostituzione del Tubo i dispositivi sono dotati di software avanzati che effettuato una serie di azioni in automatico tra cui lo spostamento ai fini della giusta emissione della dose specifica ad ogni macchinario e Tubo. Per eseguire il processo di allineamento e calibrazione con la strumentazione di Classe A il tecnico deve operare attraverso un processo a due fasi "z-alignment & Cold-ISO" anche procedendo all'apertura del dispositivo, mentre per il tecnico GE che dispone dell'accesso a livello avanzato queste fasi sono eseguite in automatico in un'unica soluzione (i.e. "*Queste due fasi sono riunite in un'unica operazione dal tecnico GECH attraverso il* [omissis]". Durante l'audizione GEHC ha anche indicato che "*In aggiunta a ciò, il tecnico che ha accesso unicamente alla strumentazione di Classe A può azionare la rotazione del Gantry soltanto dal relativo pannello di controllo mentre il personale GEHC può avvalersi* [omissis]. *Infine, il tecnico che ha accesso soltanto ai software di Classe A dovrebbe eseguire la cd "bleeder test procedure" attraverso i software di Classe A2 "KV &MA (X-RAY") invece di avvalersi, come può fare il tecnico GEHC, del c.d.* [omissis]"; cfr. doc. VIII.947 Verbale di Audizione tecnica GE, pag. 14 e 15 e doc. VIII.985. Sugli invocati irrisori risparmi di tempo derivanti dall'uso di questi strumenti avanzati si veda anche VIII.920A. Anche Siemens e Philips hanno dotato i propri dispositivi di software che effettuano in un'unica soluzione queste diverse azioni; cfr. doc. VIII.960 e VIII.956.

[253] Siemens ha dotato i propri dispositivi di una procedura avanzata (cd *[omissis]* di Livello 5) che esegue in maniera automatizzata l'esecuzione delle calibrazioni; diversamente dalla cd «[omissis]» inclusa nel set minimo (Livello 3 per Siemens) per cui occorre operare singola azione per singola azione «[omissis]»; cfr. doc. VIII.988-989.

[254] Anche HTS Med ha ad esempio indicato che "*per le parti complesse come i detettori (ve ne sono 64) vi è una unica routine che esegue contestualmente quella specifica azione per l'insieme delle componenti. Non si procede all'analisi uno ad uno, non sarebbe efficiente";* cfr. doc. VIII.948.

[255] Analogamente agli altri fabbricanti, anche gli apparecchi di Philips sono dotati di una procedura avanzata (inclusa nel Livello 2) per automatizzare le azioni (tarature e aggiustamenti) che la macchina deve eseguire relativamente alla calibrazione per ciascuna specifica parte sostituita. Ad esempio, anche Philips ha sviluppato una sequenza automatica che il tecnico Philips può lanciare quando effettua, ad esempio, il Tube replacement (sostituzione del Tubo) e *[omissis]*; sono state sviluppate anche analoghe procedure automatiche per altre parti (ad esempio DMS board replacement). Si tratta di una funzionalità avanzata che, come riferito da Philips, consiste ad esempio in "*un primo tool* [procedure software] *consente di individuare, una volta inserita l'indicazione di quale parte è stata sostituita, quale attività di calibrazione deve essere svolta"* con una certezza dei tempi di esecuzione. Diversamente un terzo, non potendo usare questi software, dovrà prima consultare le istruzioni per poter comprendere e dare esecuzione alle singole azioni necessarie per finalizzare la sostituzione della parte; ad avviso di Philips i risparmi di tempo sarebbero irrisori; cfr. doc. VIII.956 Verbale di audizione tecnica Philips, pag. 29. Tuttavia la documentazione agli atti smentisce le affermazioni di Philips, come specificato nel Manuale (cfr. All.12) più completo e informativo rispetto a quello di base per i terzi (cfr. All.7) le funzionalità addizionali utilizzabili con il Livello 2 sarebbero utili, proprio, ad esempio per velocizzare le sequenze e in situazioni non di normalità: "[omissis]".

[256] GE ha indicato che si tratta di strumenti protetti di Livello C che consentono al tecnico come spiegato di "*acquisire* [omissis] *una serie di informazioni sulle componenti del sistema, tra cui la lista di quelle principali (Part List) e il part number (o la component serial number) di ciascuna parte. Questi strumenti posso essere utilizzati nello svolgimento delle attività di* [omissis]*, o comunque sono usati ogni volta sia necessario risalire al* [omissis]; cfr. doc. VIII.947 Verbale di Audizione tecnica GE pag. 13; vedi anche doc. VIII.985 Lista dei software. Analoghi strumenti per l'acquisizione automatica dell'identificativo della parte sono in dotazione ai dispositivi di Siemens, ad esempio per le TAC esiste una funzionalità software chiamata "[omissis]" descritta come "[omissis]"; cfr. doc. VIII.988 sostituito da VIII.989 lista dei software. I fabbricanti usano codici personalizzati, cd part number, che non coincidono necessariamente con i codici seriali delle singole parti o componenti, in particolare quando si tratta di parti personalizzate dal fabbricante e/o di parti complesse (*asset*) costituite dall'assemblaggio di più componenti; si tratta di identificativi che possono accumularsi nel tempo. Al riguardo Philips ha dichiarato che "*i tecnici Philips non usano i serial number ma fanno riferimento storicamente* [omissis] *che è la configurazione che raggruppa tutti gli oggetti (parti complesse o no e componenti) di un dispositivo e che è interna al gruppo. Nel tempo si sono accumulati una serie di identificativi* […] *Chiarisce che ogni fabbrica ha il suo sistema di produzione e di classificazione interno dei dispositivi e delle parti. Ad esempio ai fini del monitoraggio in linea teorica ogni oggetto è considerato un bene, ma ciò come detto sopra ha senso, ed è possibile, quando è possibile usare componenti o moduli da un dispositivo ad un altro*"; cfr. doc. VIII.956 pag.14.

168. I dispositivi di più recente generazione, infine, come descritto nella Tabella 1, sono dotati di nuove funzionalità *software* per il *pro-active monitoring*, inclusi nei livelli di accesso avanzato, che consentono attraverso sofisticati accessi da remoto, l'estrazione e il monitoraggio sistematico degli eventi per la loro analisi statistico-probabilistica ai fini della manutenzione predittiva[257],[258].

C. Le parti di ricambio

169. Le parti di ricambio costituiscono la voce di costo più significativa nella manutenzione[259]. Si tratta di parti soggette ad usura, con un ciclo di vita inferiore a quello dell'apparecchio e, quindi, oggetto di periodica sostituzione[260].

170. Ciascuna parte di ricambio è di norma identificata dal produttore del dispositivo con un proprio codice identificativo che può essere riferito alla singola componente da sostituire o anche alla parte complessa. La lista delle parti di ricambio e i loro codici di riferimento sono informazioni specifiche a ciascun fabbricante, suscettibili di variare nel corso del tempo, anche in ragione dell'immissione nel mercato di nuove versioni di un determinato modello di dispositivo[261].

171. Le parti di ricambio originali possono essere prodotte dagli OEM direttamente o tramite soggetti terzi, in virtù di specifiche di produzione valide per un dato modello/marchio di

---

[257] Cfr. doc. VIII.785 Allegato IV *cit*, in cui Philips li denomina Philips Remote Services (PRS; cfr. "Organizzazione Assistenza Tecnica Philips HealthSystems", pag. 11); Siemens chiama questa funzionalità Smart Remote Services (SRS; cfr. documento "*Smart Remote Service Supporto del sistema*); GE indica di essere dotata da una connessione per l'assistenza Assistenza da remoto attraverso un collegamento denominato "GE InSite" (cfr. VIII.785 Allegato IV Relazione sintetica del servizio assistenza tecnica (pagina 1) gara ESTAR (2018); si veda anche la descrizione del collegamento InSite disponibile sulla pagina internet di GE http://www3.gehealthcare.nl/nl-nl/services/digital_solutions/insite. GE, inoltre, eroga attraverso questa infrastruttura un servizio di assistenza e monitoraggio proattivo da remoto denominato OnWatch, che, secondo quanto riportato sul sito internet della società https://www.gehealthcare.com/products/onwatch "*provides fully-automated and continuous monitoring of critical subsystem elements within imaging equipment, including CT scanners, interventional systems, and MR and mammography machines. Any deviations from normal performance data directly alert GE engineers, who then work to keep operations running smoothly. … If OnWatch detects an abnormality in the machine, the remote support center will receive an alert. … When an automated alert is generated, the remote engineer will diagnose the issue with the system and either fix it remotely or schedule an appointment for on-site service, providing a repair plan with the required parts*". Come altresì riferito dalla stessa GE *[omissis]*"; cfr. doc. VIII.947 pag. 9.

[258] GE include nel proprio livello avanzato anche *software tools* (Livello C) che per diverse parti *hardware* che forniscono l'indicazione del numero di volte in cui una certa parte è stata usata e consentono al tecnico di formulare una stima del tempo residuo prima della rottura; trattasi ad esempio del "[omissis]"; Cfr. descrizione contenuta alla pagina web https://www.gehealthcare.com/products/tube-watch, cfr. doc. VIII.985 lista dei software. descrizioni fornite nel sito https://customer-doc.cloud.gehealthcare.com/#/cdp/dashboard. Anche Siemens e Philips hanno elaborato *software* che svolgono queste funzioni, alcuni dei quali inclusi nel set minimo, e, quindi, accessibili ai terzi; per una compiuta descrizione dei quali si rimanda ai doc. VIII.988-989 (Siemens) e doc. VIII.996 (Philips).

[259] In particolare, il costo delle parti vitali può raggiungere in Italia valori molto elevati, anche superiore ad altri paesi europei. Si pensi ad esempio che nel caso di parti speciali nelle TAC un Tubo può arrivare a costare (originale) anche *[100-150]* mila euro; cfr. doc. III.110; per le RM il prezzo massimo di una bobina nuova può aggirarsi anche sui 140-145 mila euro; doc. VIII.844.

[260] TS ha osservato "*Le componenti e/i materiali soggetti ad usura, ossia quelli che hanno una vita utile diversa dal dispositivo, possono essere identificabili con il termine consumabili. In questo senso, un tubo radiogeno di una TAC potrebbe essere considerato un consumabile";* cfr. doc. VIII.848 *cit.*. BDA Solution ha precisato che a titolo esemplificativo, per quanto attiene le TAC, prima del 2014-2015, "*era visibile anche a livello di utente il numero di utilizzi del tubo radiogeno, laddove tale informazione è vitale per il manutentore, poiché gli consente di sapere quando è necessario sostituire la suddetta parte e programmare con sufficiente anticipo il suo acquisto, per ridurre i tempi di consegna e limitare i rischi e i tempi di fermo macchina";* Cfr. VIII.844 *cit.*.

[261] Philips ha riferito che in qualità di produttore per ogni modello "*ad ogni nuova release viene aggiornata la lista delle parti di ricambio compatibili con quel dispositivo e che tale informazione è contenuta nella documentazione tecnica relativa all'apparecchio*"; cfr. doc. VIII.795 Verbale febbraio 2019.

dispositivo[262]. In alcuni casi, il produttore terzo è legato all'OEM da rapporti in esclusiva, nel senso che non è autorizzato a produrre parti analoghe a quelle commissionate dal produttore per altri soggetti[263].

172. In linea teorica, le parti di ricambio di un dispositivo possono essere non solo parti originali (*i.e.* a marchio del fabbricante) nuove, ma anche ricondizionate o usate, ovvero parti non originali ma compatibili per un dato apparecchio[264]. Le fonti di approvvigionamento quindi, sempre in linea teorica, oltre alle case produttrici (per le parti originali nuove, rigenerate o usate), potrebbero essere terzi produttori (per le parti non originali ma compatibili) e società terze attive nella rigenerazione o nella commercializzazione di dispositivi e parti usate (c.d. *second hand stockists*).

173. A prescindere dall'indisponibilità sopra richiamata, deve osservarsi che sulla base dell'attuale quadro regolatorio l'uso di parti ricondizionate e/o non originali è consentito purché si tratti di parti identiche o simili a quelle dell'apparecchio difettoso e tali da consentire di "*mantenere o ripristinare la funzione del dispositivo stesso senza modificarne le caratteristiche di sicurezza, prestazione o la sua destinazione d'uso, si assicura che l'articolo non comprometta la sicurezza e le prestazioni del dispositivo*"[265].

174. Per come si dirà nel prosieguo esistono, tuttavia, una serie di fattori, anche di natura tecnica, che per i dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia di fatto limitano il grado di sostituibilità dei ricambi originali con i ricambi compatibili e rigenerati disponibili sul mercato[266].

---

262 Philips ha dichiarato che "*con riferimento alle parti speciali menzionate (Tubi radiogeni, detettori, sonde ecografiche, bobine), la maggior parte di tali componenti è prodotta da Philips. Ci sono un paio di eccezioni, pensa. Per i Tubi vi sono altri produttori che offrono parti che sono compatibili con i prodotti Philips";* cfr. doc. VIII.956 Verbale di Audizione tecnica.

263 DBA Solution ha rilevato che "*le case produttrici si avvalgono di produttori terzi anche per la produzione di parti di ricambio originali per i dispositivi di diagnostica ad alta tecnologia (tra cui anche parti "vitali" come i Tubi per le TAC o le bobine per le RM). Tra questi ad esempio i produttori Dunlee e Invivo (facenti parte del gruppo Philips) che producono componenti e parti anche per altri produttori di dispositivi di diagnostica sulla base di specifiche tecniche della casa produttrice. In tal senso, sotto il profilo tecnico, la parte di ricambio venduta a marchio della casa produttrice piuttosto che con il marchio del terzo produttore è, di fatto, la stessa. Può accadere, tuttavia, che sussistano accordi di esclusiva tra il produttore terzo e la casa produttrice di dispositivi di diagnostica tali da rendere indisponibili le parti a marchio del produttore a terzi. In tal senso, è chiaro che un operatore attivo nella manutenzione può avere difficoltà nell'esercizio della sua attività se vi sono restrizioni nella fornitura di parti di ricambio originali e/o rigenerate e nella possibilità di sostituirle nei dispositivi*"; cfr. doc. VIII.844 (Verbale di Audizione). Analoghe osservazioni sono state espresse ad esempio da HC, il quale riferisce che "*spesso la casa produttrice pur avvalendosi di produttori terzi per talune componenti dei suoi dispositivi - anche vitali (come i tubi) - vi appone il proprio marchio (anche se come detto fabbricato da altro produttore) prima di installarli nel dispositivo. In tal modo, le componenti installate nei dispositivi risultano, di fatto, diverse sotto il profilo del marchio da quelle del produttore terzo, pur essendo tecnicamente e funzionalmente le stesse";* cfr. doc. VIII.835 (Verbale di Audizione). Parimenti per TS, cfr. doc. VIII.848 Verbale di Audizione.

264 Cfr. Regolamento 2017/745.

265 Cfr. Regolamento 745/2017, art. 23. Al punto 25) per «compatibilità» si intende "*la capacità di un dispositivo, compreso il software, quando utilizzato insieme a uno o più altri dispositivi, conformemente alla sua destinazione d'uso, di: a) conseguire le prestazioni senza perdere né compromettere la capacità di funzionare come previsto; e/o b) essere integrato e/o funzionare senza che sia necessario modificare o adattare alcuna parte dei dispositivi combinati; e/o c) essere utilizzato insieme ad altri dispositivi senza conflitti/interferenze o reazioni avverse".*

266 Cfr. doc. VIII.956 Verbale di Audizione tecnica di PHILIPS. La società ha riferito che "*per quanto riguarda i dispositivi ad alta tecnologia, non ha mai avuto modo di riscontrare una situazione in cui sono stati installati parti non originali su apparecchi a marchio PHILIPS. Vi sono stati casi in cui sul dispositivo potevano essere state montate parti di altri dispositivi dello stesso modello, dismessi, ma sempre originali PHILIPS. Osserva che sui dispositivi a marchio PHILIPS sono installate parti prodotte da PHILIPS e altre componenti che sono prodotte da terzi ma per conto di PHILIPS (come ad esempio i generatori sulle TAC o sulle risonanze)*". Altresì nella medesima audizione, Philips ha osservato che difficilmente le parti prodotte da terzi (cd "compatibili") sono parti interne al sistema o schede software, ma si tratta di accessori o al più del Tubo (per le TAC) e dichiarato che "*con riferimento alle parti speciali menzionate (Tubi*

175. In primo luogo, un primo ostacolo all'utilizzo di parti di ricambio non originali risiede nel fatto che alcune parti originali, tra cui quelle che impartiscono comandi o svolgono operazioni (ad es. le schede di controllo del sistema), possono essere dotate di *software ad hoc* (c.d. *firmware*) che ne influenzano il funzionamento e che, di fatto, ne limitano tecnicamente la sostituzione con parti non dotate di analogo *software* (Philips)[267]. Altri dispositivi dispongono di *software* per il riconoscimento della parte, necessario affinché il sistema possa essere configurato e funzionare e/o la certificazione della parte (Siemens e GE)[268] che, nel caso di installazione di parti non originali (nonostante dotate di dichiarazioni di compatibilità da parte del fabbricante terzo), ne disabilita alcune funzionalità[269].

176. Con riferimento all'acquisto di parti originali, i manutentori indipendenti, come si vedrà ampiamente nel seguito, lamentano la difficoltà di reperire, in Italia, parti di ricambio originali all'ingrosso (*i.e.* in assenza di contratti completi inclusivi dei servizi di manutenzione con la casa produttrice[270]) al fine di crearsi un magazzino[271] e altresì vincoli di natura tecnica all'approvvigionamento da siti esteri delle case produttrici a condizioni più competitive[272]. Per

---

radiogeni, detettori, sonde ecografiche, bobine), la maggior parte di tali componenti è prodotta da Philips. Ci sono un paio di eccezioni, pensa. Per i Tubi vi sono altri produttori che offrono parti che sono compatibili con i prodotti Philips".

[267] PHILPS in sede di audizione ha spiegato che un *firmware* è un "*software che pilota una scheda (ovvero impartisce comandi alla scheda)"* […] *vi possono essere dei firmware per i software dell'intero sistema, altri specifici firmware invece sono stati sviluppati per pilotare le schede di comando anche solo di un oggetto del dispositivo"*. La società ha confermato che "*i dispositivi di PHILIPS usano per funzionare un'abbinata di software e firmware.* [E altresì chiarito] *che le parti hardware che sono dotate di questi firmware sono quelle parti "intelligenti" del sistema ossia attive come ad esempio le schede di controllo del sistema. Sono le componenti che svolgono delle operazioni (tra cui a titolo esemplificativo come detto far muovere il letto, o far ruotare il Gantry di una TAC). In questa accezione, il Tubo nonostante sia considerata una parte strategica è una parte passiva*"; cfr. doc. VIII.956 Verbale di Audizione tecnica di Philips.

[268] Cfr. doc. VIII.988-989, Lista dei software (Siemens). Cfr. doc. VIII.985 Lista software GE e anche VIII.779.

[269] Cfr. doc. VIII.985 in cui GE ha indicato che "*le opzioni che vengono disabilitate dopo 30 giorni in caso di sostituzione di un Tubo non originale GE dipendono dal modello di dispositivo*" e ha poi chiarito che per quanto riguarda il modello di TAC Revolution EVO *"il manuale utente* [del modello alla] *sezione 9.6, in cui si menziona che su questo specifico modello di TAC, le funzioni di Asir-V e Volume Helical Shuttle vengono disabilitate in caso di installazione di un tubo non-GE"* (pag.4). Si tratta per come documentato di 5 modelli di Tac per complessivi 471 dispositivi installati. HTS MED ha riferito che riferisce "*per quanto concerne GE a partire all'incirca dall'immissione in commercio del modello di TAC Light Speed 16 a marchio GE è stato introdotto un sistema tale per cui se il Tubo sostituito non è originale GE il dispositivo visualizza sulla consolle dei massaggi di allarme circa il rischio di non corretto funzionamento del dispositivo. Ciò a prescindere dal tipo di modello (ossia se più o meno performate rispetto ai precedenti modelli e alla relativa fascia di prezzo) e a prescindere dal fatto che il Tubo non originale sia dichiarato compatibile dallo stesso produttore/venditore (Varex già Varian). Al riguardo precisa che il Tubo non originale è corredato da documentazione che ne certifica la compatibilità con il macchinario GE ed è certificato CE";* doc. VIII.948.

[270] In un template di offerta commerciale di GE ad un Cliente privato, la società subordina la garanzia del rispetto dell'uptime all'acquisto delle Parti di ricambio originali; cfr. doc. VIII.733, ALL. 5 Centro Medico Nucleare.

[271] HTS MED ha osservato per la politica commerciale in essere "*La casa produttrice in Italia non concede* [in assenza di un contratto di durata di service un] *numero Cliente ad un manutentore terzo così che, in assenza di questo identificativo, di fatto il manutentore non è nella condizione di poter inoltrare adeguate richieste per l'acquisto di parti di ricambio originali in Italia su base contrattuale duratura e crearsi un magazzino di pezzi di ricambio per svolgere il servizio di manutenzione in modo efficiente";* cfr. doc. VIII.948.

[272] HTS MED ha spiegato che "*per l'acquisto di parti di ricambio originali (nuove o da rigenerare) all'estero il manutentore attivo in Italia non può ricorrere direttamente alla casa produttrice, ma deve sempre rivolgersi a un operatore / distributore terzo attivo in quel determinato paese e, senza il quale non sarebbe, pertanto, possibile rifornirsi di parti di ricambio originali di cui si necessita in Italia"*. E' stato osservato che in talune circostanze i prezzi delle parti all'estero (ad esempio USA) risultano inferiori anche del 30% rispetto a quelli richiesti in Italia; Cfr. VIII.948 *cit.* BDA Solution ha osservato che all'estero "*gli operatori che come Chronos opera in qualità di ISO in USA e in India possono accedere in questi paesi a più informazioni e parti di ricambio originali rispetto a quanto reso disponibile in Italia dalle medesime case produttrici dei dispositivi. In termini più generali, osserva che in paesi nei quali il multi-vendor è più sviluppato o tenta di svilupparsi (come in Italia o in Spagna), i terzi incontrano più difficoltà a svolgere la manutenzione*

quanto di loro conoscenza, le case produttrici non vendono a terzi neanche le parti originali rigenerate, pur facendone, invece, uso[273],[274].

177. Le Parti, a riprova dell'esistenza di effettive fonti di approvvigionamento alternative al fabbricante, hanno fornito liste di società a cui si sarebbero rivolte per l'acquisto di ricambi in occasione della manutenzione di dispositivi della concorrenza; trattasi di alcune società citate da Philips per l'acquisto di parti per dispositivi a marchio GE, Toshiba e Siemens[275] e di quelle indicate da GE per la manutenzione di dispositivi di Philips e Siemens[276].

IV.4 Evidenze in merito alle condotte oggetto di contestazione

178. Le evidenze acquisite in sede ispettiva e complessivamente agli atti, come si vedrà, non consentono di confermare l'adozione da parte dei gruppi Siemens, Philips e GE - anche per il tramite delle proprie filiali nazionali Siemens Italia, Philips Italia e GE Italia - di condotte di ostacolo all'accesso agli strumenti *software* e risorse informative per la manutenzione e alle parti di ricambio originali dei dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia a marchio proprio tali da configurare condotte abusive ai sensi dell'art. 102 del TFUE.

179. Di seguito si darà, perciò, brevemente conto delle evidenze più significative.

IV.4.1 Sulle presunte condotte abusive delle società del gruppo Siemens

A. Siemens: l'asserita strategia complessiva di ostacolo alla espansione degli ISO

180. In sede ispettiva sono state acquisite alcune risalenti presentazioni sull'offerta dei servizi di manutenzione sulla base installata a marchio proprio. Si tratta in particolare di "*MESA and Third Parties. Controlling and Mitigation Risk*", in cui è sviluppata un'analisi del rischio di perdita di volumi e valore nell'attività di manutenzione in Europa da parte del gruppo Siemens e sono

---

sull'alta tecnologia rispetto a paesi nei quali il multi-vendor è ancora marginale (come in Danimarca), anche in ragione di queste diverse politiche commerciali adottate dalle case produttrici. Questo si riscontra, ad esempio per GE, nel fatto che l'acquisto online di parti di ricambio originali sul sito americano di GE è possibile per società che hanno sede negli Stati Uniti, in India, è possibile, anche se in misura minore, quando la sede è la Danimarca; mentre non possono accedere a tale canale di acquisto le società attive a livello nazionale e che intendono farsi consegnare la parte direttamente in Italia"; cfr. doc. VIII.844. Anche HC ha dichiarato che, ad esempio "*il sito web statunitense di GE presenta accessi differenziati a seconda nella localizzazione geografica dell'operatore. Mentre per chi accede dall'India vi è la possibilità di acquistare online tutte le parti di ricambio, già un operatore attivo in Danimarca ha un accesso più limitato, mentre in Italia non si ha alcuna possibilità di acquisto diretto dal sito (All. 6). Questo appare che più che un problema tecnico, una strategia commerciale. In India probabilmente non hanno una diffusione di propri tecnici e, quindi, altri possono operare sugli apparecchi di marca";* Cfr. VIII.835 *cit.*

[273] Cfr. doc. VIII.835 (HC), VIII.844 (BDA Solution) *cit*, doc. VIII.948 (HTS Med).

[274] Ad esempio Philips indica, con riguardo a dispositivi che la fabbrica a smesso di produrre e sviluppare, esplicitamente "*in caso di mancanza nel nostro magazzino delle parti di ricambio necessarie alla riattivazione dell'impianto, attiveremo tutti i canali per il loro reperimento anche accedendo al sistema di "circular economy" sviluppato da Philips a livello europeo*"; cfr. doc. VIII.759 Allegato 4. Al riguardo, la società DBA Solution ha dichiarato che "*rigenera e ripristina componenti e parti di ricambio per apparecchi a marchio Esaote e Philips solo per le case madri; l'attività di ripristino di componenti a marchio GE è, invece, ad oggi, svolta anche a favore di altri operatori diversi dalla casa madre. Molto più rara la rigenerazione di parti a marchio Siemens e la collaborazione con tale società. BDA svolge la rigenerazione e il ripristino di componenti e parti di ricambio in virtù di certificazioni ISO di qualità sanitaria (UNI EN ISO 9001:2015 - UNI CEI EN ISO 13485:2012 - OHSAS 18001:2007). In particolare, sulla base della ISO 13485:2012 un operatore terzo può ripristinare e rigenerare una componente o parte di ricambio senza che questa sia considerata "modificata" e mantenga, pertanto, le specifiche del produttore così come la marchiatura CE originale*"; doc. VIII.844.

[275] Cfr. doc. VIII.884 Allegato 4 (ordini) e Allegato 6 (Lista nominativi di società europee).

[276] Cfr. doc. VIII.885 Allegato 2.

individuate le azioni da intraprendere per controllare il crescente rischio di perdita di fatturato nell'offerta dei servizi di manutenzione[277].

181. Si devono citare, inoltre, le presentazioni "*G3.4 Protection against ISO (P@CS)*"[278] e "*Manage ISO_Global ISO Workshop*" nelle quali sono previste strategie per gestire gli ISO[279],[280].

182. Sono state altresì acquisite in sede ispettiva diverse ulteriori presentazioni interne al gruppo Siemens che analizzano l'evoluzione dell'attività di manutenzione di Siemens e degli ISO e OEM terzi in Italia (oltre che a livello europeo o mondiale)[281].

B. Siemens: strumenti e risorse informative per la manutenzione dei dispositivi di diagnostica per immagini a marchio Siemens, sistemi di protezione e policy interne

183. I dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia immessi in commercio da Siemens erano caratterizzati fino al 2012 (sistemi operativi antecedenti al *syngo*) da un unico livello di accesso agli strumenti *software* installati nel dispositivo e non erano protetti da chiavi di *service*. L'intero insieme dei *service software* installati nel dispositivo era quindi liberamene accessibile, in modo indifferenziato, dalla *console* del dispositivo[282].

---

[277] Cfr. doc. III.91 (2012-2015), ("*Quantification of impact and risk in 2013. The risk is growing* [...] *TOTAL Mesa Present -1.022k* […] *TOTAL MESA 2013 -4.075k*", slide 6).

[278] Cfr. III.60 (2015-2017) Si tratta di uno scambio di *email*, intervenuto tra il 2015 e il 2017 tra Siemens AG e le filiali nazionali del gruppo - tra cui anche Siemens Italia - in cui si discute del progetto "*PCS G3.4 – Protection against ISOs (Recapture ISO-Systems)*". Dallo scambio di *email* risulta che il progetto è gestito a livello centrale da Siemens AG e coinvolge tutte le filiali nazionali tra cui anche Siemens Italia. Cfr. anche doc. III.59 (2015-2016).

[279] Cfr. doc. III.115 (2017). Si tratta di una *email* del novembre 2017, interna a Siemens Italia, a cui è allegata una presentazione elaborata da Siemens Healthcare GmbH, sempre nel 2017, relativa alla gestione e alle azioni di contrasto agli ISO, dal titolo "*Manage ISO_Global ISO Workshop*", in cui si legge: "*Loss of market share. Price erosion: ISOs/competitors attacking our IB* [installed base]" (slide 2) e (slide 7). Nel documento ad eccezione di MESA, attiva, anche in Italia, Siemens cita quali ISO specializzate nella manutenzione di dispositivi di Siemens operatori quali InMed e Medser che non operano, invece, nel territorio nazionale (slide 11).

[280] Cfr. doc. III.115 (2017), (slide 7).

[281] Cfr. doc. III.44. Si veda, inoltre, doc. III.88 (2015), presentazione redatta da Siemens Italia (CS Italy) in cui MESA è individuato come il principale ISO concorrente, attivo principalmente su dispositivi per immagini ad alta tecnologia, cfr. doc. VIII.857 All. 7 (2015) presentazione interna al gruppo Siemens (SV CS MTA standard slides) e attribuibile a Siemens Healthcare GmbH. Cfr. anche doc. III.103 (2015-2016), doc. III.114 (2017), III.116 (2015), III.93, III.127 A, III.140, VIII.857 All. 6 (2019) e All. 8 (2017). Sulla preoccupazione di Siemens Italia nei confronti di MESA/Hygea/Althea si vedano anche il doc. III.55 (2017): *email* interna a Siemens Italia dell'ottobre 2017 avente ad oggetto "*Situazione Piemonte Higea-Althea*", in cui si legge che "*è a parer mio necessario fotografare e discutere il fenomeno di cui all'oggetto, viste le dimensioni che sta assumendo ed i relativi risvolti sul business oltre che sull'operatività*"; e il doc. III.138 (2017): scambio di email tra Siemens Healthcare GmbH e altre filiali del gruppo Siemens, tra cui anche Siemens Italia, in merito a un *workshop* di gruppo in cui discutere specificamente come gestire MESA ("Manage MESA"").

[282] Cfr. doc. I.1. All. 18. Cfr. doc. VIII.857 All. 10, costituito dalla prima versione ("*V1*") delle Linee Guida - interne al gruppo Siemens e definite da Siemens Healthcare GmbH - in materia di "*Provision of Services to ISOs/OEM*", in cui sono disciplinate le modalità con cui gestire le richieste di supporto provenienti dai terzi manutentori. Nel capitolo relativo alla *"Provision of licence key for Service Software"* si legge che con riguardo ai dispositivi *syngo "The SSW* [service software] *is preinstalled on our syngo based imaging equipment. The use of it requires a license key"* mentre per quanto riguarda i dispositivi non-*syngo* si legge che "*For all non syngo based equipment non listed, a distinction between the various levels is technically not possible. Therefore, access shall be granted for level 1 to 5"* (sottolineato aggiunto).
Cfr. in senso analogo anche doc. III.87 e III.43 Allegato Update2 ("[…] *non syngo based Siemens products: For those a distinction between the various levels is technically not possible. In those cases, access shall be granted to SSW in general*").
Cfr. anche doc. III.115 (slide 18, in cui non sono previste *service keys* per le MR non-*syngo*).

184. A far data dal 2012, contestualmente al manifestarsi a livello globale del "rischio" di crescita degli ISO nell'attività di manutenzione dei dispositivi per immagini ad alta tecnologia[283], il gruppo Siemens ha modificato il sistema operativo dei dispositivi immessi in commercio (con il passaggio al sistema operativo e di controllo *syngo*[284]), in modo tale da poter articolare i *service software* installati nel dispositivo su più livelli di "accesso" e, introdurre sistemi di protezione (chiavi di *service*) su alcuni *service software*. Nei dispositivi immessi in commercio dopo il 2012 sono, infatti, accessibili dalla *console* del dispositivo solo alcune funzionalità elementari dei *service software.*

185. Nel 2013 il gruppo Siemens ha poi definito delle linee guida interne in materia di "*Provision of Services to ISOs/OEMs"* (in ultimo riviste nel 2017, nel seguito anche "*Linee Guida*"), valide a livello di gruppo su scala globale, in cui sono delineate le modalità con cui le filiali locali dovrebbero gestire le richieste degli ISO in materia di *service software*, di risorse informative (manuali e documentazione tecnica), di fornitura di beni (parti di ricambio originali, *service tools*, *update* di sicurezza) e di fornitura di servizi (interventi di manutenzione *on call*, formazione)[285].

186. Quanto ai *service software* installati nel dispositivo, nelle Linee Guida sono individuati quattro livelli di <u>*service software*</u>:

- il livello *Customer level* (livello 1): non è protetto da chiavi di *service* e consente al cliente finale di eseguire solo *routines* elementari di controllo del buon funzionamento del dispositivo[286];
- il *Basic level* (livelli 2 e 3): è protetto da chiavi di *service* e consentirebbe, secondo quanto descritto nelle Linee Guida del gruppo Siemens, di svolgere tutte le funzioni che sono "tecnicamente necessarie" per erogare i servizi di manutenzione sui dispositivi a marchio Siemens (assemblaggio, installazione, calibrazione/taratura, *test* e service/manutenzione); si tratta del livello di accesso destinato agli ISO (e OEM terzi) a fronte del pagamento di una licenza d'uso, se la normativa locale lo consente[287];
- l'Advanced *level* (livello 5): è protetto da chiavi di *service* ed è destinato solo ai tecnici Siemens e ai cd *shared service partners* (clienti finali contrattualizzati da Siemens con un accordo di manutenzione condivisa di tipo *shared services*) e contiene i *service software* relativi alle attività di individuazione e diagnostica dei guasti/malfunzionamenti del dispositivo e le relative procedure (ivi inclusi i cd *test tools e l'Advanced View dell'Event Log*)[288]. Siemens ritiene si tratti di strumenti e

---

[283] Cfr. in particolare il doc. III.91 (2012-2015) *cit.* (presentazione "*Mesa and Third Parties. Controlling and Mitigating Risk*").

[284] In merito al *software* di controllo *syngo* si veda anche il doc. VIII.995 All. E e doc. 11

[285] Le prime *Linee Guida* sono state elaborate da Siemens AG nel 2013 (Cfr. doc. III.43 e doc. III.90). Sono state acquisite in sede ispettiva anche le Linee Guida del 2015 e 2017. Le Linee Guida risultano essere state definite a livello di gruppo da Siemens AG e Siemens Healthcare GmbH, per essere poi diffuse a tutte le filiali nazionali, tra cui anche Siemens Italia.
Cfr. doc. VIII.857 All. 10, III.87 e III.43. Cfr. anche doc. III.142 (2017), si tratta di un documento che descrive le direttive interne al gruppo Siemens in materia di "*Licensing process*" dei *service software*, il quale prevede tuttavia solo il rilascio di chiavi di *service* a favore di clienti finali (pag. 2).
Cfr. anche doc. III.90 e III.108 (2017-2013). Si tratta di uno scambio di *email* interno al gruppo Siemens in occasione della trasmissione delle Linee Guida "*Guideline on the Provision of Services to ISOs/OEMs*" da parte di Siemens AG (nel 2016) e Siemens Healthcare GmbH (aggiornamento del 2017) in cui le capogruppo chiedono l'applicazione da parte delle filiali nazionali delle linee guida nell'ambito dei loro rapporti con gli ISO e OEM terzi.

[286] Cfr. doc. VIII.857 All. 10, III.87 e III.43 ("*Customer level (level 1+2 in licensing tool) is free and contains daily quality routines, safety related measures etc. which can be performed by the customers directly*.").

[287] Cfr. doc. VIII.857 All. 10, III.87 e III.43. Cfr. anche doc. I.1. All. 18 punto 4. Provision of licence keys for Service Software pag. 6.

[288] Cfr. anche doc. 960 (verbale audizione tecnica Siemens).

informazioni che non sono "tecnicamente necessarie" a svolgere la manutenzione quanto piuttosto solo un utile supporto all'offerta dei servizi di manutenzione[289];
- gli ulteriori livelli "*Expert*" e "*Siemens*" (livelli superiori al 5): sono destinati sono alle filiali nazionali di Siemens e alla casa madre[290].

187. Nelle Linee Guida è in particolare previsto che il livello di accesso ai *service software* fornito agli ISO, in caso di richiesta, sia il "*Basic level*", che include un *set* di *service software* "tecnicamente necessari" per svolgere alcune attività di manutenzione di base dei dispositivi a marchio Siemens, riconducibile alle c.d. funzionalità AIAT. Le Linee Guida prevedono inoltre che l'accesso sia subordinato al pagamento di una licenza d'uso, secondo un listino prezzi definito dalla casa madre[291] a meno che, come riconosciuto da Siemens, il quadro regolatorio sia tale da prevedere l'accesso ai *software* a (i) prezzi inferiori rispetto a quelli "raccomandati" dalla casa madre o ii) che il *set* di base (*i.e.* quello che include i software fino al Livello 3) non debba essere ceduto in forma gratuita ai terzi[292].

188. Con riguardo alle risorse informative, ovvero i c.d. manuali di *service*, le Linee Guida, prevedono due distinti *set* di documentazione (non meglio individuati nei contenuti), di cui uno accessibile, su richiesta, agli ISO e relativo ai manuali che la casa madre rende disponibili in una libreria *on-line* centralizzata; l'altro accessibile solo ai tecnici Siemens[293].

189. Le Linee Guida interne al gruppo Siemens prevedono, quindi, la possibilità per gli ISO di avere accesso (con licenza d'uso a pagamento a meno che il contesto regolatorio non sia tale da prevederne l'accesso in forma gratuita) ad alcuni *service software* per la manutenzione (livello *Basic*) e a una parte della documentazione tecnica.

C. Siemens: presunte condotte di ostacolo e rifiuto all'accesso ai service software e alle risorse informative

190. Quanto alle condotte di rifiuto all'accesso ai *service software,* chiavi di *service e* risorse informative nei confronti dei manutentori indipendenti, dal 2013 ad oggi sono emersi solo due episodi. Il primo consegue alla comunicazione del 17 luglio 2017 con cui MESA ha chiesto a Siemens Italia di poter avere accesso agli strumenti per la manutenzione e alle relative risorse

---

289 Cfr. doc. VIII.857 All. 10, III.87 e III.43. Cfr. anche doc. I.1. All. 18 punto 4. *Provision of licence keys for Service Software* lettere *e*. e *g*. pag 6.

290 Cfr. doc. VIII.857 All. 10, III.87 e III.43

291 Cfr. doc. III.43 Cfr. anche doc. VIII.857 All. 10, III.87 e doc. VIII.960 (verbale audizione tecnica Siemens).
Cfr. anche il doc. III.115 (2017), cit. ("[*Point of ISO interactions*:] *Request for Service SW license keys.* [*Issues:*] *Usage of cracked keys.* [*Strategic approaches:*] *ISOs have to buy our keys if legal rules allow", Slide 17).*

292 Cfr. VIII.857 All. 10.

293 Cfr. doc. III.43. Cfr. anche doc. VIII.857 All. 10 e III.87.
Cfr. anche doc. III.115 (2017) cit., ("[*Point of ISO interactions*:] *Request for documentation;* [Issue:] *ISOs shouldn't see all our detailed documents.* [Strategic approaches:] *Technical library for documents"*, Slide 17*).*
Cfr. Anche doc. VIII.857 All. 11, costituito dalle direttive interne al gruppo Siemens in materia di "*Technical Service Information Provision & Access Control*" (versione 2017 redatta da Siemens Healthcare GmbH), in cui è realizzata una distinzione tra, da un lato, la documentazione per l'utente e accompagnatoria del prodotto ("*user documentation" /" product accompaning documents"*) e, dall'altro, la documentazione tecnica ("*service-related technical information"*). Con riguardo a quest'ultima è indicato che la documentazione è in linea generale classificata come "*Restricted*" in quanto si tratta di informazioni proprietarie destinate solo all'uso interno e, quindi, ad accesso controllato. Nel documento è indicato che l'unica eccezione riguarda i documenti che devono essere resi accessibili in ragione di obblighi legali o regolatori, in ragione ad esempio della disciplina AIAT, e per tale ragione classificati come "Unrestricted".

informative nella disponibilità di quest'ultima ("*documentazioni tecniche aggiornate (manuali service), tools diagnostici, service software, password di accesso ecc*." e "*parti di ricambio originali*")[294] al fine di poter partecipare alla consultazione preliminare di mercato indetta ai sensi dell'art. 66 del d.lgs. n. 50/2016 dalla centrale d'acquisto ESTAR, propedeutica all'affidamento con procedura di gara dei servizi di manutenzione su dispositivi per immagini ad alta tecnologia presso le strutture sanitarie della Regione Toscana.

191. Con riferimento a questo episodio, sono stati rinvenuti gli scambi di *email* interni a Siemens Italia in merito alla risposta da fornire a MESA in cui si legge: "*la nostra risposta ad Higea* [MESA] *non può che essere negativa in quanto il bando chiede proprio di indicare se la ditta che risponde al bando è in grado o meno di fare manutenzione disponendo di tutto quanto necessario. Non possiamo certo essere noi a fornire i tools e i manuali ad aziende che intendono concorrere contro di noi per aggiudicarsi la manutenzione sulle apparecchiature Siemens*"[295].

192. A seguito di una *email* di sollecito di MESA del 21 luglio 2017[296], Siemens Italia il successivo 25 luglio scrive quindi a MESA: "[…] *ci spiace comunicare che non ci è possibile rilasciarvi il documento richiestoci, in quanto il bando conoscitivo di ESTAR è espressamente volto a valutare i requisiti e la capacità tecnica autonoma delle aziende che intendono manifestare il loro interesse all'indagine, infatti alla lettera a) delle "modalità di partecipazione" vengono previste 4 diverse tipologie di servizio fra le quali "Fornitore non direttamente collegato al Fabbricante" che potrebbe essere la tipologia di interesse della Vs. Azienda.*

---

[294] Cfr. tra l'altro doc. III.58 e III. 96 e I.9 All. 12-13. Il 17 luglio 2017 MESA scrive a Siemens Italia una *email* avente ad oggetto "*Urgente – Servizi di manutenzione per apparecchiature elettromedicali Regione Toscana*", in cui si chiede a Siemens, nel contesto della indagine esplorativa di mercato di Estar, di voler fornire a MESA un documento che attesti la disponibilità di Siemens Italia a fornire "*qualora necessario per svolgere il servizio richiesto"* le risorse per la manutenzione individuate da ESTAR nell'indagine di mercato ossia *"documentazioni tecniche aggiornate (manuali service), tools diagnostici, service software, password di accesso ecc*." e "*parti di ricambio originali"*. Il successivo 21 luglio MESA invia a Siemens Italia una *email* di sollecito.

[295] Cfr. anche doc. III.68 e III.89, relativo ad uno scambio di *email*, del 17-18 luglio 2017, avente ad oggetto "*Urgente – Servizi di manutenzione apparecchiatura elettromedicali Regione Toscana*", in merito alla risposta da fornire alla richiesta di accesso di MESA. Nella medesima *email* Siemens Italia indica: "*Nota x tutti: rispetto al bando la tipologia di servizio che offriamo noi è "Assistenza ufficiale del Fabbricante", qualunque altro soggetto risponde invece come "fornitore non direttamente collegato al Fabbricante". In quanto non direttamente collegato al fabbricante è a suo carico dimostrare la capacità tecnica che possiede al fine di rispondere alla richiesta del bando*". Cfr. anche doc. III.76 in cui un rappresentante di Siemens Italia osserva, sempre nell'ambito dello scambio di *email* interno a Siemens Italia in merito alla risposta da fornire a MESA: "*Credo che comunque in quanto Higea* [società confluita in Althea che svolgeva attività di manutenzione solo su dispositivi medici di bassa tecnologia e che aveva stipulato contratti – es. di subappalto - per la manutenzione dei dispositivi ad alta tecnologia anche con gli OEM tra cui Siemens], *se mostrassero gli esempi dei contratti che hanno in essere con noi allegando gli ordini (e le nostre offerte) sulle apparecchiature Siemens anche in altre zone, fornirebbero comunque in qualche modo documentazione"*.
Si vedano al riguardo anche i doc. III.72 e III.74 (2016), relativo ad una interlocuzione tra Siemens Italia e Higea (poi confluita in Althea) per l'ottenimento da parte di quest'ultima di un "*supporto tecnico*" nell'ambito della partecipazione ad una procedura di gara per l'affidamento dei servizi di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali delle strutture sanitarie pubbliche della Regione Liguria (gara indetta da ARS Liguria, oggi Alisa, del 2016). Siemens in tale occasione si è dichiarata disponibile a stipulare con Higea solo un contratto per il sub-affidamento; nella bozza di lettera di Siemens Italia per Higea è indicato che "*La ns. società è disponibile all'elaborazione di un preventivo per le apparecchiature che ritenete opportuno mettere sotto contratto di manutenzione*"). Cfr. anche doc. III.85, III.106 e III.99 da cui risulta che anche Siemens Italia aveva interesse a partecipare alla gara in esame e doc. III.143, da cui risulta che l'ATI Siemens Italia-GE si è poi effettivamente aggiudicata il lotto 2 e il lotto 3 della gara (inclusivi della manutenzione di dispositivi medici per immagini ad alta tecnologia a marchio, prevalentemente, Siemens e GE). In merito alla partecipazione di Siemens Italia alla gara in esame vedi anche doc. VI.526 e doc. V.300 (GE).

[296] Cfr. tra l'altro doc. III.58.

Fra l'altro la ns. Casa Madre non consente a terzi l'uso di service software e tools diagnostici di proprietà" (sottolineato aggiunto)[297].

D. Siemens: asserite condotte di ostacolo all'accesso alle parti di ricambio originali e altre condotte di ostacolo inerenti alle parti di ricambio

193. Con riguardo alla cessione delle parti di ricambio originali a terzi, si richiamano la presentazione "G.3.4. Protection against ISO" del 2015 (attribuibile a Siemens AG) [298] e quella del 2017 "*Mesa and third parties*" (attribuibile a Siemens Healthcare GmbH) [299], entrambe già citate in precedenza, in cui è previsto che, per contrastare la crescita degli ISO, le filiali nazionali, tra cui anche Siemens Italia, pongano in essere una serie di azioni anche con riguardo alle parti di ricambio.
194. Analogamente, le già menzionate Linee guida ("*Guidelines on the Provision of Services to ISOs/OEMs*"), si limitano a prevedere:
i) in termini generali, che le richieste di ISO (o OEM) debbano essere evase in un "tempo ragionevole";
ii) che il sistema logistico di Siemens ottimizzi la disponibilità delle parti di ricambio sulla base dei propri contratti di manutenzione e quindi che: a) non possa essere garantito agli ISO un tempo di consegna; b) se non vi sono in magazzino parti di ricambio sufficienti a soddisfare le esigenze contrattuali di Siemens, la richiesta degli ISO non possa essere evasa; c) che gli ISO siano informati dei ritardi nella messa a disposizione della parte di ricambio e che si dovrebbero evitare indebiti ritardi;
iii) che gli sconti non possano essere in nessun caso superiori al 5%, avuto riguardo al listino prezzi dei clienti finali[300].
195. In occasione di un incontro tra Siemens Italia e MESA (di fine 2017), l'ISO risulta aver chiesto la disponibilità di Siemens Italia alla sottoscrizione di un accordo di durata per l'acquisto delle parti di ricambio, a cui Siemens Italia non ha dato seguito[301].

---

[297] Cfr. anche doc. III.113 (2017) e I.9 All. 13 (2017).

[298] Si veda al riguardo il doc. III. 59 (2016), costituito da una *email* interna a Siemens Italia del gennaio 2016 cui è allegata una presentazione dal titolo "*G.3.4. Protection against ISO*". Si veda anche il doc III.65 (2017): si tratta di uno scambio di *email* tra Siemens Italia, Siemens Francia e Siemens AG volto a tracciare la vendita di un tubo radiogeno a marchio Siemens ad MESA/Althea e il relativo prezzo di vendita.

[299] Cfr. doc. III.91 (2012-2015) cit. Si tratta di uno scambio di *email* tra Siemens Italia e Siemens AG cui è allegata una presentazione dal titolo "*MESA and Third Parties Controlling and Mitigating Risk"* (Cfr. *slide* 10 e 12).
Cfr. anche doc. III.44 (2017) cit.: scambio di *email* interno al gruppo Siemens che coinvolge anche Siemens Italia, a cui è allegata una presentazione attribuibile a Siemens Healthcare GmbH.

[300] Cfr. doc. III.43 (2017). Cfr. anche doc. VIII.857 All. 10 e doc. III.87. Sulla definizione dei vari tipi di pezzi di ricambio (Rep part- parte riparabile) cfr. doc. I.1., all. 18, punto 5 Spare Parts (lettera c. p. 7).

Da un documento interno elaborato da Siemens Healthcare GmbH, che dà applicazione alle Linee Guida, si evince poi che il gruppo Siemens è disponibile a concedere uno sconto solo ai clienti che hanno un contratto di manutenzione in essere con Siemens e con verifica che la parte di ricambio sia da destinarsi a un dispositivo in uso (piuttosto che alla rivendita); cfr. doc. III.109 (2018).

[301] Cfr. doc. III.65 (2017) *cit*.: *email* interna a Siemens Italia del 15 dicembre 2017 in cui si fa riferimento a un incontro con MESA in occasione del quale "*Tra i diversi argomenti trattati c'è stato quello relativo alle parti di ricambio, Altea*

E. Siemens: condotte della società a seguito dell'avvio del procedimento istruttorio

196. A seguito dell'avvio del procedimento istruttorio Althea (MESA) risulta avere nuovamente chiesto a Siemens Italia di indicarle le modalità e condizioni di accesso ai *service software* installati nei dispostivi a marchio Siemens e protetti dalle chiavi di *service*, nonché l'elenco e listino prezzi delle parti di ricambio e degli *upgrade hardware/software*.

197. In particolare, a valle di una riunione tra i rappresentanti di Siemens Italia e Althea in data 21 gennaio 2019, relativa al rinnovo da parte di Althea di contratti di subappalto nei confronti di Siemens Italia su dispositivi per immagini ad alta tecnologia a marchio Siemens, Althea ha inviato Siemens Italia il 22 gennaio 2019 una prima *email* di richiesta del listino dei prezzi aggiornato: *i)* delle parti di ricambio; *ii)* degli *upgrade hardware/software*; *iii)* delle chiavi di *service*, relativamente diversi modelli di apparecchiature ad alta tecnologia a marchio Siemens[302]. Siemens Italia ha inviato una prima risposta interlocutoria confermando l'intenzione di inviare i listini prezzi delle chiavi di *software* secondo le linee guida della casa madre[303].

Althea ha reiterato la propria richiesta il successivo 28 febbraio 2019, chiedendo di indicare anche le condizioni di fornitura delle parti di ricambio (in termini di tempi per la predisposizione del preventivo, di evasione dell'ordine e di spedizione/consegna) e condizioni d'uso di chiavi di *service* idonee a consentire la manutenzione completa dei dispositivi, in autonomia rispetto al fabbricante, allegando altresì la lista delle apparecchiature oggetto della richiesta di accesso alle risorse informative e chiavi di *service*[304].

---

vorrebbe definire degli accordi per la fornitura in Italia di pezzi di ricambio. Al momento Altea compra ovunque soprattutto in Germania e in Inghilterra, durante la visita nei magazzini ho visto di persona scatole originali Siemens. Inoltre ci hanno detto che i tubi […] *li comprano in Inghilterra a €* [omissis]. […]*, non c'è coerenza e un vero allineamento tra le diverse countries*" (Cfr. anche doc. VIII.81, verbale audizione Althea). Nel medesimo documento vi è un precedente scambio di *email* tra Siemens Italia, Siemens Healthcare SAS (nel seguito anche Siemens Francia) e Siemens AG con riguardo alla vendita da parte di Siemens Italia a MESA di tre tubi radiogeni utilizzati da quest'ultima in Francia. Cfr. anche doc. III.110 (2017) *cit*., avente ad oggetto uno scambio di *email* tra Siemens Italia, Siemens Healthcare GmbH e Siemens Francia relativamente alla medesima vicenda ed in cui la filiale francese sollecita un allineamento a livello europeo dei prezzi di vendita delle parti di ricambio con il rispetto dei prezzi di cui al listino standard per i clienti, dei tempi di consegna standard e della *policy* di tracciatura della destinazione della parte di ricambio, per evitare che si determinino situazione di competizione tra le filiali nazionali nella vendita delle parti di ricambio agli ISO.

Sul punto Siemens Italia conferma che si tratta di un episodio che non si ripeterà più "*This was a unique situation that will not happen again. The tubes were sold at* [omissis]*€ each* [rispetto a un Prezzo di listino di *[omissis]* euro]*."*

Sugli sconti cfr. anche il doc. III.67 (2018).

Circa il fatto che la validazione degli ordini di parti di ricambio da parte di Siemens Italia sia subordinata anche: *i)* alla indicazione del numero seriale della parte di ricambio da sostituirsi (con tracciabilità del dispositivo di provenienza e del cliente dell'ISO richiedente); *ii)* alla a consegna della parte di ricambio guasta (per evitarne la rigenerazione e rivendita sul mercato) e *iii)* alla registrazione dei dispositivo come "*ISO managed*" nei sistemi informativi di Siemens si vedano anche i doc. III.79 (2018) e III.82 (allegato *Flow Charts ISO management translated, Foglio Spare Part Request*).

302 Cfr. VIII.843 All. I.3 ("[...] *trasmetto in allegato un riepilogo dei sistemi passati in rassegna durante la riunione di lunedì.* [...] *Infine, come discusso, ti chiediamo di fornirci, in allegato ai contratti, i listini aggiornati relativi alle parti di ricambio, inclusi i software/hardware upgrade e le chiavi service (per i diversi livelli di accesso), per i vari modelli di apparecchiature* [...]", sottolineato aggiunto)

303 Cfr. VIII.843 All. I.3 ("[...] *perdonami, ma durante la discussione di ieri, non è emersa l'esigenza di fornirvi l'elenco dei ricambi nemmeno dei listini. L'unica esigenza, che mi è stata richiesta è stata il listino delle chiavi software, delle quali il livello è definito da linee guida di casa madre. Pertanto, Vi trasmetterò, il file aggiornato, e i listini delle service software keys. Inoltre, leggo solo richieste, mentre era stato concordato, di farmi avere l'elenco delle commesse, già dall'ultimo rinnovo, vedo che non è parte di questa email, credendo sia una dimenticanza. Aspetto quanto sopra*").

304 Cfr. VIII.843 All. I.3 ("[...] *facendo seguito alle nostre discussioni del 5 Febbraio cm., torniamo a chiederti quanto segue.*

Listini parti di ricambio: dal momento che in Francia abbiamo ricevuto la lista di prezzi per i pezzi di ricambio che trovi in allegato, ti chiederei semplicemente di confermare se tali prezzi sono applicabili/applicati per i pezzi di ricambio

198. Il 18 marzo 2019 Siemens Italia ha indicato la propria "*disponibilità a fornire parti di ricambio*", senza mettere a disposizione il listino prezzi delle parti di ricambio e degli *upgrade*, né indicare le relative condizioni di fornitura. Quanto alle chiavi di *service*, Siemens Italia ha trasmesso un elenco di prezzi delle chiavi di *service* in termini di vendita delle licenze d'uso dei *service software* installati nei dispositivi a marchio Siemens individuati da Althea[305].

199. Si segnala, infine, che Siemens Italia ha depositato in data 31 maggio 2019 presso il Tribunale di Roma un ricorso in sede civile volto a chiedere la concessione di un provvedimento di descrizione, perizia e accertamento nei confronti di Althea Italia S.p.A., lamentando la presunta violazione da parte di Althea dei diritti di proprietà intellettuale di Siemens sul *service software* proprietario, protetto da chiavi di *service*, con particolare riguardo ad un dispositivo RM installato presso un presidio ospedaliero pubblico e mantenuto da Althea[306].

IV.4.2 Sulle presunte condotte abusive delle società del gruppo Philips

A. Philips: strumenti e risorse informative per la manutenzione dei dispositivi di diagnostica per immagini a marchio Philips e relativi sistemi di protezione e policy interne

200. I dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia immessi in commercio da Philips hanno un *software* installato di tipo "integrato", nel senso che il *software* del sistema operativo e i *service software* sono – oltre che interoperabili e funzionali tra loro e con il sistema - integrati in una singola matrice di codice contenuta in ciascuna ("*release*") del *software* installato nel dispositivo. In questo modo, il codice presenta richiami specifici e riferimenti ai vari strumenti di manutenzione incorporati nel *software* di sistema[307].

---

consegnati in Italia. Come puoi immaginare, ne abbiamo bisogno per la prestazione del servizio e per valutare la convenienza tra le varie opzioni [di contatto di subappalto a Siemens Italia], *e quindi se il listino dovesse essere diverso, ti prego di inviarcelo ASAP. Avremmo anche bisogno di sapere la tempistica da voi prevista per la predisposizione del preventivo, l'evasione dell'ordine e la spedizione/consegna delle parti di ricambio.*
Per le chiavi service, troverai in allegato anche una lista delle apparecchiature per le quali abbiamo bisogno del vostro listino prezzi/condizioni d'uso, relativo alle chiavi service che ci consentano di eseguire tutte le attività di manutenzione preventiva, correttiva e straordinaria in autonomia (manutenzione completa), confermandoci quindi che con tali chiavi non avremmo bisogno di altro").

[305] Cfr. VIII.843 All. I.4 ("[…] *desideriamo confermare la nostra disponibilità fornire le parti di ricambio relative alle apparecchiature incluse nei contratti di global service in Vs gestione. A questo fine vi chiediamo cortesemente di farci avere la lista delle parti di ricambio che vi occorrono in modo da consentirci di inviarvi i relativi prezzi.*
Le tempistiche per la consegna dipendono dalla effettiva disponibilità in magazzino del pezzo di ricambio richiesto. Se il pezzo di ricambio in questione è disponibile presso l'apposito magazzino in Germania, la consegna sarà fatta in tempi brevi e coerentemente all'ordinario svolgimento delle attività. Naturalmente, Siemens non si riterrà responsabile per eventuali ritardi che potessero occorrere per via di circostanze al di fuori del suo controllo (i.e. problematiche relative ai servizi postali o di spedizione).
Per quanto attiene alle chiavi software, vi inviamo in allegato la lista dei prezzi relativi a quelle che avete richiesto con l'indicazione delle opzioni di durata di 15 giorni e di un anno. Vi faremo avere le condizioni di licenza non appena ci confermerete l'interesse all'acquisizione delle chiavi SW e della relativa opzione di durata. Le chiavi SW includono tutte le funzioni tecnicamente e oggettivamente necessarie per svolgere attività di manutenzione delle apparecchiature attualmente commercializzate e supportate da Siemens e formulare una offerta competitiva in proposito […]*").*

[306] Con decreto del 25 giugno 2019 il Giudice ha ordinato la descrizione della documentazione relativa alla attività di manutenzione di Althea con riguardo ai dispositivi MR e CT a marchio Siemens. Il procedimento presso il Tribunale di Roma è tutt'ora in corso (procedimento G. 35398/2019);si vedano Cfr. doc. VIII.990, VIII.949, VIII.995.

[307] Philips ha osservato altresì che gli aggiornamenti dei *service software* possono, quindi, verificarsi solo nel contesto degli aggiornamenti dell'intero pacchetto *software* di sistema (o nel contesto delle misure correttive obbligatorie e non obbligatorie). Philips ha indicato che la configurazione dei *software* del sistema adottata da Philips potrebbe essere diversa da quella degli altri produttori che "*decidono di separare il software "del dispositivo" (ovvero il software necessario per permettere ai dispositivi DI* [di diagnostica per immagini] *di eseguire le funzioni a cui sono preordinati) dal software "di*

201. Nell'ambito dell'attività istruttoria Philips ha individuato i *service software* e le risorse informative, sviluppati e utilizzati da Philips per la manutenzione dei dispositivi per immagini a marchio proprio, indicando anche se tali risorse e strumenti siano o meno, protetti da chiavi di *service* e siano o meno (liberamente) accessibili ai clienti e ai terzi manutentori da questi incaricati[308]. La politica adottata da Philips Italia in materia di accesso alle risorse informative e ai *service software* riflette le scelte commerciali definite all'interno del gruppo Philips nell'ambito della c.d. "CSIP *policy*" (*Customer Service Intellectual Property policy*) interna al gruppo[309].

202. Le risorse informative e *software* non protette da chiavi di *service* e rese accessibili (unitamente al dispositivo) ai clienti e ai terzi manutentori da questi incaricati sono quindi individuabili: *i)* nelle istruzioni per l'uso clinico del dispositivo; *ii)* limitatamente ai dispositivi a raggi-x come le TAC, nei *service software* che consentono di svolgere dei veloci *test* di base di controllo della qualità e nelle relative procedure per lo svolgimento dei *test*; *iii)* in un sintetico elenco delle macro attività che individuano la manutenzione preventiva, con indicazione della relativa frequenza[310].

203. Non sono invece rese accessibili dal fabbricante e da Philips Italia al proprietario del dispositivo e ai terzi manutentori né le funzionalità dei *service software* (con la sola eccezione dei sopra richiamati *test* di base per l'utente, accessibili peraltro solo per i dispositivi a raggi-x come le TAC) né le risorse informative contenenti le procedure per la verifica del funzionamento del dispositivo e la sua manutenzione (c.d. manuali di *service*), né il catalogo e listino dei prezzi delle parti di ricambio[311].

B. Philips: asserite condotte di ostacolo e rifiuto all'accesso ai service software e alle risorse informative

204. Con riguardo alle condotte di rifiuto all'accesso ai *service software*, chiavi di *service* e risorse informative agli atti sono presenti solo due richieste di accesso presentate da MESA a Philips Italia, rispettivamente, nel 2015 e nel 2017.

---

manutenzione" (ossia il software necessario per eseguire le attività di manutenzione)"; cfr. doc. VIII.732 pag. 5. Anche cfr. doc. VIII.773 (risposa a richiesta di informazioni) e VIII.796.

308 Cfr. in particolare doc. VIII.956 (verbale audizione tecnica). Anche cfr. doc. VIII.795 (verbale audizione) e VIII.996 (Lista dei software).

309 Si vedano le risposte alla convocazione in audizione di Philips prima e della sede italiana poi doc. VIII.875. Altresì Philips ha confermato che "*Come infatti già indicato nelle lettere inviate all'Autorità il 10 e 21 maggio 2019, i temi trattati non sono solo estremamente complessi ma, per come è organizzata la struttura del gruppo, richiedono il coinvolgimento di numerose funzioni aziendali all'interno del gruppo*"; cfr.VIII.897.

310 Cfr. anche doc. VIII.996.

311 Si consideri, come documentato prima, che per ogni modello di dispositivo, delle diverse tipologie, Philips ha sviluppato – contestualmente alla fabbricazione del dispositivo ad al suo *software* di sistema e per l'uso – una serie estremante articolata di *service software,* funzionali alla manutenzione sia preventiva che correttiva dei dispositivi e utilizzati per la realizzazione di una serie di interventi essenziali ai fini della verifica del corretto e sicuro funzionamento del dispositivo, quali l'installazione, la configurazione, la calibrazione, la riparazione e la diagnostica dei guasti. A titolo esemplificativo, Philips ha elencato e individuato*[omissis]* diversi *service software tools* per un dispositivo di RM; *[omissis]* per un sistema di angiografia digitale; *[omissis]* per un dispositivo TAC; *[omissis]* per un dispositivo e TAC/PET, doc. VIII.732. Cfr. anche doc. VIII.996 All. 10 e 11.
Con riguardo alle funzionalità offribili da Philips Italia, grazie all'accesso all'intero *set* di risorse *software* e informative per la manutenzione dei dispositivi a marchi proprio, si veda anche, e ad esempio, il documento "*Condizioni del servizio di assistenza tecnica per il periodo di garanzia e per il contratto post garanzia"* (doc. VIII.996 All. 1 - 2014 TAC Pubblico; pag. 20 e 21), dove alla voce "*Le tecnologie*" si legge che "*Philips Healthcare mette a disposizione del proprio personale tecnico strumenti informatici e tecnologie avanzate allo scopo di fornire un supporto pratico all'attività diagnostica e di manutenzione, al fine di ridurne le tempistiche"*.

205. Il 25 luglio 2015 MESA ha dichiarato di avere inviato a Philips Italia una prima richiesta di accesso a tutte le informazioni tecniche, ai *service software* e alle risorse *hardware* necessarie per avere accesso ai dispositivi e poter svolgere l'attività di manutenzione preventiva e correttiva, con riguardo ad alcuni specifici dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia (risonanze magnetiche e angiografi digitali) - cui Philips Italia non ha risposto – e avere sollecitato a Philips Italia la trasmissione delle medesime risorse il successivo 10 ottobre 2015[312].

206. Il 17 novembre 2015 Philips Italia risponde a MESA negando di aver mai ricevuto la prima lettera di luglio e:

i) sostenendo che la condotta della società è conforme alla normativa europea e nazionale applicabile, posto che la direttiva europea si riferirebbe esclusivamente alle "*instructions for use*" - fornite da Philips al cliente insieme al dispositivo - piuttosto che ai "*service manuals*";

ii) manifestando la disponibilità di mettere a disposizione di MESA: i) la *checklist* per la manutenzione programmata limitatamente al solo dispositivo di tipo RM e ii) "*any necessary AIAT information*" limitatamente ai dispositivi a raggi-x[313].

207. Il 17 luglio 2017 MESA ha nuovamente chiesto a Philips Italia di poter avere accesso agli strumenti per la manutenzione e alle relative risorse informative nella disponibilità di quest'ultima ("*documentazioni tecniche aggiornate (manuali service), tools diagnostici, service software, password di accesso ecc*." e "*parti di ricambio originali*")[314] al fine di poter partecipare alla consultazione preliminare di mercato indetta ai sensi dell'art. 66 del d.lgs. n. 50/2016 dalla centrale d'acquisto ESTAR, propedeutica all'affidamento con procedura di gara dei servizi di manutenzione su dispositivi per immagini ad alta tecnologia presso le strutture sanitarie della Regione Toscana o di affidamento diretto a seguito dell'accertamento dell'eventuale infungibilità del servizio.

208. Il 21 luglio 2017 Philips Italia ha risposto alla richiesta di MESA[315] rendendosi disponibile a mettere a disposizione gli *input* richiesti: "*Philips mette a disposizione tutte le informazioni che devono essere fornite da un produttore di dispositivi medici in base alle normative. Questo include informazioni relative all'installazione, all'uso sicuro/corretto, alla natura e alla frequenza della manutenzione e della calibrazione* [il manuale d'uso]. *Inoltre, a condizione che si accettino i termini*

---

[312] Cfr. doc. I.1 all.13.

[313] Cfr. doc. I.1 all. 14. In merito alle interlocuzioni tra MESA e Philips per l'accesso agli strumenti informativi e *software* per la manutenzione dei dispositivi in paesi diversi dall'Italia cfr. anche doc. I.6 All. 8: si tratta di uno scambio di email del luglio 2017 tra MESA e una filiale di Philips nel Regno Unito avente ad oggetto "*Request for AIAT Keys*"; anche in tale caso Philips manifesta solo una generica disponibilità a consentire l'accesso "AIAT", con riguardo ai soli dispositivi a raggi-x e specifica che "*With regards to the pricing to you for access compared to the US, this reflects the different regulatory enviroment and market conditions that exist between the UK and US market*" (si ricorda che negli Stati Uniti le informazioni e procedure *software* c.d. AIAT sono accessibili a titolo gratuito, con il pagamento dei soli costi del supporto di trasferimento/accesso); alla email è allegato un listino dei prezzi delle licenze e il prezzo, a livello Europa, di una licenza annuale (per singolo dispositivo) è quantificato per le TAC in un importo che varia tra i *[omissis]* euro e i *[omissis]* euro circa (a seconda del tipo di TAC).

[314] Cfr. tra l'altro doc. IV.157, I.9 e I.9 All. 12, 14 e 15. Il 17 luglio 2017 MESA scrive a Philips Italia una email avente ad oggetto "*Urgente – Servizi di manutenzione per apparecchiature elettromedicali Regione Toscana*", in cui MESA chiede a Philips Italia, nel contesto dell''indagine esplorativa di mercato di Estar, di fornirle un documento che attesti la disponibilità di Philips a fornirle "*qualora necessario per svolgere il servizio richiesto"* le risorse per la manutenzione individuate da ESTAR nell'indagine di mercato ossia *"documentazioni tecniche aggiornate (manuali service), tools diagnostici, service software, password di accesso ecc*." e "*parti di ricambio originali"*.

[315] Cfr. anche doc. IV.178 e doc. IV.192 (contenente una *email* del 21 luglio 2017 con cui Altea/MESA reitera la propria richiesta e sollecita Philips Italia a fornire una risposta, che è stata inviata previo consenso del servizio legale della stessa Philips).

e le condizioni applicabili, Philips mette a disposizione di qualsiasi parte ne faccia richiesta, informazioni aggiuntive riguardanti l'assemblaggio, l'installazione, la regolazione e la prova dei dispositivi che emettono raggi X (ad esempio, in termini di FDA, informazioni "AIAT"). Philips vende parti di ricambio a chiunque ne faccia richiesta"[316].

209. Dal relativo scambio di *email* interno si evince, in particolare, che si sarebbe trattato di informazioni classificate nella CSIP *policy* di Philips come di "*Livello 0*" relative ai soli dispositivi a raggi-x e che le condizioni applicabili avrebbero previsto il pagamento di una *fee*. In uno scambio di *email* tra Philips Italia e la funzione *CSIP Governance* del 20 luglio 2017 - sempre avente ad oggetto la "*Mesa request*" – la funzione *CSIP Governance* suggerisce a Philips Italia: "*You can indeed offer that* <u>*we can provide what is called "AIAT" access or Level 0 for a fee*</u>*. This should be in the catalog – if not, you can contact* [omissis] *for pricing information. AIAT is only available for x-ray emitting devices* […] *There is also some Level 0 information for MR, as well as for Ultrasound, I am not sure if these have pricing yet*"[317].

210. MESA ha inviato lo stesso 21 luglio 2017 una *email* chiedendo a Philips Italia di "*chiarire quali sono i termini e condizioni cui fate riferimento (inviandoci copia degli stessi) specificando quali sono le informazioni che intendete mettere a disposizione e se le stesse consentono di effettuare tutta la manutenzione preventiva e correttiva necessaria relativamente all'indagine ESTAR Toscana?* […]"[318].

211. Dalla documentazione acquisita risulta che Philips Italia non abbia risposto alla richiesta di chiarimenti di MESA, mai ulteriormente reiterata e formalizzata.

212. Philips Italia, in particolare, ha inviato, il 21 luglio 2017, una *email* interna di aggiornamento alla funzione CSIP *Governance* Globale per valutare se e come rispondere alla richiesta di chiarimenti e documentazione di MESA: "[…] *we responded to MESA as agreed* […]. *But now MESA is asking for more detailed and formal response*. […]. *So I guess we have to take a clear position on this matter*" [319].

Si deve quindi aspettare l'11 agosto 2017 per un ulteriore scambio di *email* interno sul tema - esteso a Philips Italia, alla divisione legale centrale del gruppo Philips e alla funzione *CSIP Governance* - in cui la funzione *CSIP Governance* propone una bozza di comunicazione da inviare a MESA: "*All – Here is a draft communication to Mesa based on our call this morning. Please provide any feedback so that I can return to the Italian market team. I opted to set an example with the last sentence in the paragraph, but perhaps that is too much information*…".

La bozza di comunicazione proposta è: "*It is difficult to answer the question as it is stated. Please specify which devices and which specific service routines would be necessary. Do all service activities need to be completed only by MESA, or is it sufficient that some activities are covered via a Time & Materials relationship with Philips* [interventi di natura correttiva, tra cui la diagnosi dei

---

[316] Cfr. tra l'altro doc. IV.168 (email del 21 luglio 2017) e doc. IV191. Al riguardo Cfr. anche doc. IV.178 e IV.180 contenente una *email* del 20 luglio 2017 in cui la funzione CSIP *Governance* indica a Philips Italia di prestare particolare attenzione nell'apportare eventuali modifiche al testo proposto dalla divisione legale centrale del gruppo Philips: "*Please ask the legal team to avoid any major modification of the text – this was written by our antitrust lawyer, and it's sensitive subject*".

[317] Cfr. doc. IV.178 e IV.180.

[318] Cfr. doc. IV.176 (*email* del 21 luglio 2017).

[319] Cfr. doc. IV.176 (*email* del 21 luglio 2017).

guasti, su base *spot* in cui la manutenzione è effettuata da Philips piuttosto che dell'ISO]? *As an example, even our contracted biomedical customers under license agreements* [con contratti di manutenzione condivisa] *do not have access to perform 100% of all potential corrective maintenance procedures – certain tasks require dispatch of a Philips Field Service Engineer*"[320].

213. Tale comunicazione non risulta essere stata trasmessa a MESA e il successivo 7 settembre 2017 Philips Italia informa la funzione *CSIP Governance* che "*Till today MESA only asked the attached information by personal mail (as you were informed in july). We do not received any formal request (formal letter or certified mail). So our guess is that the answer we gave is enough. If MESA requires more detailed info I suggested them to write us officially with a formal communication. Let's just put the matter in freeze mode*"[321].

C. Philips: presunte condotte di ostacolo all'accesso alle parti di ricambio originali e altre condotte di ostacolo inerenti alle parti di ricambio

214. Quanto alla politica applicata da Philips alla vendita a terzi delle parti di ricambio, come dichiarato dalla stessa Philips Italia nella risposta a MESA in occasione della iniziativa ESTAR (sopra descritta) la *policy* del gruppo Philips è semplicemente quella che "*Philips vende parti di ricambio a chiunque ne faccia richiesta*" [322]. Le condizioni contrattuali applicate da Philips Italia per la "*fornitura di parti a nuovo*" prevedono che la "*consegna*" intervenga entro 15 giorni dal ricevimento dell'ordine (a valle dell'accettazione dell'offerta)[323].

215. Philips Italia adotta, inoltre, una politica di ritiro delle parti guaste dei dispositivi a marchio proprio[324].

216. Philips, infine, non rende disponibile né sul proprio sito né su richiesta sia il catalogo delle parti di ricambio e la scheda tecnica del dispositivo sia il listino prezzi[325].

---

[320] Cfr. doc. IV.193 (email dell'11 agosto 2017). Cfr. anche doc. IV.195 (email del 9 agosto 2017, nella quale la funzione CSIP *Governance* osserva: "[…] *let us discuss what is needed. I believe the statement provided below* [la risposta formale trasmessa il 21 luglio 2017 ad MESA] *is what we also provided to the Asteral group in Ireland (also part of Pantheon), I will check into that in advance of the meeting. I am including our CSIP legal team so that we can all align at once"*).

[321] Cfr. doc. IV.195 (*email* del 7 settembre 2017 e dell'8 settembre 2017). Philips ha trasmesso una propria ricostruzione della richiesta di supporto tecnico da parte di MESA in relazione all'indagine esplorativa lanciata da ESTAR; cfr. doc. VIII.666 All.16.

[322] Cfr. doc. IV.167 (2017).

[323] Cfr. doc. VIII.732 (risposta a richiesta di informazioni, All. 11). Cfr. anche doc. I.1. all.16 (si tratta di uno scambio di email tra MESA e Philips Italia con riguardo all'ordine di una parte di ricambio per RM. Philips Italia risponde alla richiesta di preventivo di MESA del 21 agosto 2015 il successivo 24 agosto. In pari data MESA chiede a Philips Italia "*Ho letto che i tempi di consegna saranno 15 giorni. Sarebbe possibile una spedizione più rapida in settimana*?").

[324] Cfr. doc. VIII.773, art. 4 ("*Parti di ricambio*") delle "*Condizioni generali di contratto per il servizio di manutenzione*" (versione DG160510, anni 2015-2017)*"*. Cfr., in senso analogo, anche doc. VIII.732 (e All.8 sulle condizioni generali) (con riguardo alla successiva versione delle Condizioni generali di contratto del 2018 VIII.956 Allegato B-5), doc. VI.250 (2017) e doc. VIII.996 (2014 TAC Pubblico: "*Le parti sostituite diverranno proprietà della Philips che provvederà a ritirarle*".
Per quanto riguardo gli interventi *spot* di tipo "*Time and Material*" Cfr. anche le "*Condizioni generali di contratto per interventi di riparazione*" e le "*Condizioni particolari di contratto per interventi di riparazione o fornitura parti a nuovo*" laddove è previsto che "*Le parti di ricambio eventualmente sostituite nel corso dell'intervento diverranno di proprietà di Philips che provvederà al loro ritiro*"*;* cfr. doc. VIII.732 all.11 art.2.
Cfr. anche doc. IV.250 (2017): si tratta di una email interna a Philips Italia a cui sono allegati copie dei contratti di assistenza e manutenzione.

[325] Cfr. al la documentazione richiamata al § 0, in cui la stessa Philips indica la policy del gruppo in materia di listino prezzi /catalogo delle parti di ricambio e le relative giustificazioni addotte con riguardo alla mancata messa a disposizione dei terzi di tali risorse.

D. Philips: condotte della società a seguito dell'avvio del procedimento istruttorio

217. Successivamente all'avvio dell'istruttoria Philips ha deciso di modificare le modalità di commercializzazione delle parti di ricambio creando un punto di accesso europeo "centralizzato" presso il quale gli ISO e gli OEM terzi attivi in Italia nell'offerta di servizi di manutenzione possono acquistare le parti di ricambio originali per i dispositivi di diagnostica per immagini di marchio Philips[326]. L'accesso a tale sistema "centralizzato" prevede la creazione di un *account* presso Philips e la conclusione di un accordo quadro con Philips per l'acquisto delle parti di ricambio[327]. Lo schema di accordo quadro per l'acquisto centralizzato delle parti di ricambio da Philips:

- prevede che Philips effettui ogni ragionevole sforzo per spedire i pezzi di ricambio nei tempi previsti ("*Philips shall make reasonable efforts to met any delivery dates confirmed, but shall not be liable for failure to meet those dates*");
- subordina la possibilità di presentare l'ordine della parte di ricambio alla comunicazione dell'identificativo del dispositivo in cui sarà installata la parte di ricambio;
- prevede la consegna della parte guasta da sostituire[328];
- prevede che Philips possa consegnare una parte ricambio ricondizionata piuttosto che nuova, a parità di prezzo e a propria discrezione;
- dispone che il prezzo delle parti di ricambio possa essere variato da Philips anche su base giornaliera, tale per cui di fatto non esiste un listino prezzi con una validità temporale;
- prevede l'applicazione di sconti sulla base del valore complessivo annuale degli acquisti di parti di ricambio (fino a uno sconto massimo del 10%);
- prevede la possibilità di restituire le parti non utilizzate (la cui confezione non sia stata aperta), con applicazione di una "*restocking fee*" del 21% del prezzo della parte di ricambio resa (e costi di spedizione a carico dell'acquirente)[329].

218. A seguito dell'avvio del procedimento istruttorio Althea risulta avere nuovamente chiesto a Philips Italia di indicarle modalità e condizioni di accesso ai *service software* installati nei dispostivi a marchio Philips protetti dalle chiavi di *service*, nonché l'elenco e listino prezzi delle parti di ricambio e degli *upgrade hardware/software*.

---

[326] Cfr. doc. VIII.737 e doc. VIII.832. Philips ha indicato che il nuovo sistema è entrato in vigore per i clienti italiani il 1° dicembre 2018 e si si applica a tutti i pezzi di ricambio di tutti i dispositivi di diagnostica per immagini a marchio Philips (a) che sono stati legalmente commercializzati in Italia; (b) che non hanno raggiunto la loro durata di vita prevista (EOL); (c) che non sono oggetto di richiamo, ispezioni o revisione per legge; o (d) di cui, in ogni caso, è ancora disponibile la fornitura anche ad altri clienti. Il sistema è gestito per tutte le organizzazioni nazionali da una organizzazione centrale all'interno del gruppo Philips (chiamata Agito). Cfr. anche doc. VIII.956 pag. 12-13 verbale audizione tecnica e documento n.8.

[327] Philips ha precisato che non si tratta di un modello "*obbligatorio*", potendo gli ISO e gli OEM terzi continuare ad acquistare le parti di ricambio a marchio Philips anche attraverso il canale diretto presente nei diversi paesi e utilizzabile anche dal cliente finale. Cfr. doc. VIII.795 (verbale audizione).

[328] Cfr. doc. VIII.956, Allegato n. 8.

[329] Cfr. doc. VIII.956 documento n. 8. Cfr. anche la comunicazione di Philips in merito alla "*Spontanea attuazione del Primo Impegno proposto in data 25 giugno 2018 con riguardo alla policy di Philips per l'accesso ai pezzi di ricambio originali*" (doc. VIII.737).
Philips ha poi comunicato (doc. VIII.832) di avere deciso di non mettere a disposizione dei potenziali clienti, su richiesta, un catalogo dei pezzi di ricambio aggiornato in quanto, da un lato, vi sarebbe uno scarso valore aggiunto per i clienti (non interessati, secondo Philips, a ricevere queste informazioni di carattere generale quanto piuttosto informazioni specifiche sui pezzi di ricambio cui sono interessati) e comporterebbe ingenti sforzi/costi per Philips (dato il coinvolgimento di numerose unità commerciali e la frequenza degli aggiornamenti). Cfr. anche doc. 956 (verbale audizione tecnica).

219. In particolare, i rappresentanti di Philips Italia e Althea si sono incontrati nel gennaio 2019, per discutere sia dell'accesso ai *service software*, risorse informative e listino delle parti di ricambio sia del possibile rinnovo dei contratti di subaffidamento della manutenzione su una serie di dispositivi ad alta tecnologia a marchio Philips (con contratti di tipo *full risk* inclusivi della fornitura di parti di ricambio o *labour only* senza parti di ricambio). Non essendo pervenuti ad una soluzione direttamente in occasione dell'incontro, il successivo 24 gennaio 2019 Althea ha inviato a Philips Italia una *email* di richiesta, tra l'altro, del listino dei prezzi aggiornato: *i)* delle parti di ricambio; *ii)* degli *upgrade hardware/software*; *iii)* delle chiavi di *service*, relativamente diversi modelli di apparecchiature a marchio Philips tra cui anche CT, MR e CT PET[330].

220. Philips Italia ha risposto alla *email* il successivo 4 febbraio 2019 indicando che "*per i listini, data la numerosità delle parti mi è impossibile fornirlo, se mi date delle categorie tipo tubi posso provare a mandarvelo. Le licenze sono specifiche per prodotto quindi sarebbe opportuno ricevere una richiesta ad hoc associata alla macchina, suggerisco di riparlarne durante la prossima riunione magari con un elenco macchine sulle quali siete interessati ad avere tali licenze*". Althea ha quindi reiterato la propria richiesta il successivo 13 febbraio chiedendo di indicare anche le condizioni di fornitura delle parti di ricambio (in termini di tempi per la predisposizione del preventivo, l'evasione dell'ordine e la spedizione/consegna) e condizioni d'uso di chiavi di *service* idonee a consentire la manutenzione completa dei dispositivi, in autonomia rispetto al fabbricante, allegando altresì la lista delle apparecchiature per le quali sono chieste le risorse informative e chiavi di *service*[331].

221. Il 15 febbraio 2019 Philips Italia ha fornito nuovamente la propria disponibilità a fornire specifiche parti di ricambio secondo i canali "standard". Quanto alle chiavi di *service*, Philips Italia ha affermato di "*rendere disponibili le informazioni*", in termini sia di informazioni sia di *service software* (nel caso ad esempio di informazioni automatizzate dal fabbricante in una procedura informatica), che i "*regolamenti settoriali*" richiedono che vengano fornite dal produttore dei dispositivi medici e che tali informazioni comprenderebbe:

i) delle "informazioni" sull'installazione, il funzionamento, la calibrazione (anche detta regolazione o taratura), la natura e frequenza della manutenzione dei dispositivi e

ii) delle "ulteriori informazioni" che interesserebbero (di nuovo) l'installazione e la calibrazione dei dispositivi e (in aggiunta) l'assemblaggio e il collaudo dei dispositivi.

222. Il secondo *set* informativo sarebbe limitato ai soli dispositivi a raggi-X (da cui di regola si considerano esclusi, ad esempio, le RM) e verrebbe messo a disposizione "*nei termini della Federal Drug Administrations Statunitense*". Inoltre, mentre il primo *set* informativo sarebbe (già) messo a

---

[330] Cfr. doc. VIII.986 All. 2 e VIII.843 All. I.5 ("[...] *Avremmo la necessità di ricevere i listini relativi alle parti di ricambio, inclusi i software/hardware upgrade e le chiavi service (per i diversi livelli di accesso), per i vari modelli di apparecchiature* [...]" (sottolineatura aggiunta).

[331] Cfr. doc. VIII.986. All. 2 e VIII.843 All. I.5 ("*Per quanto riguarda il listino completo delle parti di ricambio, come puoi immaginare ne abbiamo bisogno per la prestazione del servizio* [di manutenzione] *e per valutare la convenienza tra le varie opzioni* [contrattuali proposte da Philips Italia per la manutenzione di dispositivi ad alta tecnologia contrattualizzati da Althea, tra cui la "*full risk*" inclusiva della fornitura delle parti di ricambio e la "*only labor*" senza parti di ricambio] *quindi ti prego di inviarcelo ASAP. Nel frattempo, per il momento, come richiesto ti allego una lista di parti di ricambio di uso comune per le quali abbiamo bisogno del listino prezzi con urgenza. Avremmo anche bisogno di sapere la tempistica da voi prevista per la predisposizione del preventivo, l'evasione dell'ordine e la spedizione/consegna delle parti di ricambio.*
Per le chiavi service, troverai in allegato anche una lista delle apparecchiature per le quali abbiamo bisogno del vostro listino prezzi / condizioni d'uso, relativo alle chiavi service che ci consentano di eseguire tutte le attività di manutenzione preventiva, correttiva e straordinaria in autonomia (manutenzione completa), confermandoci quindi che con tali chiavi non avremmo bisogno di altro", sottolineatura aggiunta).

disposizione da Philips a titolo gratuito (si tratta dei manuali d'uso e dei *test* di base per le TAC e le RM), il secondo presupporrebbe l'acquisto da Philips Italia di licenze d'uso delle "informazioni", ovvero le istruzioni al fine di poter dare esecuzione alle procedure *software* per il compimento delle attività di manutenzione[332].

223. Il 27 febbraio 2019 Althea invia un'ulteriore comunicazione in cui prende atto dell'indisponibilità di Philips Italia alla messa a disposizione sia dei listini delle parti di ricambio e degli aggiornamenti *hardware/software* (riferiti ai dispositivi dalla stessa indicati) sia delle informazioni e dei *service software* ritenuti necessari per poter eseguire la manutenzione dei dispositivi[333].

224. Il successivo 4 marzo Philips Italia replica ad Althea ribadendo la propria posizione: *i)* la richiesta di poter accedere ai listini di "*tutte*" le parti di ricambio di "*tutti*" i "*dispositivi elencati*" da Althea non può essere soddisfatta perché "*eccessiva*" e che comporterebbe una "attività interna *ad hoc* particolarmente onerosa"; *ii)* Philips rende disponibile in qualità di fabbricante solo le informazioni per le quali ritiene vi sia un obbligo ai sensi dei "*regolamenti settoriali*" e che considera sufficienti per realizzare interventi di manutenzione "*al fine di garantire le prestazioni del prodotto e la sicurezza del paziente*"[334].

225. Il 18 marzo Althea fa presente a Philips Italia che in Francia altri fabbricanti non hanno avuto difficoltà a mettere a disposizione di Althea il listino completo delle parti di ricambio dei dispositivi e di non essere interessata alla proposta di Philips Italia in materia di informazioni e chiavi di *service* per la manutenzione dei dispositivi, così come formulata, in quanto ritenuta restrittiva e del tutto insufficiente[335].

226. A fine marzo 2019 Althea risulta poi avere sottoscritto con Philips Italia un contratto in forza del quale ha (sub)affidato a quest'ultima l'attività di manutenzione su un numero elevato di dispositivi ad alta tecnologia a marchio Philips ([*omissis]* dispositivi)[336].

---

[332] A titolo esemplificativo, come riferito in audizione da Philips, le "informazioni" riguardano ad esempio *"la c.d. "matrice di calibrazione", ossia una tabella che indica in base alla componente che è stata sostituita quale attività di calibrazione deve essere svolta. Una volta individuata con la matrice l'attività di calibrazione che deve essere svolta, l'attività in se viene lanciata sul dispositivo stesso (dal relativo PC). Con il Livello 0, i terzi sull'interfaccia del dispositivo hanno a disposizione i tools per la calibrazione, ossia i singoli test di calibrazione. Una volta che, dopo aver consultato il manuale, hanno identificato l'attività di calibrazione che deve essere svolta, lanciano il test in questione sul dispositivo stesso*". In altri termini pur disponendo astrattamente dei *service software*, così come resi disponibili con l'accesso di Livello 0 (o set minimo) in assenza delle "informazioni" ossia delle istruzioni a corredo dell'uso di quello specifico strumento non si può procedere alla sostituzione di una parte guasta con il detto Livello 0. Con l'accesso al Livello 2 questa fase, anche di selezione, è totalmente automatizzata; cfr. doc. VIII.956. Con riferimento a questo specifico episodio cfr. VIII.986 All. 2 e VIII.843 All. I.5 Nella risposta si legge che "*Per quanto riguarda la tua richiesta specifica di ricevere informazioni che consentano "di eseguire tutte le attività di manutenzione preventiva, correttiva e straordinaria (manutenzione completa)", tieni presente che le informazioni fornite da Philips sono sufficienti a garantire la performance del prodotto e la sicurezza del paziente, così come previsto dalla normativa pertinente e Philips non ha attualmente alcun obbligo regolamentare di fornire ulteriori informazioni.* […]".

[333] Cfr. VIII.986 All. 2 e VIII.843 All. I.5.

[334] Cfr. VIII.986 All. 2 e VIII.843 All. I.5.

[335] Cfr. VIII.986 All. 2 e VIII.843 All. I.5. Cfr. anche doc. VIII.950.

[336] Cfr. doc. VIII.956 All. "*Contratto concluso con Althea in vigore dal 1 aprile 2019*"). Si veda anche il doc. 956 All. "Copia del contratto con *[omissis]*".
In merito alla circostanza che Althea si trovi nella condizione, in assenza di accesso agli strumenti informativi e *software* per la manutenzione, di dover anche subappaltare/affidare la manutenzione di dispositivi ad alta tecnologia agli OEM vedi anche doc. VIII.749.

227. Il 7 giugno 2019 Philips Italia ha, infine, inviato una nuova *email* ad Althea per informarla che dal 15 maggio 2019 sono disponibili "*licenze commerciali relative alle informazioni e agli strumenti software per la manutenzione delle risonanze magnetiche*" e di stare lavorando per rendere disponibili tali informazioni e strumenti anche per altre tipologia di apparecchiature tra cui le TAC (o CT)[337]. Alle *email* sono allegate una "*Descrizione della CSIP disponibile in licenza di apparecchiature MRI*"[338] e le "*Condizioni Standard di Licenza CSIP* [*Customer Service Intellectual Property*]".

228. In occasione dell'audizione tecnica del 17 giugno 2019 Philips ha indicato che la società stava ancora predisponendo l'offerta commerciale per l'accesso alle informazioni e strumenti per la manutenzione, relativamente alle RM, e che era intenzionata ad estendere l'offerta ad altri apparecchi[339].

IV.4.3 Sulle presunte condotte abusive delle società del gruppo GE

A. GE: strumenti e risorse informative per la manutenzione dei dispositivi di diagnostica per immagini a marchio GE, sistemi di protezione e policy interne

229. Dalla documentazione ispettiva è emerso che il gruppo GE nel 2015 ha modificato la propria politica di accesso ai *service software* installati nei dispositivi, con particolare riguardo a quelli per immagini ad alta tecnologia (tra cui le TC, RM e PET/CT), modificando i sistemi di protezione, l'articolazione dei *software* e i livelli di accesso resi disponibili ai clienti proprietari dei dispositivi e introducendo una *policy* in materia di licenze d'uso (per l'accesso ai *service software* e alle relative chiavi di *service*).

230. Dalla presentazione e dal relativo scambio di *email* risulta che, prima del 2015, sia i proprietari dei dispositivi per immagini ad alta tecnologia a marchio GE sia i manutentori terzi da questi incaricati, avevano accesso – unitamente al dispositivo e in modalità "*Open*" – ad un'ampia parte dei *service software* per la manutenzione installati nel dispositivo.

231. Con l'introduzione, nel 2015, del nuovo sistema denominato da GE *Service Secured Access* ("*SSA - Service Reclassification and Licensing*"), solo una minima parte dei *service software* ha mantenuto un accesso "*Open*" per tutto il ciclo di vita del dispositivo. La più ampia parte dei *service software* (i livelli A2, A3, C e M), con l'introduzione del nuovo sistema SSA, è stata protetta da chiavi di *service,* anche se GE ha dichiarato che i *software* di classe A2 e A3 sono disponibili su licenza[340].

232. Per quanto riguarda gli altri *service software* - prima tutti liberamente accessibili e ora tutti protetti da chiavi di *service* - gli unici *service software* accessibili con licenza a pagamento dal cliente che si avvalga (post-garanzia) di un manutentore terzo sono quelli "*standard*" di livello dall'A1

[337] Cfr. VIII.986 All. 2 e VIII.950, All. 1.1. Cfr. anche doc. VIII.956 (verbale audizione tecnica)

[338] Cfr. doc. VIII.986 All. 2.

[339] Cfr. doc. VIII.956

[340] Cfr. Memoria finale GE doc. VIII.1241.

all'A3[341]. I *service software* di livello C (C1, C2 e C3) e M[342] (specularmente ampliati per portata funzionale) sono riservati solo ai tecnici GE, ai *partner* commerciali e ai clienti finali[343].

B. GE: asserite condotte di ostacolo e rifiuto all'accesso ai service software e alle risorse informative

233. Con riguardo alle condotte di rifiuto all'accesso ai *service software*, chiavi di *service* e risorse informative rilevano due soli episodi, entrambi avvenuti nel 2017. Il primo è conseguente alla comunicazione del 17 luglio 2017 con cui MESA ha chiesto a GE Italia di poter avere accesso agli strumenti per la manutenzione e alle relative risorse informative nella disponibilità di quest'ultima ("*documentazioni tecniche aggiornate (manuali service), tools diagnostici, service software, password di accesso ecc*." e "*parti di ricambio originali*")[344] al fine di partecipare alla consultazione preliminare di mercato indetta ai sensi dell'art. 66 del d.lgs. n. 50/2016 dalla centrale d'acquisto ESTAR, propedeutica all'affidamento con procedura di gara dei servizi di manutenzione su dispositivi per immagini ad alta tecnologia presso le strutture sanitarie della Regione Toscana[345].

234. Da uno scambio di *email* interno a GE Italia avente ad oggetto la modalità con cui trattare la richiesta di Althea/Mesa emerge la volontà di GE Italia di non consentire ad Althea/Italia alcun accesso alle risorse documentali e *software* per la manutenzione dei dispositivi a marchio proprio, in ragione anche dell'interesse di GE Italia a partecipare direttamente alla procedura regionale. Dalle evidenze emerge che comunque GE Italia non ha mai risposto alla richiesta di Althea /Mesa[346].

235. In particolare, il legale interno fa presente che la partecipazione alla gara non esclude la messa a disposizione delle informazioni ("*Possiamo fornire le informazioni e partecipare alla gara*") e che "*Tuttavia, le regole sono le seguenti*:

• *Ok mettere a disposizione i manuali service* […di classe A];

• *Ok software MA solo Class A software. Non diamo accesso invece a Class C, D M che non sono essenziali per fornire il servizio. Possiamo anche richiedere una fee ragionevole per la licenza del software Class A;*

• *Password di accesso sono necessarie? Se sì, le possiamo fornire;*

• *Ok parti di ricambio originali. Abbiamo il diritto di richiedere system ID, ubicazione e nome del cliente all'atto della fornitura delle parti di ricambio*"[347].

236. Un altro rappresentante di GE Italia, in pari data, chiede nuovamente al legale interno se "*Possiamo esimerci dal fornire quanto richiesto poiché interessati a partecipare in prima persona*?

---

[341] Cfr. doc. V.360 *cit.*

[342] Il livello M "*expert"* è accessibile solo ai tecnici GE e ai così detti "*channel partner"* (ovvero agli operatori "*partner*" che svolgono la manutenzione per conto di GE in quei paesi e/o aree in cui GE non dispone di una propria filiale).

[343] Vi è un solo caso in Italia di contratto di manutenzione con GE di tipo *shared maintenance* (manutenzione condivisa), nel contesto del quale GE Italia risulta aver concesso in uso ai clienti anche i software "avanzati" di classe C. Cfr. doc. VIII.733, doc. VIII.892, All.4.A e doc. VIII.892, All. 4.F. Si veda anche doc. VIII.947.

[344] Cfr. tra l'altro doc. V.372 e doc. I.9 e I.11.

[345] Si ricorda che il TAR Toscana con sent. 1497 del 16 novembre 2018 ha annullato la consultazione preliminare di mercato di ESTAR in questione ritenendo illegittima la richiesta della stazione appaltante ai potenziali partecipanti alla procedura di avere, tra l'altro, la "*disponibilità di tecnici adeguatamente formati e certificati dal Fabbricante*".

[346] Cfr. doc. V.363. Cfr. anche doc. V.327-328, V372-373, V.405-408, V.425-430 (2017). Si tratta di scambi di email interni a GE Italia per l'elaborazione della risposta ad Althea/MESA.

[347] Cfr. doc. V.363 (2017) cit.

Tutto sommato GE Medical Systems Italia Spa opera sul territorio nazionale perché autorizzata da Casa Madre. Nessuno impedirebbe al concorrente di richiedere al Produttore (Casa Madre)" [348]. Il legale interno di GE Italia ribadisce che "*Noi per ragioni antitrust non possiamo esimerci dal fornire quello che ho elencato quindi solo un minimo supporto che riguarda l'accesso ai manuali software e la licenza classe A*"[349] e nella successiva *email* osserva: *"Risponderei quindi a Mesa semplicemente che siamo disponibili a fornire quanto sopra in relazione a questa procedura*"[350]. Come già osservato, GE Italia non ha tuttavia risposto alla richiesta di Althea/Mesa[351].

237. Il secondo episodio è avvenuto il 26 gennaio 2017, in occasione di una gara indetta dalla Regione Sicilia, a fronte di una richiesta di Althea, GE ha risposto: "*Con riferimento alla Vs richiesta di cui in oggetto la sottoscritta Società GE Medical Systems Italia S.p.A. con sede in Milano, Via Galeno 36, nella persona di …, in qualità di Procuratore vi comunica di non poter accogliere tale richiesta in quanto interessata alla partecipazione alla gara*"[352].

C. GE: asserite condotte di ostacolo all'accesso alle parti di ricambio originali

238. Con riguardo alla cessione delle parti di ricambio originali a terzi, le regole interne a GE Italia subordinano la fornitura all'ISO della parte di ricambio alla identificazione esatta (numero seriale) del dispositivo nel quale sarà installata la parte di ricambio e dell'indirizzo del cliente proprietario del dispositivo. Si richiama al riguardo uno scambio di *email* interno a GE Italia, del luglio 2017, in cui il legale interno indicava che "*le regole sono le seguenti*: […] • *Ok* [vendere] *parti di ricambio originali* [ad ISO concorrenti]. *Abbiamo il diritto di richiedere system ID, ubicazione e nome del cliente all'atto della fornitura delle parti di ricambio*" [353].

239. GE non pubblica sul proprio sito il catalogo delle parti di ricambio, la scheda tecnica dei dispositivi e il listino prezzi, ma nelle proprie memorie finali ha dichiarato di rendere disponibili tali strumenti informativi a chiunque ne faccia richiesta[354].

240. GE Italia adotta, inoltre, una politica di ritiro delle parti guaste dei dispositivi GE. Le condizioni contrattuali di offerta dei servizi di manutenzione di GE Italia prevedono, infatti, che "*le parti sostituite* […] *diverranno di proprietà di GEMSI*", con un meccanismo di *enforcement* molto forte

---

[348] Cfr. doc. V.363 (2017) cit.

[349] Cfr. doc. V.363 (2017) cit. GE Italia si preoccupa inoltre della circostanza che "*trattandosi di argomento molto tecnico e ad alto rischio di fraintendimento/strumentalizzazione, ritieni che la nostra risposta possa essere elaborata in modo specifico per evitare che il richiedente possa "usare" la nostra dichiarazione per dimostrare l'esistenza di accordi/contratti che li pongano come provider "autorizzato" dal fabbricante"*. Il legale interno a GE Italia *replica che "Noi non abbiamo né contratti né accordi con Mesa e quindi possiamo semplicemente dichiarare per iscritto la nostra disponibilità a fornire parti di ricambi per questo specifico deal. Stessa cosa per la licenza software class A e i manuali. Nulla di più. Questo non può essere utilizzato come accordo quadro per varie ragioni: 1) viene stipulato dopo la pubblicazione della gara e non prima; 2) non si tratta di attività di subappalto ma semplicemente di fornitura di parti di ricambio e del software. Risponderei quindi a Mesa semplicemente che siamo disponibili a fornire quanto sopra in relazione a questa procedura"*.

[350] Cfr. doc. V.363 (2017) cit.

[351] D'altra parte GE il 17 luglio 2017 in uno scambio di email riferiva in merito alla richiesta di Althea "*Direi di gestirla come richieste analoghe precedenti*"; cfr. V.373. Come si dirà di seguito cfr. doc. V.273 e V.282

[352] Cfr. doc. V.273 e V.274. Si veda anche il doc. I.9.9 (lettera risposta di GE ad Althea).

[353] Cfr. doc. V.363 (2017) cit.

[354] Cfr. doc. VIII.1241, p. 102.

posto che "*Qualora il cliente non restituisse a GEMSI le parti usate o sostituite, GEMSI procederà alla fatturazione delle suddette parti in accordo con i prezzi di listino vigenti in quel momento*"[355].

D. GE: condotte della società a seguito dell'avvio del procedimento istruttorio

241. A seguito dell'avvio del procedimento istruttorio Althea (MESA) risulta avere nuovamente chiesto a GE Italia accesso ai *service software* installati nei dispostivi a marchio GE e protetti da chiavi di *service*, nonché all'elenco e listino prezzi delle parti di ricambio e agli *upgrade hardware/software*.

242. In data 13 dicembre 2018, Althea ha infatti inviato a GE Italia una lettera con cui ha chiesto la formale disponibilità a fornire, in particolare: i) chiavi di *service*, *service software*, tools diagnostici e i manuali di *service* e "*più in generale quanto necessario per una corretta e completa manutenzione*; ii) aggiornamenti previsti dal fabbricante; iii) istruzioni relative alla fornitura dei servizi di manutenzione da remoto e iv) parti di ricambio originali[356].

243. La richiesta si inseriva nel contesto dell'interesse da parte di Althea a partecipare ad una gara indetta dalla Regione Veneto – ULSS 4 per l'affidamento di servizi di manutenzione *full risk* su dispositivi ad alta tecnologia a marchio GE, e Althea chiedeva quindi una risposta celere compatibile con i tempi della procedura e chiedeva l'accesso a tali risorse anche nel contesto di contratti già in essere con alcune strutture sanitarie private[357]. In assenza di riscontro da parte di GE Italia, Althea ha inoltrato nuovamente la propria richiesta a GE Italia il 17 dicembre 2018[358]. Il successivo 20 dicembre 2018, GE Italia ha inviato ad Althea una risposta indicando: "*confermiamo che, nel caso doveste risultare assegnatari della gara in oggetto e nella ipotesi in cui abbiate richieste specifiche, saremo lieti di fornire gli input necessari, in linea con le nostre prassi commerciali, affinché possiate adempiere alle Vostre obbligazioni contrattuali. Con riferimento alle parti di ricambio, possiamo sin da subito confermarvi che GEHC fornisce sempre parti di ricambio originali GEHC*"[359].

244. Althea ha poi nuovamente chiesto a GE Italia l'accesso ai *service software*, risorse informative e listino delle parti di ricambio in occasione di un incontro del 7 marzo 2019 in cui si è discusso anche del possibile rinnovo dei contratti di subaffidamento della manutenzione su una serie di dispositivi ad alta tecnologia a marchio GE, da Althea in favore di GE Italia[360]. Althea ha indicato che in tale occasione i rappresentanti di GE Italia si sono rifiutati di fornire alla società il listino

---

[355] Cfr. ad esempio doc. V.507 (GE, 2018), p. 9. Cfr. anche doc. VIII.733 all. 5 ad esempio ASST Santi Paolo e Carlo p. 15 e doc. VIII.892. Si precisa che la clausola è presente sia nei contratti con clienti sia pubblici privati. In sede di audizione GE ha inoltre indicato che "*i bandi di gara di acquisto dei dispositivi possono prevedere lo smaltimento del dispositivo sostituito da parte del nuovo fornitore o anche talvolta già prevedere un prezzo di riacquisto del dispositivo da parte del medesimo produttore. GEHC ha interesse a ricomprare i propri macchinari, per il ricondizionamento delle parti di ricambio o dell'intero dispositivo*". Cfr. doc. VIII.779, p. 8.

[356] Cfr. doc. VIII.843 All. II.1.

[357] Al riguardo si rileva che all'art. 2 del Capitolato speciale d'appalto della gara in esame è previsto che "*L'appalto di cui si tratta comprende l'esecuzione delle prestazioni e dei servizi di seguito elencati:* […] *reperimento di password, software, e documenti necessari per l'attività manutentiva*" (doc. VIII.843, All. II.2). Ad una richiesta di chiarimenti al riguardo alla stazione appaltante, quest'ultima ha indicato che "[…] *ad oggi il fornitore* [dei dispositivi] *non ha messo a disposizione della stazione appaltante quanto indicato*" (doc. 843, All. II.3).

[358] Cfr. doc. VIII.843, All. II.4.

[359] Cfr. doc. VIII.843, All. II.5.

[360] In merito alla circostanza che Althea si trovi nella condizione, in assenza di accesso agli strumenti informativi e *software* per la manutenzione, di dover anche subappaltare/affidare la manutenzione di dispositivi ad alta tecnologia agli OEM vedi anche doc. VIII.749.

prezzi delle parti di ricambio e hanno chiesto ad Althea di inviare in ogni caso una richiesta scritta con riguardo al listino dei prezzi delle chiavi di *service*[361]. Il successivo 19 marzo 2019, Althea ha quindi inviato a GE Italia una *email* di richiesta di accesso alle chiavi di *service* relativamente a diversi modelli di apparecchiature a marchio GE tra cui anche CT, MR e CT PET, ritenute necessarie per poter svolgere la manutenzione completa e in autonomia dei dispositivi, nonché di richiesta del listino dei prezzi delle parti di ricambio e degli *upgrade hardware/software*[362].

245. GE Italia non ha fornito alcun riscontro alla richiesta di accesso di Althea del 19 marzo 2019**.**

IV.5 Le argomentazioni difensive delle Parti del procedimento

IV.5.1 La posizione delle società del gruppo Siemens

A. Siemens: sui mercati rilevanti, la concorrenza e la posizione dominante

246. Siemens Italia ha prodotto memorie giuridiche ed economiche nel corso dell'istruttoria, fornendo le proprie argomentazioni sulla ricostruzione del provvedimento di avvio del procedimento e sulla CRI[363]. Un primo gruppo di osservazioni riguarda la definizione dei mercati rilevanti e le loro caratteristiche concorrenziali, con particolare accento sulla possibilità, negata da Siemens, di individuare un *aftermarket* dei servizi di manutenzione su apparecchi di alta diagnostica a marchio proprio e una posizione di dominanza della società su tale mercato.

247. Nelle sue prime memorie, Siemens ha sostenuto che la produzione e commercializzazione di apparecchiature di diagnostica per immagini ad alta tecnologia rappresenti un segmento del più ampio mercato delle apparecchiature elettromedicali, che include, oltre ai dispositivi di diagnostica per immagini a bassa tecnologia, anche apparecchiature elettromedicali diverse. In tale mercato Siemens vanterebbe una quota del *[20-25]*%, in base ai dati 2016[364].

248. Secondo Siemens, negli ultimi anni, il potere negoziale della domanda – anche in considerazione dei ripetuti interventi del legislatore per regolamentare gli acquisti di beni e servizi della PA per il contenimento della spesa pubblica – si sarebbe notevolmente accresciuto per effetto

---

361 Cfr. doc. VIII.843 All. I.1.

362 Cfr. doc. VIII.843 All. I.2. Nella richiesta di Althea si legge: "[…] *a seguito del ns. incontro del 7 marzo u.s., con la presente vi chiediamo i vostri listini relativi alle parti di ricambio, inclusi i software/hardware upgrade e le chiavi service, per i vari modelli di apparecchiature, radiologia e ultrasuoni (nello specifico tac, risonanze magnetiche, tacpet, ultrasuoni, mammografia e radiologia tradizionale).*
Durante l'incontro, mi avete rappresentato di non poterci fornire il listino prezzi delle parti di ricambio.
Tuttavia, come potrete immaginare ne abbiamo bisogno per la prestazione del servizio e per valutare la convenienza tra le varie opzioni. Per questo, vi chiediamo di indicarci la tempistica da voi prevista per la predisposizione del preventivo, l'evasione dell'ordine e la spedizione/consegna delle parti di ricambio. Come ti avevo già anticipato verbalmente, la questione dei pezzi di ricambio è davvero critica. Proprio di recente, la fornitura di detettori per PETCT Discovery 600 presso la Fondazione Pascale è stata un incubo, nonostante i nostri ripetuti solleciti. Quindi vi preghiamo di inviarci queste informazioni ASAP.
Anche per le chiavi service (di cui i proprietari delle apparecchiature dovrebbero disporre pienamente, mettendole quindi a disposizione di noi terzi manutentori o dei propri tecnici) abbiamo bisogno del listino prezzi / condizioni d'uso, con indicazione dei vari livelli di accesso, e in particolare delle chiavi che consentono di eseguire tutte le attività di manutenzione preventiva, correttiva e straordinaria in autonomia (manutenzione completa), con conferma che con tali chiavi non avremmo bisogno di alcun intervento da parte vostra.
Al riguardo, vi ricordiamo di aver già chiesto suddetti listini prezzi e relative condizioni/termini d'uso, con lettera del 13 dicembre 2018, in occasione del recente avviso di gara della ULSS4 di San Donà di Piave, ma la vostra risposta del 20 dicembre 2018, al di là della solita retorica interlocutoria, non era accompagnata dai listini richiesti, né dai termini e condizioni.").

363 Trattasi di doc. VIII.622, doc. VIII.881 e da ultimo doc. VIII.1226.

364 Cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens), pag. 5.

del processo di centralizzazione degli acquisti, con un aumento della dimensione delle forniture e del potere contrattuale delle stazioni appaltanti. Tale processo avrebbe stimolato un'accesa competizione dal lato dell'offerta di dispositivi[365]. Le condizioni concorrenziali del mercato della vendita dei dispositivi – a dire di Siemens – sono ben lontane da individuare posizioni di dominanza di un operatore, condizione in assenza della quale la Commissione europea non ha mai accertato abusi di posizione dominante negli *aftermarket*[366].

249. Nelle sue ultime memorie, Siemens contesta la definizione dei mercati rilevanti[367]. In particolare, ritiene che "*in assenza di sostituibilità tra i diversi dispositivi non esista un mercato dei dispositivi per DI* [diagnostica per immagini] *ad alta tecnologia ma esistono tanti mercati separati. Ma se anche si accettasse l'idea di un unico mercato primario, questo sarebbe caratterizzato da produttori senza un significativo potere di mercato".* Ad avviso di Siemens, in presenza di un tipico *bidding market,* le quote di mercato sono suscettibili di cambiare significativamente di anno in anno e non sono in grado di fornire una misura affidabile della reale forza dei diversi produttori. Al riguardo, Siemens chiarisce che "*le apparecchiature di diagnostica per immagini rappresentano il segmento di gran lunga più importante del settore elettromedicale. È vero che le tre principali imprese nel settore delle apparecchiature di diagnostica per immagini sono Siemens, Philips e GE* […] *Ove si volesse considerare il solo segmento degli apparecchi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia Siemens che la CRI ricomprende nell'unico mercato primario, la quota aggregata di Siemens nel quinquennio 2013-2017 ha oscillato fra il* [20-25]% *e* [35-40]% *(calcolata sul fatturato) con una media di circa il 28% e chiaramente in discesa nell'ultimo triennio*"[368]. Nella memoria economica, Siemens riferisce che tra il 2013 e il 2017, in termini di ordinativi, la quota di Siemens oscilla tra il 22,8% e il 36,7%, con una media del 29,5%.

Comunque, Siemens ritiene che nel caso di specie sia imprescindibile la valutazione del collegamento tra il mercato a monte e quello a valle sottolineando "*la rilevanza che assume la struttura di tale mercato* [a monte] *per la corretta analisi dei comportamenti nei c.d. aftermarkets".* La tesi difensiva è che "*il mercato primario di acquisto e mercato secondario della manutenzione sono strettamente legati tra loro, così che la concorrenza nel primo è sufficiente a escludere la presenza di una posizione dominante nel mercato secondario*"[369]. In particolare, Siemens trae le proprie conclusioni circa la sussistenza di un livello competitivo a monte in base alle conclusioni del caso GE/Amersham del 2004.

---

[365] Cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens), pag. 6.

[366] Siemens cita i casi comunitari COMP 34330 Pelikan/Kyocera, EFIM e il caso ICL/Synstar dell'OFT, nonché il par. 246 del *discussion paper* della Commissione sull'applicazione dell'articolo 102 del TFUE ("*DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*"). Cfr. doc. VIII. 622 (memoria infra procedimentale Siemens), pag. 7.

[367] Cfr. doc. VIII.1226 (inclusiva della memoria economica).

[368] Cfr. doc. VIII.1226.

[369] Cfr. doc. VIIII.1226 pag. 18 e anche Memoria economica allegata pag. III. Nella memoria economica si legge che "*il punto fondamentale dell'analisi economica a questo riguardo consiste nel valutare il collegamento tra il mercato primario ed il mercato secondario al fine di stabilire se il mercato secondario debba essere considerato un mercato a sé stante oppure debba essere considerato congiuntamente al mercato primario. Questo può essere rilevante qualora la concorrenza nel mercato primario sia tale da disciplinare il comportamento delle imprese anche nel mercato secondario*"; cfr. doc. VIII. 1226 Relazione economica pag. 4.

250. Con riferimento ai servizi di manutenzione, Siemens ritiene esistente un unico mercato per la vendita di tali servizi alle strutture sanitarie pubbliche e private, che include la manutenzione su apparecchiature ad alta e bassa tecnologia di ogni marchio oltre a una serie di servizi accessori, rientranti nelle formule del c.d. *global service*, ovvero il modello contrattuale di approvvigionamento di servizi di manutenzione al quale le strutture sanitarie ricorrerebbero con frequenza crescente[370].

251. Siemens contesta la possibilità di definire uno o più mercati distinti della manutenzione su apparecchiature di diagnostica ad alta tecnologia proprio in ragione dell'evoluzione della domanda che si esprimerebbe, sempre più di frequente, con la richiesta di servizi di manutenzione sull'intero parco installato, senza operare una distinzione per livello tecnologico. Le gare di tipo monomarca su apparecchi ad alta tecnologia, a dire di Siemens, sarebbero in via di superamento, con un ricorso sempre maggiore a gare *multivendor*, con la richiesta di servizi di manutenzione su diversi apparecchi di OEM differenti.

252. La diffusione di gare di tipo *global service* per la gestione integrata dell'intero parco macchine (di diversi produttori, sia a bassa che alta tecnologia) avrebbe consentito la veloce crescita[371] di imprese non integrate a monte, che svolgono esclusivamente servizi di manutenzione delle apparecchiature, le quali "*sarebbero avvantaggiate rispetto agli OEM*" e avrebbero acquisito una presenza significativa nel mercato[372].

Quanto più la domanda di servizi di manutenzione comprende anche apparecchiature di non elevata complessità tecnologica e la richiesta di una rilevante presenza di personale *on site*, tanto più gli ISO risulterebbero avvantaggiati rispetto a Siemens, le cui risorse e *know how* si concentrano essenzialmente sulle proprie apparecchiature ad alta tecnologia[373]. Le diverse caratteristiche di OEM e ISO (per certi aspetti complementari) avrebbero creato le condizioni per forme di collaborazione tra gli stessi (tramite gli strumenti dell'ATI o del subappalto). Nell'ambito delle gare che includono la manutenzione su apparecchi di diagnostica ad alta tecnologia, gli ISO possono partecipare in raggruppamento con gli OEMs o, in alternativa, subappaltare a questi ultimi la manutenzione sull'alta tecnologia, a seguito dell'aggiudicazione della gara.

253. Siemens ritiene che siano le modalità con cui la domanda definisce il tipo di servizi richiesti e il perimetro degli affidamenti a condizionare la capacità dei diversi operatori di partecipare alle gare. In varie occasioni le regole di gara hanno previsto limitazioni alla platea dei partecipanti, come accertato dai giudici amministrativi, evidenziando una preferenza della domanda per lo svolgimento dei sevizi di manutenzione da parte degli OEM. Secondo la società, tali scelte sono esclusiva

---

370 Cfr. doc. VIII. 622 (memoria infra procedimentale Siemens), pag. 8 e seg.

371 Al riguardo Siemens richiama anche il doc. III.93, in cui si legge "*since the ISOs is able to provide service with their own employees…the ISOs can easily maintain these low end tech equipments (spare parts included)".* Secondo Siemens, inoltre, la presenza di apparecchiature più complesse (alta tecnologia) non sarebbe comunque un ostacolo in ragione del fatto che le ISOs vincitrici hanno la possibilità di subappaltare a terzi la manutenzione delle apparecchiature più complesse (nel doc. III.93 si legge: "*in those kind of tenders the winner (usually is a consortuium of enterprises including local ISO sometimes partnering with an OEM) has to subcontract the maintenance to the OEM company*"). Per quanto riguarda Althea, ciò non sarebbe nemmeno necessario, in base a quanto indicato nel doc. III.119, pag. 7 "[omissis]". I doc. III.55-III.57, III.59, III.60, III.88, III.93, III.114, III.115, III.119, III.121, III.125 e III.126 illustrerebbero, inoltre, la presenza di un rilevante confronto competitivo con gli ISOs sui servizi di manutenzione. Cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens).

372 Cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens).

373 Cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens), pag. 18.

espressione dell'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante, derivante da insoddisfacenti esperienze pregresse con manutentori terzi[374].

Se, da un lato, i bandi di gara mostrano un ormai consolidato *favor* verso procedure "aperte" e un potenziale affidamento del servizio a soggetti diversi dagli OEM, dall'altro, emergono disposizioni che limitano nei fatti le possibilità di autonoma partecipazione degli ISO, a riprova di una scarsa fiducia da parte della stazione appaltante nelle capacità e nell'affidabilità di questi operatori[375],[376].

254. In merito al rapporto tra il mercato a monte della produzione e commercializzazione di dispositivi di diagnostica per immagini (mercato primario) e il mercato dei relativi servizi di manutenzione (mercato secondario), Siemens ritiene sussista un elevato livello di interdipendenza, che porta la società a concludere per l'esistenza di un vero e proprio mercato "dei sistemi", comprendente sia i "*prodotti primari*", sia i servizi di manutenzione. Come conseguenza, Siemens esclude la possibilità di configurare un *aftermarket* della manutenzione su dispositivi di diagnostica per immagini a marchio Siemens.

L'obbligo normativo introdotto dall'art. l'art. 96 del D.Lgs. 50/2016 per le stazioni appaltanti di considerare il c.d. "*costo del ciclo di vita*" del prodotto tra gli elementi di valutazione per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa avrebbe spinto queste ultime a considerare il costo della manutenzione dei dispositivi per tutta la loro vita utile al momento della loro acquisizione.

Come conseguenza, anche i produttori delle apparecchiature terrebbero conto del costo della manutenzione nel confronto concorrenziale che si esplica al momento della partecipazione alle gare per la vendita delle apparecchiature[377].

255. Secondo Siemens la consapevolezza delle strutture sanitarie sui costi di manutenzione è rintracciabile nei bandi di gara (data *set* relativo al 2015) ed emergerebbe con chiarezza dai risultati dell'indagine IPSOS commissionata congiuntamente alle altre Parti del procedimento, Philips e GE.

256. Con riguardo all'analisi economica svolta, in una prima fase, su un insieme di 129 gare indette nel 2015 per l'acquisto di dispositivi medici (di cui solo 39 relative ad apparecchi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia), questa testimonierebbe come nella più ampia parte dei casi ([*95-100*]%) la stazione appaltante si "*preoccupi*", sin dal momento dell'acquisto dell'apparecchiatura, anche della manutenzione e di "*voler conoscere e/o fissare*" le condizioni di acquisto di tale servizio, sia pure in diverso modo e con diversa intensità. La concorrenza tra i produttori dei dispositivi nel mercato primario al momento dell'acquisto del macchinario (particolarmente accesa in ragione degli elevati investimenti in innovazione e tecnologia da questi ultimi sostenuti) si esplicherebbe, pertanto, anche con riferimento al servizio di manutenzione eccedente il periodo di garanzia contrattuale[378].

---

374 Cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens), pag. 18 e seg.

375 Tar Toscana, Sez. III, sentenza 21 dicembre 2017, n. 1658 capo 8.2).

376 Cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens), pag.20. Non sarebbe stata quindi la risposta di Siemens Italia ad avere impedito all'operatore MESA di qualificarsi, ma le scelte discrezionalmente compiute da ESTAR per individuare l'esistenza di possibili alternative agli OEM, tradotte in requisiti stringenti di qualificazione.

377 Siemens richiama al riguardo anche il provv. n. 22648 del 4 agosto 2011 (caso I729-*Gara d'appalto per la sanità per le apparecchiature a risonanza magnetica*) in cui è stato osservato che "*l'assistenza e la manutenzione delle apparecchiature elettromedicali di diagnostica risultano pertanto essere attività accessorie alla vendita di tali apparecchiature*". Cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens), pag. 8.

378 Cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens) e doc. VIII.881 (memoria economica Siemens)

Le gare esaminate mostrerebbero che le stazioni appaltanti considerano i costi di manutenzione nell'ambito della valutazione di acquisto del dispositivo, nei seguenti termini: i. richiedendo all'impresa aggiudicataria l'impegno a fornire pezzi di ricambio originali per un dato periodo; ii. chiedendo la garanzia per periodi più lunghi rispetto a quelli ordinari; iii. acquistando la manutenzione per un certo numero di anni a un prezzo definito nell'offerta; iv. richiedendo una quotazione del prezzo della manutenzione successiva al periodo di garanzia, riservandosi l'opzione di acquistare il servizio al suo scadere. L'analisi sosterrebbe, quindi, la definizione del mercato rilevante come un mercato "dei sistemi".

257. Quanto al Rapporto IPSOS, il sondaggio è stato condotto con l'obiettivo di raccogliere l'opinione dei clienti per verificare prevedibilità del *lifecycle cost*[379].

In primo luogo, Siemens osserva che dal sondaggio è emerso come tra le modalità di acquisto il *leasing* (ossia, il noleggio) riguardi il 31% delle apparecchiature collocate presso le loro strutture intervistate; considerando le sole strutture pubbliche, la percentuale scende al 12%, ma ciò conferma comunque che si tratta di una modalità di fruizione dei dispositivi non marginale[380].

Sul tema del peso della manutenzione nelle decisioni di acquisto, ad avviso di Siemens, i risultati sono netti "*nel rilevare come chi acquista lo fa con coscienza dei costi, sulla base di una stima della durata dell'apparecchiatura. Ad esempio, alla domanda 12* ("*Quando un'azienda/struttura si procura un nuovo dispositivo di diagnostica per immagini ad alta tecnologia, le persone incaricate di selezionarlo prendono in considerazione il numero di anni in cui è probabile che venga utilizzato" il 94% dei rispondenti si dichiarano d'accordo (o "fortemente" d'accordo)".* Parimenti significativo, secondo Siemens, il fatto che il 92% dei rispondenti (e il 90% dei rispondenti di matrice pubblica – 18 su 20) abbia confermato che la modalità contrattuale *full risk* è quella con cui solitamente avviene l'acquisto del macchinario contestualmente all'acquisto di servizi di manutenzione (domanda 16). Siemens sottolinea che con riguardo ai criteri che guidano l'acquisto (domande 18-20) "*la stragrande maggioranza dei rispondenti, sia pubblici, sia privati, conferma che ciò che conta non è solo il prezzo del macchinario, ma che invece le strutture sanitarie tengono in considerazione l'intero costo lifecycle del macchinario*". Infine, Siemens ritiene significative anche le risposte all'ultima domanda ove si chiede quali siano i criteri seguiti nell'acquisto di un dispositivo di DI ad alta tecnologia e da cui emerge che "*le opzioni maggiormente "gettonate" sono: - Caratteristiche tecniche del dispositivo (citate 49 volte); - Precedenti esperienze con il produttore del dispositivo (27 volte); - Il "bundle" complessivo (prezzo dispositivo e prezzo manutenzione) al momento della decisione di quale dispositivo acquistare (25 volte); - Prestazioni dei servizi di manutenzione, ad es. garantendo un elevato "up time" (25 volte*)"[381].

258. In merito al mercato dei servizi, secondo Siemens, anche qualora si volesse accettare una definizione "orizzontale" del mercato della manutenzione, limitata ai soli servizi di manutenzione dei dispositivi di diagnostica per immagini, il mercato coinciderebbe comunque con le gare *multivendor* e/o *global service* per servizi integrati, poiché la manutenzione dei dispositivi di

---

[379] Siemens ha indicato di aver "*condotto alla somministrazione a 62 istituzioni sanitarie pubbliche e private un articolato questionario sul tema dei costi di manutenzione";* cfr. doc. VIII.1226 Allegato Memoria Economica pag. 26. Anche Allegati alla memoria economica sondaggio IPSOS.

[380] Cfr. doc. VIII.1226 Allegato Memoria Economica, pag. 27.

[381] Cfr. doc. VIII.1226 Allegato memoria economica pag. 26 e ss.

diagnostica per immagini è un servizio richiesto congiuntamente alla manutenzione su altri dispositivi medici e su un insieme più ampio di servizi[382].

259. Con riferimento alla possibilità dei manutentori terzi di operare in concorrenza con gli OEM nel mercato della manutenzione, Siemens ha svolto le seguenti argomentazioni.

In primo luogo, Siemens contesta la possibilità di configurare un obbligo in capo al produttore di concedere l'accesso degli ISO ad ogni risultato del processo di ricerca e sviluppo, poiché contrario alla tutela degli incentivi all'innovazione. Gli ISO, Althea in particolare, anche ad esito del processo di consolidamento avvenuto negli ultimi anni, sarebbero operatori di dimensioni e capacità finanziarie tali da consentire investimenti in attività di ricerca e sviluppo, di *training* per il personale incaricato delle attività di manutenzione o per il miglioramento della qualità dei servizi per soddisfare gli *standard* richiesti dalle strutture sanitarie.

Al contrario, secondo Siemens, gli ISO opterebbero per un modello di *business* basato sull'offerta di servizi di manutenzione di apparecchiature a bassa complessità tecnologica, con particolare attenzione al contenimento dei costi in luogo della qualità dei servizi resi, che si tradurrebbe in interventi tecnici a volte caratterizzati da scarsa professionalità[383]. Secondo Siemens, sarebbe questa la ragione della scarsa fiducia riposta dalle stazioni appaltanti nelle capacità degli ISO, riflessa nei requisiti imposti dai bandi di gara.

260. La società ha analizzato 26 gare pubbliche per servizi di manutenzione di dispositivi bandite nel triennio 2015-2018, di cui 18 comprensive anche dell'affidamento di apparecchiature ad alta tecnologia, e osservato la partecipazione di un numero elevato di imprese: la richiesta di servizi di manutenzione su dispositivi ad alta tecnologia non ha pertanto rappresentato un ostacolo alla partecipazione e all'aggiudicazione delle gare da parte degli ISO[384].

Allo stesso modo, la consulenza economica prodotta da Siemens analizza ulteriori 64 procedure *multivendor* per l'affidamento del servizio di manutenzione, corrispondenti a 116 lotti, bandite tra il 2013 e il 2018. Nella maggioranza dei casi le procedure ricomprenderebbero anche dispositivi diversi da quelli di diagnostica per immagini. Su 62 lotti aggiudicati, 48 sono stati vinti da ISO[385].

261. Siemens ha sottolineato che le differenti modalità di offerta e di gestione dei servizi di manutenzione discendono dalla circostanza che il servizio sia "contrattualizzato" (c.d. "*maintenance agreement*" e "*shared service agreement*") o meno ("*on call*"): il trattamento delle richieste di manutenzione o fornitura di parti di ricambio provenienti dalla clientela differisce proprio in considerazione dell'esistenza di un contratto, mentre è indipendente dal soggetto richiedente (una ISO ovvero un cliente finale). Secondo le *policy* del gruppo Siemens, le richieste delle ISO sono

---

[382] Cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens) e doc. VIII.881 (memoria economica Siemens).
Siemens osserva che il ricorso alle gare per l'affidamento dei servizi di manutenzione è meno frequente rispetto al mercato primario in ragione dell'ampio ricorso da parte delle stazioni appaltanti alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, almeno fino all'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti e dell'adozione delle linee guida ANAC n. 8 (ottobre 2017) e dei chiarimenti sul tema di fine marzo 2018.
Siemens rileva, inoltre, che è possibile, lato domanda, effettuare una distinzione tra clienti pubblici e clienti privati, in ragione del fatto che mentre tra i primi si sta affermando un modello di affidamento di tipo global service attraverso procedure di gara, i secondi tendono a siglare contratti di manutenzione post-garanzia più mirati e principalmente per affidamento diretto.

[383] Cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens).

[384] Cfr. doc. VIII. 622 (memoria infra procedimentale Siemens), pag. 16.

[385] Cfr. doc. VIII.881 (memoria economica), pag. 37.

gestite in condizioni di parità di trattamento rispetto ai clienti finali[386]. In particolare, nella fornitura dei pezzi di ricambio, si riconosce priorità alle richieste provenienti nell'ambito di servizi contrattualizzati rispetto a quelli a chiamata, mentre non sussiste alcuna differenziazione in base alla natura del richiedente[387].

262. In via residuale, in merito alla eventuale presenza di una posizione dominante di Siemens nell'offerta dei servizi di manutenzione su apparecchiature a marchio proprio, secondo la società i servizi di manutenzione possono essere offerti indistintamente su tutti i dispositivi installati e il mercato "aggredibile" da parte dei vari operatori – come dimostra l'attività degli ISO e la loro crescita – corrisponde all'intero parco installato e non alle sole apparecchiature a marchio Siemens, che ne rappresentano solo una quota limitata.

Ad ogni modo, Siemens ha stimato il tasso di *retention* sulle proprie apparecchiature, quale indicatore del potere della società nell'erogazione dei relativi servizi di manutenzione. La percentuale di macchinari installati (fuori dal periodo di garanzia) sui quali Siemens vanta un contratto di manutenzione sarebbe solo pari al *[30-35]*%, includendo nel calcolo tutte le apparecchiature di diagnostica[388].

B. Siemens: Sulle presunte condotte anticoncorrenziali

263. Venendo ai comportamenti anticoncorrenziali contestati nel provvedimento di avvio, Siemens sostiene che non troverebbero riscontro nella realtà dei fatti. In primo luogo, con riferimento alle *policy* interne, Siemens afferma che "*la strategia dell'impresa dominante eventualmente illustrata in documenti interni non è di per sé idonea a dimostrare l'esistenza di una violazione dell'art. 102 TFUE, potendo al massimo essere utilizzata per aiutare a collocare ed interpretare le pratiche abusive effettivamente perpetrate e dimostrate nel loro contesto*"[389] e, conseguentemente, nega di aver posto in essere una strategia di rifiuto sia con riferimento ai *service software* di classe minima sia con riferimento alle parti di ricambio[390].

264. Secondo Siemens l'accesso da parte dei terzi al *service software* fino all'attuale livello 3 (corrispondente all'attuale "*Basic service SW-AIAT*") consente di portare a compimento tutte le fasi dell'AIAT (*i.e. Assembling, Installation, Adjustment and Testing*) ed è il solo "*necessario per poter*

---

386 Siemens cita il doc. III.92 e i doc. III.43 e III.87. Cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens), pag. 23 e 24.

387 Cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens). Con specifico riguardo alla gara indetta dalla ARS Liguria (attuale Alisa), a cui Siemens Italia ha partecipato in ATI con GE Medical System Italia S.p.A. limitatamente ai lotti n. 2 e 3, Siemens Italia ha osservato che in ragione della "*elevata complessità e specificità manutentiva*" "*il supporto dei produttori dei dispositivi installati era fondamentale*" al fine di garantire gli "*standard di qualità dei servizi richiesti*" per le stesse, che Siemens Italia non sarebbe stata autonomamente in grado di assicurare i servizi messi a gara "*su un elevato numero di macchinari/tecnologie*" e che l'unica possibilità per Siemens Italia di partecipare alla gara era costituire un'ATI (in caso si partecipazione individuale Siemens Italia avrebbe dovuto subappaltare il servizio per una quota superiore al 30% e non compatibile con la disciplina di cui al d.lgs. n. 163/2006) (pag. 14 e seg.). L'ATI Siemens Italia/GE è risultata poi aggiudicataria di entrambi e lotti. Siemens Italia osserva inoltre di avere prontamente risposto alla richiesta di Higea e EBM (membri di un ATI concorrente per il lotto n. 2) in merito al supporto tecnico per garantire la manutenzione "*con il supporto del produttore*", mostrando la propria disponibilità, e che è da attribuirsi a Higea la tardività della richiesta rispetto alla tempistica di presentazione delle offerte in sede gara; Secondo Siemens Higea è riuscita ugualmente a partecipare ottenendo peraltro un ottimo risultato in sede di offerta tecnica (pag. 17 e 18).

388 Cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens) pag. 7 e VIII.881 (memoria economica) pag. 68.

389 Cfr. Memoria finale Siemens doc. VIII.1226 p. 57 e 106 e ss.

390 Cfr. Memoria finale Siemens doc. VIII.1226 p. 64 e ss. anche con riferimento all'erronea qualificazione come rifiuto dei casi Estar e della vicenda della contrattazione con Althea del 2019.

svolgere il servizio di manutenzione del dispositivo"[391]. Livelli superiori al terzo, sono orientati all'ottenimento di *standard* qualitativi maggiori, sono il frutto degli investimenti compiuti da Siemens e ne differenziano sul mercato il servizio manutentivo[392]. Tali livelli di accesso non sono commercializzati da Siemens e sono utilizzati esclusivamente dal suo personale[393].

265. Siemens sostiene che nel caso in esame non sussistano le condizioni individuate dalla giurisprudenza per qualificare la mancata concessione in licenza dei *service software* come rifiuto a contrarre, ovvero che essa riguardi un prodotto essenziale per l'esercizio di una attività e impedisca l'emersione di un nuovo prodotto, eliminando completamente la concorrenza nel mercato a valle/connesso. In particolare: *i)* Siemens concede l'accesso a quanto è necessario per il servizio di manutenzione; *ii)* l'accesso alle funzioni avanzate non è funzionale all'emersione di un nuovo prodotto quanto piuttosto alla duplicazione del servizio offerto da Siemens grazie agli "*ingenti investimenti sostenuti*"; *iii)* il mancato accesso non elimina la concorrenza nel mercato a valle, come dimostrato dai dati di partecipazione e aggiudicazione delle gare[394].

266. Siemens, nel citare in particolare il *test* di indispensabilità sviluppato nel caso Bronner e confermato nel caso IMS, sottolinea come a suo avviso la giurisprudenza comunitaria colleghi "*la condizione di indispensabilità da un lato all'assenza di sostituti e dall'altro all'impossibilità per i concorrenti di replicare il bene negato a costi sostenibili*" e sostiene altresì che "*non si rinviene nel caso di specie, a maggior ragione se si ricorda che la giurisprudenza comunitaria ha escluso che possa sussistere un abuso quando non venga comunque del tutto impedita la concorrenza sul mercato a valle*"[395]. Ad avviso di Siemens "*la giurisprudenza ha chiarito da tempo che l'esistenza*

---

[391] Siemens ha indicato che "*Nel contesto di un continuo processo di sviluppo dei livelli dei Service Software operato da Siemens con il fine di permettere alle apparecchiature di beneficiare di una manutenzione più veloce ed efficace sulla base delle finzioni nuove e migliorate dei Service Software, questi sono stati sostanzialmente modificati e ridefiniti nel 2015": fino al 2015 i livelli di Service Software erano infatti strutturati in "livelli di servizio" [...] e la struttura attualmente in uso [...] non è stata tecnicamente modificata [...] piuttosto sono state assegnate delle nuove denominazioni ai livelli di accesso, che sono stati ricombinati tra loro per una migliore comprensione ed utilizzo da parte degli utenti".* Siemens richiama il doc. III.43 in cui sono individuate le funzionalità dei diversi livelli di accesso (secondo la vecchia articolazione e denominazione) e la loro accessibilità ai terzi attraverso la concessione di diritti d'uso da parte di Siemens: I livelli I e 2 di accesso (seguendo la vecchia denominazione) consentono di svolgere attività di controllo qualità e sicurezza quotidiane che possono essere eseguite dal cliente direttamente; l'accesso al livello 3 è quello necessario per poter svolgere il servizio di manutenzione del dispositivo; i primi livelli di accesso consentono, pertanto, di portare a compimento tutte le diverse fasi dell'AlAT (i.e., Assembling, Installation, Adjustment and Testing). Gli ulteriori livelli di accesso non sono commercializzati da Siemens e sono riservati esclusivamente al suo personale, con l'unica eccezione del livello 5 che permette di eseguire funzioni tecnicamente non necessarie per il servizio di manutenzione (come ad esempio le attività di *troubleshooting*), ma che sono soltanto a supporto di questo per un più celere espletamento del servizio. Il livello 5 viene infatti concesso in licenza da Siemens nel caso in cui il servizio di manutenzione viene svolto da Siemens a seguito della conclusione di un contratto di Shared Service con un cliente che consente a Siemens di condividere con quest'ultimo alcune attività di manutenzione con conseguente risparmio di costi. In altri termini, l'attuale livello "Basic Service SW— AIAT' di Siemens include tutte le funzioni tecnicamente e oggettivamente necessarie per eseguire la manutenzione delle apparecchiature attualmente commercializzate e supportate da Siemens (inclusi la combinazione delle parti/componenti, i controlli e le impostazioni di sicurezza, la sostituzione di parti originali, la verifica e il corretto assemblaggio delle parti e la verifica, attraverso specifiche procedure, del rispetto delle specifiche tecniche rilevanti). (Siemens richiama al riguardo anche il doc. III.122: "[omissis]". Cfr. doc. VIII. 622 (memoria infra procedimentale Siemens), pag. 29 e seg.

[392] Cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens) e doc. VIII.960 (verbale audizione tecnica Siemens). Cfr. anche memoria finale, doc. VIII.1124, p. 134 e ss.

[393] Con la sola eccezione del livello 5, che è concesso in licenza da Siemens ai clienti nell'ambito dei nei contratti di *Shared Service*.

[394] Cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens). Cfr. anche doc. VIII.881 e VIII.883 (memoria economica Siemens) e VIII.845 (verbale audizione Siemens) nonché memoria finale doc. VIII.1124.

[395] Cfr. doc. VIII.1226 pag. 96.

di soluzioni alternative per l'offerta di un servizio esclude l'essenzialità dei mezzi detenuti dall'impresa in posizione dominante anche se tali soluzioni alternative sono meno vantaggiose per il cliente finale"[396].

In merito, in particolare, all'indispensabilità delle funzionalità dei *service software* che Siemens riserva a sé stessa, incluse nei Livelli Advanced e Expert, Siemens ritiene che l'analisi effettuata "*non può ritenersi sufficiente a provare l'essenzialità di tutte le funzioni accessibili a Siemens*". In ogni caso ritiene, ad esempio, con riguardo all'attività di ricerca dei guasti, che "*non vi sono ostacoli per gli ISO a mettere in piedi, al pari di Siemens, un data base che definisca possibili corrispondenze tra eventi e guasti sulla base della loro esperienza e del loro know how*". La società evidenzia, altresì, che talune delle funzioni che si riserva siano utilizzate allo scopo di offrire al cliente un servizio supplementare di manutenzione predittivo e non possano essere definite quale attività di manutenzione necessaria o che rientrano in quelle tipiche della manutenzione e, comunque, a suo avviso, del tutto replicabili da parte di un terzo. Anche con riguardo ad altri *service software* per i *test* Siemens ritiene che l'"*utilizzo di questi strumenti nelle attività di manutenzione correttiva ha* […] [omissis]" tra le altre della propria esperienza[397].

267. Siemens ha anche affermato che i prezzi di acquisto delle licenze, dei *service software* il cui accesso è disciplinato dalle *policy* interne, sono *fair* e *reasonable* e variano esclusivamente in funzione della durata e che fino al 18 maggio 2018 non risultava essere pervenuta a Siemens Italia alcuna richiesta di concessione di licenze "*Basic*" da parte di terzi manutentori in Italia[398]. Siemens ha inoltre ribadito più volte di "*non aver avuto mai alcun problema a concludere accordi quadro allorché le è stato richiesto. Ad esempio in Germania sono stati conclusi accordi quadro per la licenza dei Service Software con ben 7 ISO*"[399] Siemens ha poi precisato di aver ritenuto necessario migliorare il sistema di protezione delle *Service keys* in quanto, nel corso degli anni, le stesse sono state verosimilmente utilizzate illegalmente consentendo accessi abusivi dei terzi ai *Service software*[400].

268. Con riguardo all'accesso alle parti di ricambio originali, Siemens sostiene che non si tratti di *input* essenziali alla prestazione del servizio di manutenzione: dai documenti a fascicolo[401] emergerebbe la possibilità per gli ISO di ricorrere a canali alternativi (ricambi usati ricondizionati) e che la documentazione di gara spesso ammette l'impiego di ricambi non originali, se dichiarati compatibili con questi ultimi, nel rispetto delle normative applicabili.

---

396 Cfr. doc. VIII.1226 pag. 148.

397 Cfr. doc. VIII.1226 pag. 133 e ss.

398 Siemens cita il doc. III.138 ("*Do they* [MESA] *buy software service keys? Never bought software service keys from us.*") e doc. III.124 ("*per nessuno dei sistemi che non abbiamo più in contratto mi pare sia giunta* [dagli ISO] *alcuna richiesta di fornitura di licenze per l'uso del software di service*").

399 Cfr. Memoria Finale VIII.1124, p. 151.

400 Cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens).

401 Siemens richiama il doc. I.2 ("*Spare partes can also be obtained via independent parts distributors"*), doc. III.59 (gli ISO "*utilizzano parti di ricambio (per lo più usate) a basso costo*", "*accedono e alimentano il mercato parallelo delle parti di ricambio*" e "*riparano e rigenerano le parti di ricambio (sonde e tubi)*"), V.343 e V.362.

269. Siemens afferma, ad ogni modo, che le rare richieste di parti di ricambio ricevute da parte di Althea sono state evase senza alcun ritardo e senza frapporre ostacoli[402]. I limitati casi in cui Siemens ha rifiutato la fornitura sono discesi da impedimenti oggettivi, ad esempio dalla vetustà dell'apparecchiatura[403]. Le uniche differenze di trattamento applicate da Siemens a fronte di una richiesta di fornitura di una parte di ricambio sono da ricondursi alla presenza o meno di un contratto specifico con Siemens[404]. Siemens peraltro nega che sussista "*alcuna volontà di Siemens di negare alle ISO la possibilità di accedere alle parti di ricambio con contratti di durata*"[405] e, più in generale, afferma che il Gruppo Siemens dispone di una struttura logistica particolarmente efficiente che "*svolge le proprie funzioni con efficienza indiscriminata in favore di tutti i clienti, realtà dimostrata dalla circostanza che negli ordini di parti di ricambio inviati da Siemens Italia alla Casa Madre non è indicato il soggetto che ha effettuato l'ordine (i.e. il soggetto che effettua il pagamento) ma solo il destinatario della stessa parte*"[406].

270. Quanto alla messa a disposizione dei terzi delle informazioni tecniche sui dispositivi, Siemens ha sostenuto che (come anche indicato nelle proprie Linee Guida[407]) tali informazioni sono disponibili a tutti i terzi interessati grazie a un *link* sul proprio sito *web* che dà accesso ad una libreria contenente "*tutte le informazioni utili – addizionali rispetto a quelle già contenute nei manuali che vengono consegnati al momento dell'acquisto di un apparecchio – per lo svolgimento dei servizi di manutenzione*". In merito agli strumenti o "*tools*" per la manutenzione (di cui anche al doc. III.92), Siemens ha precisato che si tratta di strumenti non prodotti dalla società, che a sua volta li acquista da soggetti terzi[408].

IV.5.2 La posizione delle società del gruppo Philips

A. Philips: Sui mercati rilevanti, la concorrenza e la posizione dominante

271. Nelle sue ultime memorie[409], Philips contesta la definizione dei mercati rilevanti e la propria dominanza. Con riguardo al mercato a monte, indica che una segmentazione del mercato per dispositivo avrebbe esibito quote di mercato con una variabilità – ed eterogeneità – più significativa

---

402 Siemens richiama il doc. III.79, nonché i doc. III.124 ("*non abbiamo ricevuto richiesta di ricambi salvo qualche tubo Stratton*") e III.138 ("*we have never been asked for a part from MESA*"). Alcuni documenti raccolti in ispezione – che potrebbero essere male interpretati – devono poi secondo Siemens essere contestualizzati all'interno del processo di gestione della singola richiesta ricevuta (si tratta dei doc. III.61, III.62 o delle specifiche relazioni contrattuali (doc. III.41, III.43, III.59, III.82 e III.92 e doc. III.64, III.66 e III.67).

403 Cfr. doc. III.81.

404 Cfr. doc. VIII. 622 (memoria infra procedimentale Siemens).

405 Cfr. memoria finale Siemens, doc. VIII.1226, p. 83.

406 Cfr. memoria finale Siemens, doc. VIII.1226, p. 85.

407 Cfr. doc. III.43 ("*If documentation is requested by an OEM/ISO, please note that a technical document library has been set up in the Internet for such requests. Documents don't have to be provided manually anymore. The documents listed in the documentation library are approved by headquarter. Documentation beyond the scope as provided in database will not be provided to OEMs and ISOs. The link which can be provided to OEMs/ISOs is http://www.healtcare.siemens.com/cs-doclib*". Siemens ha anche precisato che il "*Blue service handbook*" è invece un manuale interno che non ha niente a che vedere con i servizi di manutenzione delle apparecchiature. Cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens), pag. 43.

408 Cfr. doc. VIII.622 (memoria infra procedimentale Siemens), pag. 42. Cfr. anche doc. VIII.845 (verbale audizione Siemens).

409 Cfr. doc. VIII.1223.

tra fabbricanti[410]. Quanto all'aftermarket identificato nella CRI (*aftermarket* per marchio), Philips ritiene che i servizi di manutenzione farebbero parte di un mercato più ampio, un insieme costituito da dispositivi DI e relativa manutenzione (o, eventualmente, diversi "*system markets*" per le varie classi di dispositivi *high-tech* DI)[411].

In ogni caso, indipendentemente dalla definizione di mercato, Philips ritiene di essere soggetta a forti vincoli concorrenziali nella vendita dei suoi Dispositivi DI[412]. Ad avviso di Philips occorre "*considerare che gli OEM, sebbene non offrano l'intera gamma di Dispositivi DI, costituiscono un vincolo competitivo sia individualmente, in relazione a ciascuna categoria di Dispositivo DI, sia in modo aggregato, sul presunto mercato complessivo degli "high-end"* (enfasi presente)[413]. Ad avviso di Philips, anche una struttura di mercato oligopolistica non esclude, di per sé, che si realizzi una competizione nella fornitura di dispositivi DI, che consiste in un *bidding market* contendibile e orientato all'innovazione.

272. Philips sostiene, inoltre, che sussistano diversi fattori a supporto dell'esistenza di una forte interrelazione tra il mercato primario e secondario (il *system market*) e che l'incertezza sui tempi di vita dei dispositivi non impedisce ai consumatori di acquistare congiuntamente (in un "*bundle*") i dispositivi di diagnostica per immagini (*i.e.* dispositivi DI) e il relativo *consumer service* (*i.e.* CS) per i primi anni di utilizzo, lasciando solo il CS per i dispositivi più vecchi come un mercato potenzialmente distinto. La circostanza che i costi del CS sono semplicemente troppo rilevanti per essere ignorati dagli ospedali, sarebbe confermata dalle evidenze dirette che emergono dal sondaggio IPSOS, commissionato con lo scopo di "testare" l'esistenza di interrelazione tra mercato primario e secondario[414]. In particolare, secondo Philips i risultati del sondaggio dimostrerebbero che "*I servizi*

---

410 Philips indica che "*Ad esempio, nel periodo 2013-2017, la quota di vendita di Philips per CT/PET/SPECT è stata del 17% e sempre inferiore al 30%, mentre quella di General Electric ("GE") e Siemens è stata costantemente nel range 25-40%; al contrario, le quote di Philips in RM e ANG sono state in media del 39% (range 23-55%) nello stesso periodo, mentre quelle di GE sono rimaste nel range 15-30% e quelle di Siemens hanno mostrato variazioni molto più elevate (come discusso nella sezione 5.3).";* cfr. VIII.1223, Memoria economica di Philips pag. 12 e ss..

411 Philips indica che "*la quota di Philips sul mercato primario del DI è relativamente modesta, pari a circa il 25%-26%, ed in diminuzione negli ultimi due anni. Ma si noti bene che la quota aggregata di Philips nel high-tech DI maschera una variabilità molto maggiore delle quota di vendita di diversi tipi di macchinari high-tech DI, il che è completamente tipico di mercati per la vendita di dispositivi ad alta tecnologia altamente differenziati, in cui le posizioni di vantaggio rispettivo si avvicendano tra fornitori riflettendo il lancio di prodotti nuovi e lo sforzo di R&D";* cfr. All. 1 Relazione economica CRA pag. 10.

412 Philips precisa che dal punto vista "*puramente economico (ovvero lasciando da parte aspetti legali e procedurali), non è particolarmente importante se i "full effects" sono considerati nella fase di definizione del mercato o successivamente* [i.e. nell'analisi della posizione dominante] *purché siano considerati propriamente*" [....] *questa "arena competitiva" comprende "l'insieme dei prodotti (e aree geografiche) che impongono un vincolo competitivo l'uno rispetto all'altro", senza escludere a priori nessun tipo di vincolo competitivo – e quindi senza escludere quelli dovuti ai "potenziali nuovi futuri acquirenti del prodotto primario";* cfr. doc. VIII.1223 memoria CRA pag. 10 e ss.

413 Cfr. doc. VIII.1223, pag. 38. Peraltro, Philips indica che "*alcuni OEM operano sul mercato quali produttori "specializzati" per specifiche tipologie di Dispositivi DI (ad esempio, Varian ed Electra per gli acceleratori lineari)*". Philips non produce quote per questa tipologia di apparecchi. Peraltro, a supporto della tesi che il mercato a monte è molto concorrenziale anche Philips, come Siemens, cita il caso *GE/Amersham del 2004*.

414 Nella memoria economica CRA, elaborata per conto di Philips, nel dar conto dei risultati del sondaggio si riferisce che "*la grande maggioranza degli intervistati ha dichiarato che: (i) i servizi di manutenzione sono un fattore molto importante nel processo decisionale di acquisto del dispositivo DI; (ii) gli ospedali considerano i costi totali del ciclo vita quando acquistano dispositivi DI; e (iii) la reputazione degli OEM è un fattore importante durante le trattative. Pertanto, tutte le evidenze raccolte indicano che il mercato primario per la vendita di apparecchiature high-tech DI e il mercato secondario per la fornitura di servizi di manutenzione non devono essere considerati indipendentemente l'uno dall'altro";* cfr. doc. VIII.1223, memoria economica CRA, pag. 7 e pag. 23 e ss.

di manutenzione sono un fattore chiave nel processo decisionale di approvvigionamento […] *le strutture sanitarie considerano il costo totale della manutenzione per l'intero ciclo di vita dell'apparecchiatura quando acquistano i Dispositivi DI* […] *La reputazione degli OEM è un fattore importante durante le negoziazioni. I risultati del Sondaggio IPSOS mostrano che le strutture sanitarie private attribuiscono grande importanza alla reputazione degli OEM quando valutano le loro offerte dei prodotti primari*"[415].

273. Philips sostiene, altresì, che la competitività del mercato secondario non supporterebbe la sua dominanza[416]. Ad avviso di Philips la competitività del mercato primario limita il potere di mercato dell'OEM nel secondario. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, secondo Philips in presenza di un 'mercato dei sistemi' la miopia dei consumatori non è condizione necessaria affinché gli eventuali profitti 'eccessivi' del mercato secondario siano dissipati nel mercato primario, essendo sufficiente la concorrenza tra OEM nelle gare d'appalto primarie, che dipende dalla struttura del mercato primario, a sua volta dipendente in larga misura dalle informazioni che i partecipanti in quel mercato (OEM e acquirenti) hanno sui profitti degli OEM nel mercato secondario[417].

274. Dalla prima analisi economica prodotta da Philips[418] emergerebbe l'assenza di un potere significativo della società nel mercato dei servizi di manutenzione su apparecchiature di diagnostica per immagini inclusivi di tutti gli apparecchi ad alta e media-bassa tecnologia. Il *report* analizza, in primo luogo, l'evoluzione della posizione concorrenziale degli operatori attivi nella fornitura di servizi integrati di manutenzione *multivendor*. L'analisi prosegue con il commento di un *set* di gare per la vendita di apparecchiature di diagnostica per immagini, che evidenzierebbe la netta interdipendenza tra il mercato della vendita di tali apparecchiature e il mercato della manutenzione. Infine, l'indagine esamina il grado di concorrenza esistente nel mercato secondario della manutenzione e in quello primario delle apparecchiature.

275. Sulla base dell'analisi condotta e sulla scorta della giurisprudenza delineata dalle corti europee (il c.d. test EFIM), Philips conclude che non sia possibile individuare una posizione dominante della società in nessuna delle possibili configurazioni del mercato dei servizi di assistenza e manutenzione per dispositivi di diagnostica per immagini in Italia, in particolare in ragione dei fattori di seguito delineati.

---

415 Cfr. doc. VIII.1223 pag. 63 e ss.

416 Secondo PHILIPS "*le strutture sanitarie hanno optato per modalità alternative di approvvigionamento di dispositivi DI e CS ad alta tecnologia (ad esempio, managed equipment services ("MES"), multivendor services ("MVS") o contratti di leasing) creando così ancora più pressione competitiva sugli OEM nel mercato secondario*".

417 Philips sostiene che "*che siano i concorrenti sul mercato primario ad avere stime (anche imprecise, purché senza bias significativi) dei profitti del mercato secondario, poiché in tal caso gli OEM considererebbero questi profitti (attesi) quando partecipano alle gare d'appalto sul mercato primario – ed è quindi la concorrenza nel mercato primario che li trasferisce ai consumatori* […] *In altre parole, il cosiddetto "test EFIM" (discusso nella sezione 2.2) identifica la consapevolezza dei consumatori sui costi del ciclo di vita come condizione sufficiente per l'esistenza di un mercato dei sistemi, ma non come una condizione necessaria* [rileva al riguardo che] *La misura in cui i profitti secondari vengono dissipati nelle gare d'appalto primarie è difficile da quantificare con esattezza poiché dipende, tra l'altro, dalla conoscenza che gli OEM hanno dei profitti secondari dei loro rivali al momento della gara primaria, e da potenziali asimmetrie tra queste aspettative di profitto*"; cfr. doc. VIII. Memoria economica CRA, pag. 14 e ss.

418 Cfr. coc. VIII.765 (versione in italiano della memoria economica VIII.756). L'analisi è sviluppata considerando tutti i dispositivi di diagnostica per immagini (ivi inclusi tra l'altro gli apparecchi ad ultrasuoni (US) e a raggi-x (XR, esclusi quelli mobili e telecomandati), oltreché i tomografi computerizzati (TC), la risonanza magnetica (RM, escluse quelle a basso campo), la radiografia digitale (RD) e le AMI PET e AMI SPEC.

a. La forte espansione della domanda di servizi integrati multimarca ("MVS/MES")

276. La domanda espressa dalle strutture sanitarie è mutata nel tempo, a causa delle necessità di contenimento della spesa pubblica[419], che hanno favorito il ricorso ad appalti centralizzati e l'utilizzo di fornitori esterni per parte del fabbisogno di assistenza. A tale evoluzione della domanda è corrisposta una riduzione della manutenzione monomarca e, quindi, del fatturato degli OEM come Philips[420] e la corrispondente crescita degli ISO, specializzati nell'erogazione di tali servizi integrati [421].

b. L'interconnessione tra mercato primario della vendita dei dispositivi di diagnostica per immagini e quello secondario dei servizi post-vendita

277. Esisterebbe una elevata interdipendenza tra le scelte di acquisto di dispositivi e relativa manutenzione, tale da giustificare la definizione di un unico "*system market*"[422]. Tale conclusione sarebbe corroborata dai dati prodotti da Philips relativi alle gare d'appalto per l'acquisto dei dispositivi[423], che mostrerebbero la lungimiranza delle stazioni appaltanti circa i costi della manutenzione futura del dispositivo dal momento che le strutture sanitarie:

---

[419] Philips osserva che il modello tradizionale di fornitura delle apparecchiature di diagnostica per immagini era caratterizzato dall'acquisto dei dispositivi da un OEM sul mercato primario, a cui si aggiungeva un contratto pluriennale di assistenza monomarca con lo stesso OEM e che tale prassi è cambiata dal 2009 in avanti, con l'acquisto da parte degli ospedali di "servizi integrati", che comprendono un insieme ampio di attività non limitato alla sola manutenzione e riparazione delle macchine; un fattore che ha a questo è stata la contrazione dei bilanci ospedalieri e l'aumento dalle gare centralizzate che hanno raggruppato diversi servizi. Come risultato, si è osservata, secondo Philips, una forte espansione dei fornitori di servizi MVS in Italia, come ad esempio Althea, Hospital Consulting e Tecnologie Sanitarie (Philips ha stimato la quota di mercato nel segmento MVS di tali operatori, a dati 2016, come nell'ordine, rispettivamente, del 55%, 12% e 15%). L'unico OEM ad avere investito in servizi integrati fin dall'inizio è GE, mentre Philips e Siemens sono rimasti indietro rispetto a questo mercato. Secondo Philips, inoltre, la crescente importanza degli operatori MVS si è riflessa anche nella loro capacità di ottenere condizioni contrattuali sempre più favorevoli nei contratti in subappalto dati a OEMs come Philips; cfr. doc. VIII.765, pag. 10 e 11.

[420] Philips osserva come le elaborazioni svolte sui propri bilanci evidenzino un a tendenza negativa nella prestazione dei servizi di assistenza post-vendita, sia in termini assoluti, sia in termini relativi rispetto ai ricavi del mercato primario; il rapporto tra *aftermarket* e mercato primario è infatti sceso dal 104% del 2012 all'84% del 2017, con un calo del 20%. In termini assoluti, ciò si traduce in un calo di €13mln (in termini nominali) dei ricavi nel "*customer service*". I ricavi complessivi del settore medicale sono rimasti relativamente stabili nel tempo, poiché l'andamento negativo dell'*aftermarket* è stato quasi interamente compensato dall'incremento dei ricavi nel mercato primario (€10mln tra il 2012 e il 2017) mostrando quindi che la interrelazione tra mercato primario e secondario è rimasta forte in questo periodo. Cfr. doc. VIII.765, pag. 35.

[421] Philips sostiene che la prima evidenza della crescente importanza del ruolo degli operatori di MVS è l'aumento del numero di subappalti che Philips ottiene attraverso i TPM (*Third Party Maintenance Provider*). Sebbene *[omissis]* dei contratti di Philips sia ancora gestita direttamente, la quota dei subappalti è *[omissis]* negli ultimi quattro anni, passando dal *[omissis]*% al *[omissis]*%. La crescita dei TPM che offrono servizi integrati è inoltre, secondo Philips, visibile nel forte aumento dei loro ricavi nel tempo. Philips ci ha fornito dati per il periodo 2005-15 su quattro grandi operatori MVS: Tecnologie Sanitarie (TS), Higèa (ora parte di Althea), Hospital Consulting (HC) ed Elettronica Biomedicale (EBM, ora parte di Althea); cfr. doc. VIII.765, pag. 32, e seg.

[422] Philips argomenta al riguardo che se i clienti sono sufficientemente "consapevoli", "razionali" e "sofisticati" in merito all'esistenza di un "legame" tra il prezzo di acquisto iniziale del bene durevole e gli acquisti "futuri" di pezzi di ricambio e servizi, possono tener conto del costo degli acquisti "secondari" nella loro decisione di acquisto "primaria" e che, in questo caso, il "mercato rilevante" potrebbe essere il "sistema" tra apparecchiature, servizi e parti acquistate successivamente. D'altro canto, secondo Philips, il cliente può anche essere sufficientemente "miope" da non tener conto di questo legame (nel qual caso deciderà quale bene durevole acquistare sulla base esclusivamente del prezzo e della qualità dello stesso, per poi, una volta acquistato il bene, pensare solo in un secondo momento alle proprie esigenze future), anche se i due mercati potrebbero comunque rimanere connessi, dato che la competizione nel primario potrebbe eliminare qualsiasi profitto nel secondario attraverso il "*waterbed*" (i.e., "*feedback*") *effect*. Philips rileva che queste considerazioni sarebbero il nucleo del cd "*test EFIM*" - adottato dalla Commissione Europea; cfr. doc. VIII.765, pag. 12.

[423] Philips ha utilizzato i dati di 290 gare d'appalto nel mercato primario dei dispositivi per immagini alle quali ha partecipato nel periodo 2013-2020 (l'unità di osservazione è costituita dal singolo "lotto"). I dati si riferiscono anche a bandi per

a. chiedono agli OEM la quotazione di tale servizio, ad un prezzo vincolante per questi ultimi ma mantenendo la facoltà di acquistare o meno la manutenzione allo scadere della garanzia;
b. inseriscono il prezzo e/o la qualità del servizio di manutenzione nella formula di valutazione dell'offerta[424], che quindi influisce sulla scelta di acquisto del dispositivo;
c. acquisiscono congiuntamente al dispositivo anche servizi di manutenzione per il periodo successivo alla garanzia;
d. sono consapevoli che i costi del servizio di manutenzione lungo il ciclo di vita del dispositivo superano quelli di acquisto dello stesso e quindi sono "*troppo elevati per essere ignorati*" al momento dell'acquisto del bene primario;
e. percepiscono i servizi di manutenzione come servizi essenziali per erogare prestazioni mediche di livello. Il c.d. tempo di *up time*, ovvero il tempo di effettivo utilizzo del dispositivo, è un indicatore chiave della *performance* ospedaliera. Le strutture sanitarie valutano consapevolmente l'importanza di una corretta ed efficace manutenzione.

c. Il grado di concorrenza che si esplica nel mercato secondario.

278. Philips deterrebbe una quota di mercato relativamente modesta (inferiore al 20% nel 2017) in un ipotetico "*mercato dei servizi di assistenza post-vendita su tutti i dispositivi di diagnostica per immagini*". Anche limitandosi a considerare i servizi di manutenzione per i soli dispositivi a marchio Philips, meno del *[omissis]*% degli apparecchi Philips installati in Italia non ricevono servizi post-vendita da parte di Philips, a conferma della possibilità per altri operatori di offrire servizi equivalenti sui dispositivi a marchio Philips[425].
279. Philips analizza, infatti, il c.d. tasso di "*re-capture*", definito come la percentuale della base installata di dispositivi per immagini a proprio marchio per la quale Philips fornisce servizi di assistenza post-vendita *full risk* (a livello disaggregato di singolo dispositivo tra il 2015 e il 2017). La parte assume tale indicatore quale *proxy* del grado di "indispensabilità" di Philips nella fornitura di servizi di manutenzione sui propri dispositivi[426]: i dati si mostrano eterogenei tra i diversi dispositivi per immagini in base al differente grado di complessità tecnologica, evidenziando in particolare, la maggiore presenza di *player* come Althea nella manutenzione di apparecchi a bassa tecnologia o più diffuse. Secondo Philips, infatti, gli ISO sono riusciti ad affermarsi nelle attività di manutenzione dei dispositivi per i quali esiste una maggiore disponibilità di pezzi di ricambio da macchine usate (più economiche), un'ampia base di macchinari installati e una bassa complessità tecnologica.

---

l'acquisizione del dispositivo in noleggio o *leasing*. Al netto di tali formule, i lotti si riducono a 234. Si osservi che nella prima sottomissione di dati, Philips aveva analizzato 114 gare (periodo 2013-2018) riferite anche ad apparecchi a bassa tecnologia, che sono stati eliminati nel nuovo set presentato nelle memorie finali, in accoglimento di quanto contestato dagli Uffici nella CRI.; cfr. doc. VIII.1223 allegato memoria economica CRA, VIII.765, pag. 19, e seg.

424 In particolare, nella maggior parte delle gare d'appalto nel mercato primario, il prezzo del secondario influisce direttamente sulla valutazione della decisione d'acquisto sul mercato primario attraverso i punti di gara: gli ospedali attribuiscono solitamente una quota di punti gara ai servizi basati sul prezzo e/o la qualità dei servizi e, in alcuni casi, richiedono un periodo di garanzia più lungo che influisce sul prezzo primario o addirittura decidono di sottoscrivere entrambi i contratti (primario e secondario) congiuntamente.

425 Cfr. nota *supra* circa il fatto che l'analisi è svolta considerando anche i dispositivi US e XR. Cfr. doc. VIII.765, pag. 21 e seg.

426 Se, in via estrema, Philips fosse l'unico fornitore di *customer services* sulle sue macchine, si osserverebbe un tasso di "*re-capture*" del 100%.

Al contrario, i dispositivi più "complessi" hanno tassi di *re-capture* molto elevati e l'espansione dei *multi service* è stata più limitata: questa realtà riflette le differenze di *know how* tra fornitori, piuttosto che l'effetto della presunta condotta abusiva contestata alla società.

280. Philips richiama, infine, la pressione competitiva esercitata dai fornitori di servizi integrati, misurata in termini di: i) crescita della percentuale di contratti che Philips si vede "riaffidati" nell'ambito di contratti *multiservice*, rispetto alla percentuale di contratti diretti; ii) ricavi ottenuti dagli ISO, in aumento nel tempo, in base ai dati prodotti da Philips per il periodo 2005-2015; iii) andamento decrescente dei prezzi medi dei servizi di manutenzione prestati da Philips, che in termini nominali sarebbero scesi del *[omissis]*% tra il 2011 e il 2017[427].

d. Il mercato primario presenta condizioni concorrenziali428

281. La concorrenza accesa fra OEM nel mercato primario, secondo Philips, disciplina (indirettamente) il potere dei produttori nel mercato secondario: la quota di mercato di Philips nel mercato primario avrebbe oscillato tra il 20% e il 22% negli ultimi 3 anni, in diminuzione dal 24,1% del 2013[429]. Mentre le quote aggregate sono relativamente stabili, le vendite per singola classe di dispositivi mostrano una elevata variabilità da anno in anno, indice dell'esistenza di un elevato livello di concorrenza nel mercato degli appalti.

282. I fattori che hanno contribuito maggiormente all'aumento del grado di competizione fra OEM nel mercato primario sono individuati da Philips ne: i) il processo di *spending review* degli ospedali; ii) il ricorso a gare centralizzate; iii) la funzione di *reference price* assolta dal prezzo che emerge nelle procedure centralizzate nelle diverse gare individuali delle singole strutture sanitarie; iv) la concorrenza emersa da parte di nuovi attori di mercato, come Samsung, diversi dai 4 operatori storici (GE, Siemens, Philips e Toshiba).

283. Quanto alla possibilità per Philips di svolgere attività di manutenzione su dispositivi ad alta tecnologia di altri OEM, Philips ha indicato di operare sui dispositivi dei concorrenti sulla base di un livello di accesso paragonabile al "livello 0" dei dispositivi a marchio proprio – senza avere accesso o utilizzare chiavi di *service* e senza frequentare corsi di formazione dei fabbricanti – [430] e di effettuare la manutenzione su dispositivi di altre case produttrici avendo "*sviluppato competenze*"

---

427 Cfr. doc. VIII.765, pag. 43 (punto 95).

428 Philips identifica quattro fattori principali che hanno portato ad un aumento della concorrenza tra gli OEM: *i) Spending review* da parte degli ospedali pubblici in Italia (che rappresentano *[omissis]* dei clienti di Philips, circa il *[omissis]*%. Gli ospedali hanno indetto meno gare per DI e l'età media delle macchine installate in Italia è aumentata. Ciò ha portato ad una riduzione del valore del mercato primario e a una crescente pressione sugli OEM per mantenere i loro volumi di vendita; *ii)* Gare d'appalto regionali o nazionali aggregate ("centralizzazione degli acquisti"), iniziata intorno al 2014-2015 (DL n. 66/2014). Gare meno frequenti ma più grandi hanno creato economie di scala e aumentato il potere contrattuale degli acquirenti e hanno fatto sì che la concorrenza aumentasse tra gli OEM; *iii)* pressione indiretta sulle gare d'appalto minori dovuta ai "*prezzi di riferimento*" nelle gare d'appalto aggregate (effetto indiretto delle gare d'appalto aggregate sulle gare d'appalto più piccole); *iv)* altri competitors sono presenti sul mercato e sono in espansione: il mercato primario italiano dei dispositivi per immagini è stato caratterizzato come un'industria oligopolistica con quattro grandi operatori (GE, Siemens, Philips e Toshiba), la crescente espansione degli operatori minori esistenti e la concorrenza da parte di nuovi operatori potrebbe tuttavia erodere le quote di mercato degli operatori storici. Cfr. doc. VIII.765, pag. 40, punto 92.

429 Cfr. doc. VIII.765, pag. 36 (punto 86) e seg.

430 Per quanto riguarda la documentazione tecnica, Philips ha indicato di utilizzare la documentazione tecnica accessibile in loco (*i.e.* nei locali delle strutture sanitarie dove è installata l'apparecchiatura), nonché di quella resa pubblicamente accessibile dai produttori concorrenti, ad esempio sui loro siti internet e che, ad oggi, Philips in Italia non ha un contratto specifico in vigore con i produttori concorrenti per ottenere l'accesso alla loro documentazione tecnica. Cfr. doc. VIII.773 (risposta a richiesta di informazioni).

su sistemi di altre marche (ad esempio GE, Siemens o Toshiba e *software* (specifici ad ogni dispositivo e modello) per la manutenzione e l'accesso da remoto ai dispositivi di ditte concorrenti[431]. Philips ha d'altronde confermato che ad oggi i livelli di accesso su dispositivi dei concorrenti *[omissis]*[432].

284. Philips ha precisato, al riguardo, che l'offerta di servizi di manutenzione su dispositivi della concorrenza dipende dall'accesso alle parti di ricambio e dal momento del ciclo di vita del dispositivo, nonché dalla propensione del cliente a sostituire lo stesso. Non rappresenta una scelta razionale dal punto di vista economico quella di formare il personale tecnico per la manutenzione di un dispositivo della concorrenza, se questo è un prodotto suscettibile di essere sostituito a breve. In tali circostanze si può ritenere più opportuno eseguire parte della manutenzione e ricorre all'OEM per la restante parte oppure, come succede in Italia, procedere all'aggiudicazione e prestazione del servizio attraverso RTI, come in effetti accaduto nelle gare sull'alta tecnologia[433].

285. L'offerta da parte di Philips di servizi di manutenzione su un dispositivo della concorrenza dipende inoltre dalla natura del sistema e dalla complessità tecnologica del dispositivo.

La complessità tecnologica dei dispositivi di diagnostica per immagini varia molto da categoria a categoria, passando da sistemi sostanzialmente semplici, quali gli ultrasuoni, ad apparecchi molto avanzati come le RM, che si riflette nella relativa maggiore complessità manutentiva per gli apparecchi più sofisticati e negli strumenti più avanzati che devono essere impiegati, così da richiedere livelli di accesso più elevati[434].

286. In tale contesto il "livello" che viene reso accessibile dalle case produttrici incide sulla valutazione economica di ricorrere all'OEM[435].

B. Philips: Sulle presunte condotte anticoncorrenziali

287. Philips sostiene che i comportamenti anticoncorrenziali alla stessa contestati non trovino riscontro nella realtà dei fatti[436] e nella documentazione a fascicolo e nega che gli episodi contestati nella CRI possano costituire rifiuti ai sensi della disciplina *antitrust*[437].

288. In merito all'accesso agli "*input necessari per prestare servizi manutentivi*", Philips sostiene che "*tutto ciò che Philips è tenuta a fornire per legge è contenuto nel cosiddetto "user Level" (o livello utente) di Philips, disponibile per tutti i DI. Il livello utente consente l'accesso agli strumenti e alle funzioni necessarie per il funzionamento del dispositivo sui pazienti, al file log del dispositivo e ai controlli di base della qualità dell'immagine, nonché alle calibrazioni di routine definite e prescritte nelle Istruzioni d'Uso e nelle Istruzioni tecniche di riferimento. L'accesso al livello utente è fornito gratuitamente insieme al dispositivo*"[438]. Philips continua affermando che "*le informazioni di tipo AIAT ed eventuali informazioni aggiuntive sui servizi sono contenuti aggiuntivi che Philips*

---

431 Cfr. doc. VIII.795 (verbale audizione), pag. 9 e seg..
432 Cfr. doc. VIII.795 (verbale audizione), pag. 13.
433 Cfr. doc. VIII.795 (verbale audizione), pag. 10 e seg.
434 Cfr. doc. VIII.795 (verbale audizione), pag. 15.
435 Cfr. doc. VIII.795 (verbale audizione), pag. 15.
436 Cfr. doc. VIII.664, VIII.667 (memoria infraprocedimentale).
437 Cfr. doc. VIII.1223, p. 83 e ss.
438 Cfr. memoria finale Philips VIII.1223, p. 139.

non è tenuta a fornire per legge […]"[439] ma che, avendo strutturato l'accesso agli *input* in modo da conformarlo alla normativa specifica degli Stati uniti d'America, Philips "*è disponibile a consentire l'accesso a tali informazioni a qualsiasi terzo, sia relativamente al SSW che ai Manuali di Service, dietro pagamento di un corrispettivo e a seguito della firma di un contratto di licenza e di riservatezza*". Philips si dichiara, inoltre, disponibile a negoziare accordi di accesso anche al Livello 1[440].

289. Philips sostiene, invece, che non concede in licenza il Livello 2 che non sarebbe necessario per la prestazione dei servizi di manutenzione, ma consente semplicemente un'assistenza più efficiente[441]. Per Philips, inoltre, concedere accesso indiscriminato e incondizionato alla proprietà intellettuale e al *know-how* di Philips si tradurrebbe in un ingiustificato accesso al frutto degli investimenti della società sui quali si basa la qualità erogata da Philips nella attività di manutenzione. Philips ha anche allestito una funzione *Customer Service Intellectual Property* ("CSIP") *Governance*, trasversale sia a livello di funzioni che geograficamente, per sviluppare e sostenere i temi relativi alla CSIP e fornire consulenza in situazioni complesse con l'obiettivo di rispettare le leggi applicabili[442].

290. Philips riferisce il dinamismo del mercato statunitense dei dispositivi medicali, regolato dalla FDA con specifiche linee guida AIAT, con la presenza di numerosi ISO da più di 25 anni. La *policy* adottata da Philips negli Stati Uniti è del tutto simile a quella oggetto del procedimento, senza che la stessa abbia sollevato censure di natura *antitrust* [443].

291. Secondo Philips l'offerta a terzi di tali *input* e del *know how* di Philips, senza alcuna "*cautela*": i) scoraggerebbe la società dal continuare a investire e innovare; ii) si tradurrebbe in un ingiustificato accesso all'identico *know how* che permette a Philips di fornire servizi di manutenzione "*di alto livello*", senza tuttavia sostenere i costi di investimento iniziali e gli sforzi necessari a raggiungere e mantenere tale livello di eccellenza[444].

292. Philips afferma poi che non vi è una reale domanda da parte di ISO di un accesso agli *input*, come dimostrato: *i)* dalla totale assenza di richieste ricevute in tal senso da Philips e *ii)* dal fatto che gli ISO operano comunque con "*enorme successo*" anche nella gestione e/o manutenzione di dispositivi per immagini ad alta tecnologia. Tale domanda non sarebbe giustificata, inoltre, dal momento che gli ISO sono operatori di notevoli dimensioni e capacità finanziarie tali da consentire loro di "*investire per migliorare i propri servizi*"[445].

293. In particolare, Philips sostiene che per quanto attiene agli *input* per la manutenzione che non concede in licenza essi non siano necessari per fornire i servizi di manutenzione e che lo sviluppo da parte di terzi di "*propri strumenti di manutenzione* [è] *un'opzione tecnicamente ed economicamente valida*". Philips ritiene altresì che sussistano "*metodi alternativi che possono essere utilizzati in caso di mancato accesso ai suoi strumenti non concessi in licenza"* e che *"il risparmio*

---

[439] Cfr. memoria finale Philips VIII.1223, p. 140.
[440] Cfr. memoria finale Philips VIII.1223, p. 141 e ss.
[441] Cfr. memoria finale Philips. Doc. VIII.1123, p. 155 e ss.
[442] Cfr. doc. VIII.664 (memoria infraprocedimentale), pag. 11.
[443] Cfr. doc. VIII.664 (memoria infraprocedimentale), pag. 8.
[444] Cfr. doc. VIII.664 (memoria infraprocedimentale), pag. 7.
[445] Cfr. doc. VIII.664 (memoria infraprocedimentale), pag. 8.

di tempo che è possibile ottenere utilizzando i diritti di proprietà intellettuale non concessi in licenza non è comunque significativo"[446]. In tal senso, ad avviso di Philips occorre, in linea con la giurisprudenza Oscar Bronner, distinguere le infrastrutture essenziali da quelle che possono essere considerate convenienti o utili. La Società conclude che "*Le ISO sono già competitive sul mercato, come dimostra la percentuale di successo nell'aggiudicazione delle gare d'appalto cui esse partecipano*" e che "*I diritti di proprietà intellettuale di Philips non concessi in licenza non sono oggettivamente necessari per svolgere attività di manutenzione diretta e, in ogni caso, esistono metodi alternativi che non richiedono l'uso di tali diritti*"[447]. Ad avviso di Philips, in ogni caso, l'accesso agli *input* per la manutenzione non inclusi nei Livelli Utente o Livello 1 non è certamente necessario per prestare i servizi di manutenzione, ma consente semplicemente un'assistenza più efficiente.

294. Philips analizza, infine, i quattro episodi di cui alla documentazione a fascicolo astrattamente riconducibili a una condotta di rifiuto di accesso agli *input* necessari a svolgere l'attività di manutenzione, concludendo per la loro irrilevanza probatoria o la mancata pertinenza[448].

295. Con riguardo all'accesso alle parti di ricambio originali, la società afferma di essersi sempre impegnata a offrire la disponibilità di pezzi di ricambio per i suoi prodotti a qualsiasi impresa che ne fosse interessata e che nessun documento a fascicolo fornisce indicazioni di segno opposto[449]. A riprova di ciò, Philips rileva che esistono entità all'interno del gruppo, come Dunlee, che vendono, su base non discriminatoria, pezzi di ricambio sia per dispositivi di diagnostica a marchio Philips sia per dispositivi prodotti da altri fabbricanti[450].

296. Ad ogni modo, Philips sostiene che non vi sia agli atti alcun documento che attesti il rifiuto di fornitura di pezzi di ricambio da parte di Philips. A supporto di quanto argomentato, Philips afferma di avere consegnato in Italia a società del gruppo Althea più di 250 parti di ricambio nel 2017[451] e che il Segnalante ha fornito documentazione relativamente a soli tre episodi di asseriti ritardi nelle forniture tra il maggio 2015 e il dicembre 2017[452].

297. Philips osserva che a fronte di un termine iniziale *standard* per la consegna della parte di ricambio di 15 giorni lavorativi - previsto di *default* e applicato automaticamente a tutti i clienti al

---

[446] cfr. doc. VIII.1223 pag. 9.

[447] cfr. doc. VIII.1223 pag. 119. Si veda anche paragrafo 5.59 pag. 137 per l'elencazione delle alternative.

[448] Cfr. doc. VIII.664 (memoria infraprocedimentale), pag. 8 e seg.

[449] Cfr. doc. VIII.664 (memoria infraprocedimentale), pag. 2. Cfr. anche doc. VIII.956 verbale audizione tecnica.

[450] Philips richiama al riguardo i doc. I1 §55 e all. 4, 5a e 5b. Cfr. III.664 (memoria infraprocedimentale), pag. 3.

[451] Cfr. doc. VIII.664 (memoria infraprocedimentale), pag. 3 e doc. VIII.667 all. 1.

[452] Cfr. doc. VIII.664 (memoria infraprocedimentale), pag. 3. Philips quindi analizza i tre episodi osservando che: *i)* quanto alla richiesta di Mesa del 21 agosto 2015, il Segnalante non avrebbe ricostruito nella sua interezza lo scambio di corrispondenza intercorso tra le società, dalla lettura del quale emerge che la consegna a Mesa della parte di ricambio richiesta è avvenuta dopo solo tre giorni dalla ricezione dell'ordine da parte di Philips (doc. VIII.667, all. 4); *ii)* in merito alla richiesta di Mesa del 7 marzo 2017, Philips osserva che le risposte della società sono state tempestive e che da scambi di email interni al gruppo Philips emerge come i ritardi nella messa disposizione della parte di ricambio erano oggettivamente dovuti a problemi di produzione presso un sito di Philips (doc. VIII.667, all. 6); *iii)* gli scambi di email tra Mesa e Althea del dicembre 2017 e 2018 si riferiscono ad un prodotto (le batterie per defibrillatori) estraneo all'oggetto del procedimento e, in ogni caso, *[omissis]* (doc. VIII.667, all. 9-15). Si veda anche memoria finale, doc. VIII.11123, p. 232 e ss.

momento dell'emissione della quotazione – la prassi prevede che Philips, verificata la disponibilità del pezzo di ricambio, precisi poi gli effettivi tempi di consegna[453].

298. Circa modalità e tempi di risposta a richieste di informazioni pervenute a Philips da parte degli ISO, la società precisa che non vi erano e non vi sono differenze di trattamento tra ISO e altri clienti: Philips segue il principio "*first come, first served*". Analogamente non esistono discriminazioni di trattamento tra i clienti (ISO, OEM o strutture sanitarie), da un lato, e Philips S.p.A., dall'altro: una volta che l'ordine di un pezzo di ricambio è inserito nei sistemi (il c.d. Service Parts Supply Chain o "SPS") lo stesso viene trattato in maniera identica, a prescindere dalla provenienza dell'ordine[454].

299. Philips ha riferito, in conclusione, l'esistenza di altri produttori di dispositivi di diagnostica per immagini, attivi in Italia, che adotterebbero politiche di accesso alle informazioni relative alle attività di manutenzione sui propri dispositivi almeno simili, se non più stringenti, rispetto a quelle adottate da Philips, ingiustificatamente esclusi dall'istruttoria[455].

IV.5.3 La posizione delle società del gruppo GE

300. Le difese di GE si articolano principalmente intorno alle memorie[456] e alle audizioni con gli uffici[457].

GE ritiene le contestazioni mosse nel provvedimento di avvio contrastino con le dinamiche concorrenziali del mercato interessato e le condotte tenute proprio dal segnalante. Inoltre, GE assegna una peculiare rilevanza alla dimensione regolatoria che governa il settore e alla necessità di tutelare il processo di innovazione tecnologica che garantisce lo sviluppo di prodotti e servizi sempre più efficienti e adeguati alle istanze sanitarie del settore oggetto di accertamento istruttorio.

301. Con riferimento all'innovazione, GE impegnerebbe notevoli risorse nello sviluppo di nuovi prodotti e *software*[458], assumendo considerevoli rischi di natura finanziaria per migliorare la qualità della propria offerta e distinguerla da quella dei concorrenti[459], mentre Althea, pur avendone i mezzi, non investirebbe in innovazione, ma focalizzerebbe la propria strategia commerciale su un modello di concorrenza di prezzo[460]. Secondo GE, l'innovazione tecnologica rappresenta un parametro essenziale della concorrenza nel settore in esame[461].

---

453 Cfr. doc. VIII.664 (memoria infraprocedimentale), pag. 4.

454 Cfr. doc. VIII.956 verbale audizione tecnicapag. 2 nonché Memoria finale doc. VIII.1123

455 Philips individua in particolare gli operatori: Canon Inc (ex Toshiba), Carestram Healt Inc, Esaote Spa, Fujifilm, Hitachi Ltd, Hologic Inc e Ziehm Imaging GmbH. Cfr. doc. VIII.709.

456 Cfr. doc. VIII.782 memoria infraprocedimentale (All. 1) e versione in italiano della memoria economica (All. 2, prodotta da RBB per conto di GE) e VIII.920A, ulteriore memoria e parere. Da ultimo le memorie finali VIII.1241.

457 Cfr. doc. VIII.779 e doc. VIII.947.

458 Nel corso dell'audizione tenutasi con gli uffici, GE ha riferito di aver investito negli ultimi 5 anni circa *[omissis]* di dollari di investimenti. Cfr. VIII 779 prg.13, pag. 4

459 Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 31 32 e 36, pag. 10 e 12

460 Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 34, pag.11

461 GE osserva che *"il successo nella commercializzazione e nella manutenzione dei dispositivi DI è fortemente influenzato dagli investimenti effettuati dai fabbricanti in: a) macchinari DI innovativi e b) assistenza tecnica di alta qualità, che congiuntamente considerati rappresentano i due fattori principali alla base delle decisioni di acquisto del settore della diagnostica per immagini in Italia*". Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 31, pag. 10, e cfr. doc. VIII.779 prg. 4, pag. 2, dove si precisa in termini generali che il modello di business degli OEM è diverso da quello degli ISO, essendo questi ultimi operatori specializzati nella media bassa tecnologia non interessati a manutenere i dispositivi ad alta tecnologia, ad eccezione di Althea che si presenta quale *multivendor* su tutte le tipologie di diagnostica per immagini.

302. Secondo GE, un soggetto sviluppatore può progettare appositi strumenti informatici o usare *software* in commercio, per estrarre i *log* di sistema a partire dai quali sviluppare nuovi strumenti informatici per l'esecuzione di funzioni paragonabili a quelle effettuate dai *tools* proprietari di GE. In ciò risiederebbe la peculiarità della posizione del gruppo GE rispetto agli altri produttori, ovvero un grado di apertura maggiore rispetto ai dispositivi della concorrenza[462].

A. GE: Sui mercati rilevanti, la concorrenza e la posizione dominante

303. Con riferimento alla definizione del mercato e alle dinamiche che lo caratterizzano, GE sostiene che la fornitura di dispositivi di diagnostica per immagini e l'erogazione dei relativi servizi di manutenzione in Italia rappresentino attività altamente competitive e che GE non vanti alcun potere di mercato nella vendita di tali beni e servizi[463].

304. Nelle sue memorie finali, GE contesta non solo la definizione dei mercati rilevanti, ma altresì la sussistenza di una sua posizione di dominanza.

Con riguardo al mercato a monte dei dispositivi, GEHC ritiene che ogni tipologia di dispositivo di diagnostica per immagini debba costituire un mercato distinto, a causa della limitata possibilità di sostituzione tra le varie tipologie, sia dal lato dell'offerta che dal lato della domanda[464].

Ad opinione di GE, l'offerta nel settore dei dispositivi di diagnostica per immagini sarebbe caratterizzata da una presenza di elevati incentivi, che stimolano a competere in maniera molto aggressiva, come emerge anche dall'osservazione dell'andamento delle quote di mercato e dalla evidente fluttuazione delle stesse. Il mercato si caratterizzerebbe come un *bidding market*, con appalti irregolari e poco frequenti delle apparecchiature, l'esistenza di fornitori alternativi credibili, l'avanzamento tramite innovazioni tecnologiche, l'assenza di *switching costs* e il potere compensativo degli ospedali[465].

305. GE sostiene, altresì, che anche con riguardo ai servizi di manutenzione per dispositivi DI, la definizione del mercato più attendibile dal punto di vista merceologico, dovrebbe corrispondere alle diverse tipologie di apparecchio in cui tali dispositivi possono essere raggruppati[466].

Parimenti contesta la sussistenza dei criteri che consentano di identificare un *aftermarket* distinto per marchio e, in particolare, ritiene che la fornitura dei servizi di manutenzione per dispositivi DI avviene in un sistema di mercati interdipendenti.

306. Con riguardo ai processi attraverso i quali i servizi di manutenzione su apparecchiature di DI sono negoziati dalle Strutture sanitarie, GE spiega che possono essere individuati tre distinti periodi: un primo periodo durante il quale il dispositivo è coperto da garanzia; un secondo periodo (opzionale) durante il quale il dispositivo è coperto da un'estensione di tale garanzia; un terzo periodo riguardante la somministrazione dei servizi di manutenzione dopo la scadenza della garanzia

---

[462] Cfr. doc. VIII.947 (verbale audizione), pag. 21. Anche VIII.920A (memoria RBB).

[463] Cfr. Doc. VIII.782, All. 1, prg. 14, peg 5.

[464] Cfr. doc. VIII.1241 memoria finale pag. 20 e 21.

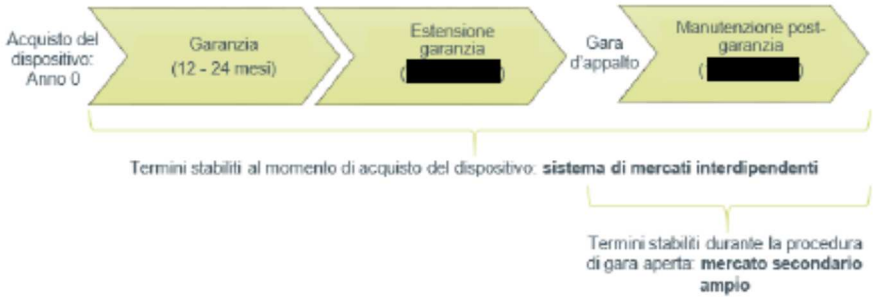
[465] Cfr. doc. VIII.1241 e Allegato Relazione economica RBB. Analogamente alle altre Parti, anche GE nella sua tesi difensiva a sostegno dell'impossibilità di identificare una posizione di dominanza a monte, cita le conclusioni raggiunte dalla Commissione nella fusione *GE/Amersham* del 2004 in considerazione delle particolari caratteristiche della fornitura di tali apparecchiature.

[466] GE osserva che "un cliente che si serve di una data modalità operativa non può cambiare le proprie esigenze e richiedere servizi di manutenzione che attengono a modalità del tutto distinte", Cfr. doc. VIII1241 Memoria finale giuridica pag. 21

(o sua estensione). Ad avviso di GE durante il periodo di garanzia e (ove configurabile) di sua estensione, il cliente trae beneficio dai termini di manutenzione che ha negoziato al momento di acquisto dell'apparecchiatura; quanto al periodo che segue la scadenza dei termini di garanzia, il cliente beneficia dei termini per i servizi di manutenzione stabiliti tramite procedure di gara aperte o, in alcuni casi, tramite negoziazioni private (come da Figura seguente)[467].

Figura:

Figura 1: Ciclo di vita della manutenzione su un'apparecchiatura DI



Nota: la durata dell'estensione della garanzia e della manutenzione post-garanzia sono entrambe comprese tra garanzia è compresa tra *[1-5]* anni (cfr. doc. VIII.1241 Allegato memoria economica (pag.13).

307. Ad avviso di GE, ciò fornirebbe una prova convincente della misura in cui i clienti considerano la fornitura dei servizi di manutenzione e il costo totale dei dispositivi al momento di acquisto delle apparecchiature[468]. GE richiama, al riguardo, i risultati del sondaggio IPSOS, evidenziando come lo stesso costituisca uno strumento sistematico e rigoroso per comprendere le dinamiche del processo di acquisto dei dispositivi di DI ad alta tecnologia e annessi servizi di manutenzione. In particolare, sulla base delle risposte GE conclude che "*il 98% degli intervistati tengono sempre, o di solito, conto delle caratteristiche del servizio di manutenzione in sede di acquisto dei dispositivi. La maggior parte delle Strutture sanitarie, il 92%, acquista (sempre o spesso) contestualmente all'apparecchiatura anche un contratto di garanzia esteso o contratto di manutenzione full risk. Allo stesso modo, l'81% degli intervistati generalmente acquisisce preventivi vincolanti riguardo ai servizi di manutenzione post garanzia già al momento di acquisto del bene*"[469].

---

[467] Cfr. doc. VIII.1241 Allegato Relazione Economica RBB, pag. 11 e ss.

[468] Cfr. doc. VIII.1241 Memoria finale giuridica pag. 22 e ss. E Cfr. doc. VIII. Relazione economica RBB §4.1.1 *L'interdipendenza tra il mercato primario e il mercato secondario,* pag. 17 e ss. Cfr. anche Allegato A - Risultati sondaggio IPSOS, Allegato B – Sondaggio IPSOS. In particolare, tra gli altri, GE nel commentare le risposte di cui ai quesiti 18 e 19 precisa che "*il sondaggio IPSOS ha evidenziato come, contrariamente a quanto sostenuto nella CRI, il 97% dei clienti tenga in considerazione i succitati costi, tra cui il prezzo dei servizi di manutenzione, al momento dell'acquisto dei dispositivi. Inoltre, il 92% degli acquirenti richiede un preventivo relativo ai servizi di manutenzione al momento dell'acquisto dei dispositivi*".

[469] Cfr. VIII.1241 Memoria economica pa.4 e Allegato A - Risultati sondaggio IPSOS e Allegato B – Sondaggio IPSOS, risposte alle domande 15, 16 e 17.

308. Secondo GE, inoltre, Althea non avrebbe subito alcun ostacolo alla propria attività, prova essendone l'aumento costante della propria quota di mercato nella fornitura dei servizi di manutenzione di dispositivi diagnostici per immagini in Italia. In particolare, negli ultimi anni Althea si sarebbe aggiudicata appalti per un valore superiore a ogni altro fornitore di servizi di assistenza. Lo stesso studio citato dall'Autorità nel provvedimento di avvio[470], indica per il 2016 una quota di ricavi di vendita di servizi integrati di assistenza e manutenzione (MES e MVS) riconducibile all'attuale Althea (Pantheon group + IBS group) pari al 45%, a fronte di una quota di GE pari al 15,4%[471].

309. GE sostiene non esista alcun *aftermarket* per la manutenzione dei dispositivi di diagnostica a marchio GE, esistendo la libertà degli acquirenti di usufruire di servizi di manutenzione offerti da soggetti diversi dal produttore del dispositivo[472].

Il mercato dei servizi di manutenzione dei dispositivi di diagnostica per immagini, secondo GE, sarebbe fortemente concorrenziale e non consentirebbe di individuare posizioni di potere di mercato in capo a singoli operatori. Tale mercato sarebbe connotato dalla presenza di numerosi produttori e ISO che forniscono servizi di manutenzione su una vasta gamma di dispositivi di diversi *brand*, anche ad alta tecnologia[473].

310. La crescita degli ISO sarebbe stata favorita dalle modifiche intervenute negli ultimi anni nelle modalità di *public procurement*: la centralizzazione delle procedure ed il passaggio a gare di tipo *multivendor* avrebbero favorito la posizione degli operatori specializzati nell'erogazione di servizi di assistenza integrati[474]. La *performance* degli ISO nelle gare per l'assistenza post-vendita confermerebbe il peso crescente di tali operatori nella manutenzione di dispositivi di marchi diversi. Il segnalante, in particolare, si sarebbe aggiudicato (singolarmente o in raggruppamento) circa il 37-39% del valore totale delle gare d'appalto per l'assistenza tecnica *multivendor* nel periodo tra il 2015 e il 2018, a fronte di un 24% del totale degli appalti aggiudicato a GE[475].

311. A riprova dell'assenza di un proprio potere di mercato nei servizi di manutenzione sui dispositivi a marchio proprio, GE osserva l'andamento del c.d. *capture rate*, ovvero la quota del

---

470 Cfr. Frost & Sullivan, "Italy's New Business models in Medical Imaging, forecast 2021", settembre 2017.

471 Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 20-23, pag. 5 e 6 e prg. 102, pag.35.

472 Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg.47, pag.16 e doc. VIII.782, All. 2 (memoria economica), pag. 4 e pag. 20, più in generale pag. 10 e seg.

473 Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg.14 e 16, pag.5.

474 Secondo la relazione economica prodotta da Ge, la ricostruzione economica del mercato fornita dal segnalante che indicava una quota aggregata degli ISO del 4% sino al 2014 nel mercato della manutenzione dei dispositivi ad alta tecnologia sarebbe obsoleta. GE ritiene, infatti, che le ISO siano state in grado di ampliare considerevolmente il loro volume di attività e stima che, al momento, solo il 40-45% dei dispositivi di diagnostica installati in tutto il mercato italiano riceva manutenzione dagli OEM titolari, mentre il 25-30% riceverebbe manutenzione da un fornitore terzo. La quota residua sarebbe oggetto di manutenzione interna o ad hoc Cfr. doc. VIII.782, All. 2, pag. 11.

475 Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 52, pag. 18 e doc. VIII.782 (memoria economica), pag. 16 e 17. GE precisa che le medesime conclusioni continuano ad essere valide anche se si escludono dall'analisi i lotti per i dispositivi a tecnologia medio-bassa. Circoscrivendo l'analisi, infatti, risulterebbe che Althea e GE si sarebbero aggiudicate lo stesso numero di lotti, ma i valori di quelli di Althea sarebbero comunque pari al 37%, rispetto al 24% di Ge (memoria economica pag. 17).

parco installato di dispositivi a marchio GE sulla quale offre servizi di manutenzione[476]. Tale quota sarebbe diminuita nel tempo, passando dal *[omissis]*% del 2013 al *[omissis]*% del 2018[477].

312. Anche qualora si accedesse alla tesi dell'Autorità di considerare un mercato rilevante corrispondente all'aftermarket della fornitura dei servizi di manutenzione sui dispositivi di diagnostica per immagini a marchio GE, la società ritiene inesistente una propria autonomia di condotta su tale mercato, stante il riflesso che le scelte compiute nell'offerta dei servizi di manutenzione produrrebbe nel mercato primario della vendita dei dispositivi.

Argomentando sulla linea del *test* EFIM enucleato dalla giurisprudenza europea, GE ritiene sussistenti le condizioni per escludere la possibilità di un *lock in* della clientela nell'ipotetico *aftermarket* della manutenzione su dispositivi a marchio GE.

Infatti, GE ritiene che: 1) da un lato, esista un vero e proprio sistema di mercati (primario e secondario) tra loro interdipendenti, nel quale le scelte di acquisto di dispositivi e manutenzione sono assunte contestualmente dalle strutture sanitarie; 2) dall'altro, le condotte commerciali degli OEM nella vendita dei servizi di manutenzione sarebbero in stretta relazione con il mercato a monte della fornitura dei dispositivi: ogni tentativo di aumentare i prezzi dei servizi di manutenzione si ripercuoterebbe sulle scelte dei clienti in ordine all'acquisto del bene nel mercato primario[478].

313. GE considera i seguenti fattori alla base dell'interdipendenza tra mercato primario e secondario: (a) i clienti osservano il costo del ciclo di vita del dispositivo nel momento in cui effettuano la scelta di acquisto dello stesso; (b) effetti reputazionali condizionano le scelte di prezzo dei produttori nel mercato secondario, dato il rischio che prezzi troppo elevati si traducano in una diminuzione delle future vendite nel mercato primario[479], in ragione delle ripetute interazioni tra gli OEM e le strutture sanitarie[480].

314. A dire di GE, le strutture sanitarie sono acquirenti molto sofisticati e qualificati nell'attività di *procurement*, soggetti a rigidi vincoli di bilancio, oltre che a disposizioni normative che le inducono a vagliare attentamente i costi del servizio di manutenzione in sede di scelta del dispositivo[481]. Tale costo si aggira, in base alle stime di GE, attorno al 10-12% annuo del costo di acquisto del macchinario[482]: il costo totale della manutenzione per l'intero ciclo di vita dell'apparecchiatura, di conseguenza, può raggiungere o superare i costi di acquisto del bene

---

476 Cfr. doc. VIII.782, All. 2 (memoria economica), pag. 12 e la relativa presentazione sintetica predisposta da RBB Economcis allegata al verbale di audizione doc. 779, pag. 4, da cui risulta che la stima sul *capture rate* riguarda PET/CT, CT, Ultrasound, MR, XRay, Nuc Med, ossia tutte le tecnologie di diagnostica per immagini.

477 Tale riduzione sarebbe ancora più significativa con riferimento alle apparecchiature con più di 10 anni di vita, passando dal *[omissis]*% al *[omissis]*%. Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 18, pag. 5 e doc. VIII.782, All. 2 (memoria economica), pag.12.

478 Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 27, pag. 9 e prg. 54, pag. 18 e succ.

479 Nell'analisi economica prodotta da Ge, si legge che diversi fattori valorizzano l'importanza della reputazione e, in particolare: a) il numero di ospedali che si è ridotto nel corso del tempo; b) l'apertura di pochi nuovi ospedali negli ultimi anni; c) la circostanza che gli OEM forniscono alle strutture sanitarie dispositivi di diverse tecnologie, dando luogo a ripetute interazioni con ciascun ospedale nel corso del tempo. Cfr. doc. VIII.782, All. 2 (memoria economica), pag. 30 e seg.

480 Cfr. doc. VIII.782, All. 2 (memoria economica), pag. 31.

481 Si veda l'affermazione resa all'interno del verbale di audizione doc. VIII.779, prg. 3, pag. 2 e doc. VIII.782, All. 1, prg. 55 e 56, pag. 20.

482 Cfr. doc. VIII.782, prg. 29, pag.9 e prg. 56, pag. 20.

primario. In aggiunta, la disciplina europea e italiana in materia di appalti pubblici impone a tutte le strutture sanitarie di calcolare il costo del ciclo di vita del dispositivo[483].

GE evidenzia come il 66% delle gare d'appalto pubbliche per dispositivi di diagnostica per immagini bandite in Italia nel 2017 abbia previsto l'obbligo o l'opzione, per i fornitori di tali dispositivi, di presentare un'offerta vincolante per la fornitura del servizio di manutenzione per il periodo successivo a quello di garanzia[484].

315. Venendo al potere disciplinante che la concorrenza nel mercato primario esercita nel mercato secondario, GE osserva che una percentuale significativa delle gare per la sostituzione di dispositivi di diagnostica per immagini è stata vinta da operatori diversi dal produttore titolare del macchinario in uso, suggerendo l'assenza di effetti di *lock in*[485].

Sarebbero assenti vincoli sostanziali per il cliente che voglia cambiare fornitore nel mercato primario della vendita dei dispositivi in tempi ragionevolmente brevi, favorita dalla possibilità di rivendita del dispositivo in uso su un mercato dell'usato, recuperandone il valore residuo. Lo studio compiuto da RBB, condotto sotto precise ipotesi in termini di vita media utile e vita residua del dispositivo, dimostrerebbe che l'aumento dei costi della manutenzione di un dispositivo derivante da un incremento del relativo prezzo nella misura del 10%, sarebbe tale da giustificare la sostituzione del macchinario con uno della concorrenza[486].

Al riguardo, GE ricorda come, con riferimento ai costi di *switch*, nel caso Philips/Marconi Medical System, la Commissione abbia affermato che le strutture sanitarie affrontino costi marginali ridotti a fronte della scelta di sostituzione di propri dispositivi con quelli di un altro fornitore[487].

316. Il mercato primario della vendita di dispositivi di diagnostica per immagini, secondo GE, si distinguerebbe per la presenza di una concorrenza vivace tra i produttori, fondata sull'innovazione. GE evidenzia come nel caso GE/Amersham, la Commissione abbia riscontrato in tale mercato, l'assenza di un significativo potere di mercato da parte di alcun produttore ed una significativa variabilità delle quote di mercato, a riprova della forte concorrenza che si esplica tra gli operatori attivi[488].

---

483 Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 29, pag. 9 e prg. 55 pag. 19 e seg. e doc. VIII.782, All. 2 pag. 26 e seg. In particolare, GE evidenzia come gli articoli 67 e 68 della Direttiva sugli appalti pubblici dell'Unione europea e le corrispondenti disposizioni (articoli 95 e 96) del Codice dei contratti pubblici prevedono al riguardo che: *"l'offerta economicamente più vantaggiosa per l'autorità appaltante dovrà essere identificata sulla base del prezzo o del costo con un approccio costo-efficacia, come ad esempio il costo del ciclo di vita"* e *"Il costo del ciclo di vita deve coprire adeguatamente i pezzi di ricambio e tutti i costi successivi nel corso del ciclo di vita di un prodotto, servizio o attività […]."*.

484 Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 29, pag. 9 e. doc. VIII. 782, All. 2 (memoria economica), pag. 29.

485 Quanto alle gare volte alla sostituzione di dispositivi GE, la Società osserva che, in termini di valore il *[25-30]%* di esse viene vinto da concorrenti, mentre i dati indicherebbero che GE si sarebbe aggiudicata oltre il *[35-40]%* delle gare per la sostituzione di dispositivi di produttori concorrenti. I dati forniti da GE mostrerebbero, inoltre, che i risultati di GE sono migliori nelle gare indette per la sostituzione di dispositivi concorrenti che nelle gare per l'installazione di nuovi dispositivi, in cui la percentuale di successo della società sarebbe inferiore al *[30-35]%*. Cfr. doc. VIII.782, All. 2 (memoria economica), pag. 5 e pag. 34.

486 Cfr. doc. VIII.782, All. 2 (memoria economica), pag. 21-22. In particolare, nell'analisi economica prodotta, GE sostiene che se si tiene conto dell'età media dei macchinari di seconda mano in vendita, si osserva che essa è di 10 anni che equivale al 17% della loro vita residua. Ciò a dire che se, come sostiene il segnalante, i macchinari RM di seconda mano vengono venduti al 25% del prezzo originario, non vi sarebbe alcuna perdita nel dismettere i dispositivi usati ed anzi, la minaccia di rivendita genererebbe un vincolo alla condotta nel mercato secondario.

487 Caso Comp/M.2537 – Philips/Marconi medical Systems, come citato a pag.21, prg. 59 del doc. VIII.7892, All.1.

488 Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 28, pag. 9.

317. Le osservazioni formulate dalla Commissione, secondo GE, trovano riscontro nel fatto che la quota di mercato di GE è soggetta a forti oscillazioni. In particolare, la quota per la fornitura di dispositivi di diagnostica per immagini è cresciuta, su base annua, di circa il *[10-15]*% nel 2013-14 e del *[0-5]*% nel 2014-15, ed è diminuita del *[0-5]*% nel 2015-16 e di circa il *[5-10]*% nel 2016-17[489].

B. GE: Sulle condotte contestate

a. Rifiuto accesso informazioni e software

318. Con riguardo alla prima delle condotte ad essa imputate, GE sostiene di rendere accessibili a terzi tutti i *software* manutentivi e le istruzioni richieste per svolgere il servizio di manutenzione sui propri dispositivi di diagnostica per immagini[490]. Nel contempo, afferma che i *software* da essa sviluppati sono oggetto di diritti di proprietà intellettuale, tutelati dalla normativa italiana ed europea sul diritto d'autore. Nel rispetto di tale normativa, la società mantiene l'uso esclusivo di alcuni *software* di manutenzione avanzata che rende inaccessibili a terzi. Tali *software,* tuttavia, non creerebbero alcuna preclusione all'attività dei concorrenti[491] ma rappresenterebbero strumenti migliorativi dell'esecuzione delle attività manutentive, che consentono a GE di fornire valore aggiunto su tali servizi.

319. Nell'ottica di tutelare i propri investimenti in innovazione e impedire l'accesso non autorizzato ai propri *software,* fra il 2014 ed il 2018, GE ha implementato un nuovo sistema di *Service Secure Access* (SSA) al fine di combattere l'appropriazione indebita delle *service key* poste a protezione dei *software*, così come concesso dall'art. 102 *quater* della Legge italiana sul Diritto d'autore.

Gli operatori indipendenti, tuttavia, hanno potuto continuare a prestare attività manutentiva. Secondo GE, infatti, la circostanza che la quota di contratti di manutenzione detenuta dagli ISO relativamente ai dispositivi più recenti (sui quali sono installate chiavi SSA) risulti eventualmente inferiore a quella dei contratti inerenti dispositivi più datati sarebbe da attribuire esclusivamente all'età dei dispositivi[492].

320. GE mette a disposizione dei concorrenti tutta una serie di informazioni necessarie allo svolgimento dei servizi di manutenzione sui propri dispositivi, contenute nei manuali utente, oltre alla *Support Documentation Library*, o anche *Common Document Library* ("**CDL**"), contenente informazioni relative agli interventi di manutenzione sia preventiva sia correttiva. Infine, gli ISO hanno accesso ai c.d. *log file* dei dispositivi GE, che contengono tutte le informazioni ed i messaggi di errore registrati dal sistema sul singolo dispositivo[493].

321. GE fornirebbe i manuali per l'utente, che elencano il tipo e la frequenza delle operazioni di manutenzione preventiva richieste al fine di preservare il dispositivo in conformità alle specifiche

---

[489] Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 61, pag.21

[490] Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 35 pag. 12 e similmente in VIII.779 (verbale di audizione), prg. 18-20, pag. 5.

[491] Cfr. doc. VIII.782, All. 2 (memoria economica), pag. 20. Anche VIII.920A (memoria RBB) in cui GE argomenta, tra le altre, che "*Nonostante tali metodi alternativi possano, in alcuni casi, essere considerati più dispendiosi in termini di tempo rispetto a quelli non concessi in licenza, la loro esistenza fa sì che detti strumenti non possano essere considerati come indispensabili per gli ISO al fine di poter svolgere servizi di manutenzione su dispositivi DI*".

[492] Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 42, pag.15.

[493] Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 66 e 69.pag. 22 e 23.

di GE[494]. Oltre al manuale d'uso di cui alla Direttiva Ce sui dispositivi medici, GE darebbe accesso al c.d. manuale di servizio (*service manual*) e al manuale tecnico (*technical reference manual*), contenenti dettagliate istruzioni e diagrammi per lo svolgimento delle attività di manutenzione[495].

322. Gli interventi di manutenzione descritti dai manuali di assistenza di GE includono non solo gli interventi di manutenzione preventiva, ma anche un insieme di interventi di manutenzione correttiva: l'elenco degli interventi di manutenzione correttiva contenuto nei manuali di assistenza è ampio ma per sua stessa natura non può essere esaustivo¸ data l'imprevedibilità insita nella manutenzione correttiva[496].

Con riferimento alle attività di manutenzione, GE, come detto, adotta una classificazione interna dei *software:* quelli indispensabili all'esecuzione della manutenzione sono definiti di classe A. Molteplici attività di manutenzione, sostiene GE, non richiedono neanche l'accesso a *software* e possono essere compiute manualmente[497]. Quindi, tramite gli interventi manuali e attraverso i *software* di classe A1 liberamente accessibili sui dispositivi, i terzi sarebbero in grado di effettuare gli interventi necessari di manutenzione correttiva e preventiva. GE, offrirebbe poi in licenza alle ISO altri *software* di classe A (A2 e A3)[498]. GE gestisce invece al proprio interno i *software* di classe C ed M, frutto dei continui e significativi investimenti che la società effettua nello sviluppo di *software* avanzati per migliorare la qualità della manutenzione dei dispositivi di diagnostica[499]. La mancata licenza dei *software* di Classe C e M non ha impedito ai manutentori indipendenti di eseguire servizi di manutenzione sui dispositivi di GE[500].

323. In particolare, GE, nel citare la sentenza Oscar Bronner, ritiene che un *input* possa essere qualificato indispensabile per i concorrenti solo nel caso in cui non sussista un'alternativa reale o potenziale allo stesso[501]. Al riguardo GE osserva che le ISO partecipano alle gare e che, in relazione ai *service software* inclusi nei Livelli avanzati (C e M) vi è "(*i) assenza di richieste di accesso sistematiche a tali software di GEHC, (ii) disponibilità di alternative* […], *e (iii) l'assenza di obblighi normativi che impongano di fornire a soggetti terzi accesso a tali software di manutenzione"*. GE ritiene di aver ampiamente documentato il fatto che per ciascuno dei suoi *software* di Classe C e Classe M, è prevista una procedura alternativa che consente di raggiungere analoghi risultati nell'esecuzione dei servizi di manutenzione, che in alcuni casi si basa sul *software*

---

494 Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 67, pag. 22 e più in generale da prg. 65 in poi.

495 Cfr. doc. VIII.779 (verbale di audizione), prg. 18.

496 Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 69, pag.23.

497 Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 74, pag. 25.

498 Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 35, pag. 12. Sulla classificazione dei software si veda anche VIII.920° (memoria RBB). Cfr. anche Memoria finale VIII.1241.

499 In particolare, prosegue GE, i livelli C ed M riguardano *software* che servono rispettivamente a realizzare in maniera più efficiente e più rapida talune attività di manutenzione e diagnosi (livello C) e di validazione della conformità degli interventi e di certificazione (livello M). Cfr. doc. VIII.782, All.1, prg. 36, pag.12.

500 Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 79 e seg, pag. 26 e seg. Sulla non indispensabilità dei software di GE inclusi nei livelli avanti, sui risparmi di tempo non significativi derivanti dall'uso di software avanzati e sulla possibilità di sviluppare software alternativi a quelli di GE si veda anche VIII.920A (memoria RBB).

501 Secondo GE "*le corti europee ritengono che il test elaborato nel Bronner, come sopra analizzato, debba essere applicato in maniera ancor più rigorosa: occorre infatti dimostrare non solo l'indispensabilità dell'input per consentire a soggetti terzi di competere in maniera effettiva sul mercato offrendo i medesimi beni e servizi, ma anche che l'accesso a tale input sia necessario per consentire, al concorrente che lo richieda, di avviare, a sua volta, un processo di innovazione";* cfr. doc. VIII.1241 pag. 29 e ss.

di Classe A[502]. A titolo di esempio, secondo GE la ricerca dei guasti sarebbe eseguibile per *[omissis]* dei casi attraverso una valutazione visiva e un intervento manuale e attraverso l'utilizzo dei *software* di Classe A.

b. Rifiuto fornitura pezzi di ricambio

324. Quanto alla fornitura dei pezzi di ricambio, Ge afferma di vendere a chiunque ne faccia richiesta pezzi di ricambio e di fornire, su richiesta, il listino dei pezzi con i relativi prezzi[503]. GE sottolinea che nel corso degli anni Althea avrebbe beneficiato di un'ampia fornitura da parte di GE delle parti di ricambio da essa richieste, laddove i ritardi o le mancate forniture evidenziate dal segnalante sono dipese da ragioni oggettive, quali la mancata disponibilità di specifici pezzi o l'errata compilazione delle richieste imputabile alla stessa Althea[504].

325. In merito all'asserito rifiuto di fornitura di pezzi di ricambio, i casi denunciati da Althea consisterebbero, infatti, in isolati episodi di ritardo nell'evasione della richiesta. Nel corso degli anni Althea è stata rifornita su base continuativa e in grande quantità di pezzi di ricambio: 645 pezzi di ricambio, da gennaio 2017 fino ad aprile 2018, di cui 65 in risposta a richieste *spot*, 169 in esecuzione di un contratto in essere tra GE ed Althea e 411 in esecuzione di un contratto in essere tra GE e un ospedale (per il quale Althea forniva servizi di assistenza)[505]. Inoltre, prosegue GE, cinque degli otto rifiuti di fornitura dei pezzi di ricambio presenti a fascicolo non hanno alcuna attinenza con il procedimento, in quanto riferiti alla fornitura di pezzi di ricambio per dispositivi diversi da quelli di diagnostici per immagini[506].

326. In termini generali, GE sostiene che eventuali ritardi nella presentazione di preventivi per pezzi di ricambio possono dipendere da ragioni che non hanno nulla a che vedere con il presunto obiettivo di escludere i manutentori indipendenti, quali l'incompletezza delle richieste ricevute o la mancata disponibilità di specifici pezzi[507].

IV.5.4 La posizione di Althea

327. Il gruppo Althea, oltre ad essere il segnalante del procedimento istruttorio in corso, è un operatore attivo a livello europeo nell'erogazione di servizi integrati di gestione e manutenzione di dispositivi medicali di diverse marche (*multi-vendor*) e per diverse funzioni (multi-prodotto). In Italia, Althea opera tramite Althea Italia S.p.A. sia nella manutenzione di dispositivi medici di medio-bassa tecnologia, sia nella manutenzione di dispositivi medici di diagnostica per immagini ad alta tecnologia e rappresenta un *competitor* minaccioso per le parti del procedimento[508].

---

502 Cfr. doc. VIII.1241 pag. 38 e 40. GE sottolinea come "*il test di Bronner prevede che non vi siano alternative praticabili, ancorché meno vantaggiose dell'input cui si pretende di avere accesso"* e altresì che *"test Bronner, un input non può essere ritenuto indispensabile se, in mancanza di accesso allo stesso, il concorrente riesce comunque a competere "da solo o in collaborazione" con altri"*.

503 Cfr. da ultimo. Memoria finale VIII.1241.

504 Cfr. doc. VIII.782, All. 1, prg. 85 e seg., pag. 28.

505 Cfr. doc. VIII. 782, All. 1, prg. 86, pag. 28 e ss.

506 Cfr. doc. VIII. 782, All. 1, prg. 88, pag.29.

507 Cfr. doc. VIII. 798, All. 1, prg. 90, pag. 29.

508 In merito alla pressione competitiva potenzialmente esercitabile da MESA/Althea sui prezzi dei servizi di manutenzione dei dispositivi ad alta tecnologia, Cfr. anche doc. I.9 p. 1-6 e p. 24-25.

328. Althea osserva che i principali parametri concorrenziali dell'offerta di servizi di manutenzione sono rappresentati, oltre che dal prezzo, dalla gamma delle attività offerte e dal c.d. *up time* (ossia l'indicatore della percentuale di tempo in cui il dispositivo è operativo, il cui standard di riferimento è rappresentato dal 96% in gran parte dei contratti *full risk*). Althea rileva che per fornire servizi di manutenzione preventiva e correttiva completi e soddisfacenti anche in termini di *up time* appare indispensabile l'accesso ad alcuni *input* essenziali rappresentati da: documentazione tecnica; *software* di gestione della manutenzione, parti di ricambio, attrezzatura specifica e certificazioni.
Se in passato i tecnici avevano bisogno solo di manuali tecnici originali, attrezzatura specifica e parti di ricambio, l'avanzare della tecnologia ha fatto sì che gran parte dei servizi di diagnostica, calibrazione e *troubleshooting* vengano effettuati tramite il *software* di gestione della manutenzione[509]. Ciò a dire che, ad oggi, secondo Althea, "*l'attività di manutenzione non può più essere svolta manualmente al fine di risultare compatibile con i tempi richiesti dalle stazioni appaltanti per questo sono necessari i relativi software*[510]".
329. Quanto alla domanda dei predetti servizi, Althea precisa che sono presenti due tipologie principali di clienti: la struttura sanitaria pubblica (ASL, aziende ospedaliere, ospedali a gestione diretta, istituti di cura e policlinici universitari) e la struttura sanitaria privata (case di cura, istituti privati, studi privati)[511].
330. Con riguardo alla domanda, Althea osserva che spesso i clienti non definiscono in modo specifico le singole attività da svolgere, limitandosi a chiedere la manutenzione completa, quella preventiva, correttiva e anche quella straordinaria. *"I clienti non entrano nel dettaglio delle singole attività da svolgere a tal fine, anche perché loro stessi non sanno cosa sia davvero necessario, che d'altronde è molto complicato da capire in astratto poiché dipende dalla tecnologia e dal modello della macchina*[512]".
331. Con specifico riferimento al mercato italiano, infatti, Althea afferma che la vita effettiva dei dispositivi eccede significativamente la vita media dei dispositivi in Europa del nord pertanto, in questo contesto, il valore dei servizi manutentivi cresce significativamente e, al fine di contenere i costi, le strutture sanitarie sempre più di frequente mettono a gara i servizi di manutenzione con riguardo sia alle apparecchiature medicali di medio-bassa tecnologia sia ai dispositivi di diagnostica ad alta tecnologia (nel contesto ad esempio delle gare *global service*)[513]. Sul punto, Althea osserva, peraltro che "*a causa del rifiuto OEMs di fornire gli input essenziali a condizioni eque e non discriminatorie la società è costretta a non poter neppure prendere in considerazione la possibilità di partecipare alle gare che riguardano esclusivamente la manutenzione di tali apparecchiature* [ad alta tecnologia e protette da chiavi di *service*…]. Per le stesse ragioni, la società ha dovuto affidare in sub-contratto ai rispettivi OEMs la manutenzione di questi dispositivi [… ad alta tecnologia] che si è aggiudicata in gare *global service* […]"[514]. Tutto ciò, riferisce Althea, determina conseguenze significative sulla spesa pubblica, infatti "*quando la gara ha consentito la partecipazione di soggetti*

[509] Cfr doc. I.1 (I.21) pag. 5 (pag.4).
[510] Cfr. doc. VIII.811 pag. 2.
[511] Cfr doc. I.1 (I.21) pag. 2.
[512] Cfr. doc. VIII.811 pag. 2
[513] Cfr. doc. I.9 (I.21), pag. 25 (pag.22) e doc. I.15 (I.21) pag.3.
[514] Cfr. doc. VIII.749. pc. 6.

indipendenti, i prezzi offerti dalle case produttrici possono essere significativamente più bassi rispetto a quelli in essere in assenza di tale confronto competitivo"[515].

332. Althea sostiene che i produttori sottoposti all'odierno procedimento abbiano di fatto strumentalizzato l'evoluzione tecnologica integrando *software* manutentivi nei propri dispositivi per immagini ad alta tecnologia, la cui accessibilità è legata alla disponibilità di codici, *token* e chiavi di *service*, senza i quali è impossibile consultare la documentazione tecnica e, soprattutto, avere accesso ai *tools* e ai *service software* per svolgere la manutenzione[516].

333. Ciò premesso, Althea riferisce come i produttori abbiano attuato politiche di blocco dell'accesso agli *input* manutentivi tali da impedire lo svilupparsi di una concorrenza nel settore. In particolare, osserva Althea, i produttori hanno organizzato l'accesso ai loro *software* attraverso livelli, tali per cui *"l'analisi delle attività che ad oggi risultano più o meno accessibili in corrispondenza di un determinato livello di accesso potrebbe anche cambiare, proprio perché si tratta di decisioni arbitrarie dei produttori*[517]".

334. In merito, Althea spiega che una *password* o un codice consentono l'accesso ad un determinato livello di funzionalità del *software* di gestione della manutenzione. Ciascun produttore ha introdotto sistemi di accesso differenti, definendo le funzionalità dei *software* accessibili con determinate chiavi. Sul punto, Althea sottolinea che le funzionalità accessibili con le chiavi di accesso di un determinato livello variano non solo tra i produttori, ma sono diverse anche a seconda dei diversi dispositivi di ciascun produttore[518].

335. Secondo Althea, la motivazione per adottare queste pratiche è da ricercare nei profitti che derivano dai servizi di manutenzione che, nel tempo, sarebbero quasi comparabili al prezzo iniziale di acquisto dei dispositivi ad alta tecnologia[519], soprattutto considerando le sopra citate peculiarità dell'istallato in Italia in termini di obsolescenza. Sul punto, Althea precisa che le società coinvolte nel procedimento negli ultimi anni hanno sviluppato profitti *record* nel settore dell'imaging di cui la componente relativa ai servizi costituisce una parte piuttosto importante del fatturato, tanto da fare apparire chiaro che la crescita della presenza dei produttori nei servizi di manutenzione faccia parte della strategia di crescita dei profitti[520].

336. L'inaccessibilità agli *input* manutentivi fa sì che Althea, come gli altri manutentori indipendenti, nel tempo, non potranno più competere in modo efficiente nell'offerta di servizi di manutenzione. In effetti, secondo Althea, i manutentori indipendenti opereranno solo sulle macchine che potranno

---

[515] Cfr. doc. I.9 (I.21), pag. 24 (pag. 20). In merito alla circostanza che Althea si trovi nella condizione, in assenza di accesso agli strumenti informativi e *software* per la manutenzione, di dover subappaltare/affidare la manutenzione di alcuni dispositivi ad alta tecnologia agli OEM vedi anche doc. VIII.749 p. 5-7. Althea ha osservato che nel 2018 il costo complessivo dei servizi affidati in subfornitura da Althea a Siemens Italia è stato di circa circa *[1-5]* milioni di euro, a Philips Italia è stato circa *[1-5]* milioni di euro, a GE circa *[0-1]* milione di euro. Althea ha altresì indicato che per oltre 60 modelli di dispositivi ad alta tecnologia a causa del rifiuto di Philips, GE e Siemens di fornire input essenziali per la manutenzione, la società è stata via via costretta a non poter nemmeno prendere in considerazione la partecipazione a procedure che riguardino l'affidamento della manutenzione solo su tali modelli di dispositivi.

[516] Cfr. doc. I. 9 (I.21), pag. 12 (pag.10)

[517] Cfr. doc. VIII.811 (VIII830) pag. 2 (pag.2)

[518] Cfr. doc. VIII.638, pag. 3 "Risposta alla richiesta di informazioni" del 27 agosto 2018.

[519] Cfr doc. I.1 (I.21), pag. 7 (pag.6).

[520] Cfr. doc. I.9 (I.21), pag. 11 (pag.9). Althea si riferisce a tutti i produttori, ma in particolare ad alcune presentazioni aziendali di GE, in cui la strategia descritta appare esplicitamente considerata.

servire senza avere bisogno dei predetti *input*, con la conseguenza anche di non poter effettuare servizi di tipo *global service* per la gestione di tutto il parco macchine, indipendentemente dal marchio e dal tipo di apparecchiatura[521].

337. In altri termini, ad avviso di Althea, l'adozione da parte degli OEM di chiavi di accesso (codici) di diverso livello ha consentito (e consente tuttora) di limitare l'accesso di terzi (le strutture sanitarie e gli OEM/ISO concorrenti) soltanto ad una "minima" parte del *service software*; si tratta, infatti, di accessi definiti di tipo "*basic*", rispetto a quelli completi o avanzati riservati in via esclusiva ai tecnici dell'OEM[522]. Althea afferma che anche questi ultimi sono risorse indispensabili, in linea con quanto affermato da altri manutentori indipendenti e che trova molteplici riscontri nelle dichiarazioni delle stazioni appaltanti e, soprattutto, nei documenti interni degli OEM stessi[523].

Althea non ravvisa le condizioni per la replicabilità delle risorse e ritiene del tutto appropriato garantire un accesso pieno, incondizionato e tempestivo. Al riguardo, in merito all'accesso al *set* di base, definito in linea con il quadro regolatorio AIAT, Althea sottolinea che in tale contesto è stabilito che il "*prezzo non* [sia] *superiore al costo di pubblicazione e distribuzione, senza generare un profitto per i produttori*. *Peraltro, già le linee guida AIAT del 1999 chiarivano ulteriormente che il prezzo del software non dovrebbe eccedere quanto necessario a recuperare il costo per riprodurre un'unità addizionale di tale software, e che tale prezzo non può includere i costi iniziali di sviluppo o un margine di profitto*". In tal senso, secondo Althea, gli "*OEM fanno quindi un'applicazione "à la carte" delle c.d. regole AIAT: (i) affermando di fornire un accesso (ridotto e del tutto insufficiente) ai software di manutenzione asseritamente in conformità alle "informazioni AIAT" (per quanto, come osservato, le regole AIAT non riguardino affatto i servizi/software di manutenzione), ma (ii) pretendendo il pagamento di licenze ingiustificatamente esorbitanti (ulteriori, peraltro, rispetto a quelle acquistate dalle stazioni appaltanti), in evidente violazione delle stesse regole AIAT*"[524].

338. Le considerazioni svolte in ordine alle condotte poste in essere dai produttori con riguardo ai *software* manutentivi appaiono, secondo Althea, confermate e rinforzate dalla gestione dei pezzi di ricambio. In questo caso, infatti, anche quando vi sarebbero alternative agli *input*, i produttori le renderebbero inutilizzabili, rafforzando artificialmente l'indispensabilità degli *input* stessi[525]. Con specifico riguardo ai pezzi di ricambio, Althea osserva che anche quando possono essere acquistati da ditte terze, in alcuni casi, i *software* di manutenzione rendono difficile l'uso di parti non originali. Ne discende che, alla pari dei *software* di manutenzione, anche i pezzi di ricambio diventano essenziali e, secondo la rappresentazione di Althea, anche in relazione ai pezzi di ricambio, le stazioni appaltanti richiedono che il soggetto incaricato dei servizi di manutenzione disponga di pezzi originali[526].

---

521 Cfr. doc. I.9 (I.21), pag. 33 (pag. 29).

522 Cfr. doc. VIII.1225, pag. 18.

523 Ad avviso di Althea le OEM avrebbero, altresì, precluso sistematicamente e illegittimamente alle stazioni appaltanti l'accesso alle risorse per la manutenzione da loro acquistate con i dispositivi, sfruttando il proprio potere e l'asimmetria informativa artificialmente creata con vari espedienti; cfr. doc. VIII.1225.

524 Cfr. doc. VIII.1225, pag. 48.

525 Cfr. doc. VIII.900 (VIII.915) Memoria infraprocedimentale del 3 giugno 2019, pag. 9.

526 Cfr. doc. VIII.900 (VIII.915) Memoria infraprocedimentale del 3 giugno 2019, pag. 3 e pag. 10.

V VALUTAZIONI

V.1 I mercati rilevanti e la dominanza

V.1.1 Premessa sulla definizione dei mercati rilevanti nel caso di aftermarkets e accertamento della dominanza

339. Il presente procedimento esamina le condotte delle società Siemens, Philips e GE, operatori verticalmente integrati, con riferimento alla fornitura dei servizi di manutenzione sui rispettivi dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia, beni durevoli per i quali i servizi di manutenzione sono indispensabili al corretto funzionamento e utilizzo sicuro per l'intero ciclo di vita. In tal senso, i servizi di manutenzione sono beni secondari rispetto al bene primario costituito dal dispositivo.

340. Seguendo la prassi decisionale della Commissione nei casi di *aftermarket*[527], ai fini della definizione dei mercati, occorre in primo luogo verificare se il bene primario e il servizio secondario possano essere analizzati, sulla base di fattori quali le scelte della domanda e la struttura dell'offerta, come un unico sistema o come mercati distinti. In secondo luogo, qualora sia appurata l'assenza di un "sistema" e si sia in presenza di mercati distinti, dal momento che le condotte afferiscono ai servizi secondari, l'analisi della fattispecie abusiva si incentrerà sul mercato secondario. Il potere di mercato del produttore del dispositivo verrà, quindi, valutato nel mercato secondario della manutenzione. Ciò richiede di verificare se sussistano vincoli competitivi alle sue condotte sia nella forma di una concorrenza nell'offerta di servizi di manutenzione, sia di un potere disciplinante dovuto alle condizioni concorrenziali del mercato a monte (tali da rendere possibile un processo di sostituzione tra beni primari in conseguenza di modifiche peggiorative delle condizioni di servizio nel mercato secondario).

---

[527] Tra i casi che hanno ad oggetto l'analisi di mercati *aftermarket*, si ricordano Pelikan/Kyocera (1999), Info-Lab/Ricoh (1999), EFIM (2009) e Luxury Watches (2007/2014); anche il caso Novo Nordisk (1996), il caso Digital case (1997) e il caso IBM Mainframes Maintenance case (2011), chiusi con impegni. Si veda anche il contributo dal titolo "Competition Issues in Aftermarkets - Note from the European Union" alla Roundtable on Competition Issues in Aftermarkets dell'OCSE (2017). Sulla definizione dei mercati nei casi di *aftermarket*, la posizione della Commissione (2005, *DG Competition discussion paper on exclusionary abuses*), è quella di definire i mercati secondari seguendo la metodologia usata per la definizione di un mercato primario, cioè prendendo in esame le sole vendite del mercato secondario trascurando l'impatto sulle vendite del connesso mercato primario; cfr. §247. "*At the market definition stage the Commission applies the normal approach described above in Section 3 on market definition. This means asking whether the secondary products in a given aftermarket can be considered to form a relevant product market without taking into account effects on sales of the primary product giving rise to this particular aftermarket. In other words, the focus of the market definition exercise is on the aftermarket sales to customers who have already acquired the primary product and not on potential new future buyers of the primary product. The full effects of "bundle" or "systems" competition will thus be taken into account in the dominance analysis*". L'esame del grado di interdipendenza fra mercato primario e secondario, e quindi dell'effettiva capacità di esercizio di un potere nei mercati secondari da parte dei produttori integrati, viene invece rinviato al momento della valutazione del potere di mercato. Si consideri che la Commissione ha individuato distinti *aftermarkets* anche in casi nei quali la presenza di un elevato grado di interdipendenza tra il mercato primario e secondario ha indotto la Commissione a concludere per l'assenza di dominanza nel mercato secondario. Anche nella Background note dell'OECD (2017) si indica che "*In the European Union, market definition in aftermarket cases has been addressed both in the European Commission's Market Definition Notice and in EU Courts' case-law. The Notice suggests that the EC considers that two criteria should be taken into account when examining aftermarket products, namely: (i) the importance of the aftermarket product's compatibility with the primary product; and (ii) the characteristics of the primary product, and in particular its price and lifetime. According to the EC, a separate aftermarket would exist when compatibility with the primary product is important, the price of the primary product is particularly high, and the primary product has a long lifetime. The EU Courts have held that the existence of economic operators specialized and active solely on the aftermarket of a primary market, among other factors, reflect an indication of the existence of a separate aftermarket. Several cases have addressed the specific factors that indicate the potential for a separate aftermarket, including the CEAHR case and the EFIM case*".

341. Le risultanze istruttorie consentono di confutare l'esistenza di una domanda per un "sistema" e di un unico mercato composto da prodotti complementari (dispositivo e relativo servizio), e ciò in ragione di diversi fattori che caratterizzano la modalità di acquisto e di offerta di questa categoria di dispositivi e dei relativi servizi, indipendentemente dal tipo di apparecchio ad alta tecnologia in esame.

Gli elementi raccolti confermano l'ipotesi formulata in avvio di individuare, sotto il profilo merceologico, i seguenti mercati rilevanti:

- un mercato primario della produzione e commercializzazione dei dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia;
- tre distinti mercati secondari dei servizi di manutenzione su tali tipologie di apparecchi, ciascuno relativo al marchio del rispettivo fabbricante, c.d. mercati della manutenzione "*branded*" sui dispositivi proprietari; si tratta di mercati distinti dal mercato primario del dispositivo ma ad esso connessi, in ragione dell'indispensabilità del servizio di manutenzione al fine di un funzionamento e utilizzo sicuro del bene primario per il suo intero ciclo di vita, secondo le specifiche di ciascun produttore.

342. Nel presente caso, si è ritenuto di definire i mercati della manutenzione considerando la produzione degli *input* ad essa necessari quale fase a monte dei medesimi mercati, ma nulla osterebbe alla definizione di distinti mercati degli *input*, in particolare *software* e parti di ricambio, separati dai mercati dei servizi di manutenzione. Preme rilevare, in questa sede, che anche laddove si definissero distinti mercati degli *input*, l'analisi svolta consente di affermare che le conclusioni circa la posizione di assoluta dominanza dei produttori in merito a tali risorse non muterebbero. Del resto, anche la giurisprudenza eurounitaria, in casi analoghi, ha affermato che "*è determinante che possano essere identificati due diversi stadi di produzione tra loro collegati in quanto il prodotto a monte è un elemento indispensabile per la fornitura del prodotto a valle*"[528].

343. I dispositivi di diagnostica ad alta tecnologia costituiscono una particolare tipologia di dispositivi di diagnostica per immagini distinta dalle altre apparecchiature di diagnostica c.d. a medio-bassa tecnologia. Si tratta, infatti, di apparecchi connotati da una maggiore complessità tecnologica rispetto ai dispositivi a bassa tecnologia, che consentono di effettuare diagnosi più sofisticate, acquistati in numero limitato e a prezzi più elevati, con costi di installazione e sostituzione rilevanti e di natura non recuperabile. A prescindere dall'assenza di sostituibilità di tipo diagnostico, che non è qui posta in dubbio, le caratteristiche appena evidenziate accomunano tutti i dispositivi ad alta tecnologia (TAC, RM, sistemi di angiografia ecc.) e, dal punto di vista che rileva nel caso di specie, consentono di includerli in un medesimo mercato rilevante.

344. In tal senso, sono prive di pregio le argomentazioni delle Parti circa la necessità di individuare distinti mercati del prodotto per singola tipologia di apparecchiatura. Una maggiore segmentazione del mercato merceologico non muterebbe in alcun modo le conclusioni raggiunte circa i vincoli concorrenziali in una logica di *aftermarkets*. In tale contesto, contrariamente a quanto argomentato dalle Parti, è superfluo chiedersi se la domanda muterebbe la propria scelta di acquisto, ad esempio di TAC o RM, al variare del prezzo relativo tra questi prodotti. Ciò che rileva nei casi *aftermarket* è, verificare se le scelte di acquisto, di offerta e le condizioni di reazione della domanda (vincoli

[528] Cfr. CGUE, sentenza 29 aprile 2004, Causa C-418/01 IMS Health, punti 44 e 45. Analogamente si vedano le conclusioni dell'avvocato generale Antonio Tizzano presentate il 2 ottobre 2013.

concorrenziali) a monte presentino differenze tra le diverse tipologie di dispositivo tali da condurre a conclusioni difformi circa la capacità disciplinante del mercato a monte sulla vendita dei servizi a valle per le tipologie di dispositivi in esame.

345. A tale riguardo, dal lato della domanda, l'istruttoria a consentito di verificare che, tutte le tipologie di dispositivi ad alta tecnologia sono considerate di carattere strategico da parte delle strutture sanitarie, in quanto "*essenziali per l'erogazione dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA)*"[529]. Di conseguenza, non sussistono differenze nelle modalità di acquisto delle varie tipologie di apparecchi, tali da influenzare o condizionare in maniera diversa gli incentivi a competere negli affidamenti dei singoli dispositivi.

346. In merito alla reazione della domanda ad eventuali variazioni nell'offerta dei servizi di manutenzione sui singoli dispositivi ad alta tecnologia la possibilità che essa si realizzi concretamente non muta tra diversi dispositivi[530]. Infatti, la domanda si trova ad affrontare i medesimi ostacoli alla sostituzione anticipata del dispositivo, a prescindere dal tipo, nella forma di rilevanti *switching cost* determinati da:

- importanti costi fissi di installazione e dismissione;
- ostacoli contabili amministrativi;
- assenza di un mercato secondario degli apparecchi usati;
- oneri e tempistiche connesse agli obblighi di evidenza pubblica.

347. Quanto alla struttura dell'offerta, essa è caratterizzata, per tutte le tipologie di apparecchi ad alta tecnologia, da elevate barriere all'ingresso e dalla conseguente presenza, nel tempo, dei medesimi produttori, che partecipano agli affidamenti dei diversi dispositivi. Si tratta di pochi fabbricanti verticalmente integrati tra cui solo le Parti offrono l'intera gamma degli apparecchi ad alta tecnologia, ossia producono apparecchi in tutti i segmenti del mercato, mentre altri produttori di minori dimensioni concorrono limitatamente ad alcune tipologie di dispositivi[531].

348. Come anticipato, in merito ai servizi secondari, i dispositivi in esame sono beni durevoli che, a prescindere dal tipo, necessitano di costante servizio di manutenzione (incluse le parti di ricambio) per tutta la durata di uso effettivo del bene, al fine di garantirne il corretto funzionamento e il sicuro utilizzo nel tempo per la destinazione d'uso definita dal produttore.

349. L'analisi svolta ha messo in evidenza che l'acquisto di servizi di manutenzione per una porzione molto significativa della durata utile effettiva del dispositivo avviene in un momento diverso e attraverso modalità che differiscono dall'acquisizione del macchinario. Al momento dell'acquisto del dispositivo le strutture sanitarie, infatti, non possono e non vogliono procedere all'acquisto contestuale del servizio di manutenzione sullo stesso per l'intera durata di vita effettiva

---

[529] Cfr. DM 22 aprile 2014 G.U. Serie Generale, n. 110 del 14 maggio 2014; a titolo di esempio cfr. doc. VIII.739.

[530] A titolo esemplificativo, la stessa Siemens osserva in merito alla durata contrattuale dell'assistenza post-garanzia che essa "*è richiesta per periodi di durata variabile, che non sembrano legati al tipo di apparecchiatura*"; e altresì fornisce esempi di bandi in cui la struttura acquista in maniera congiunta diverse tipologie di apparecchi ad alta tecnologia (es. di Bologna acquisto di TAC e RM); cfr. doc. VIII.1226.

[531] Con riferimento all'impatto della sostituibilità dal lato dell'offerta nella definizione del mercato la Comunicazione della Commissione *cit* recita al punto 21 "*Si tratta di situazioni che si presentano in genere quando le imprese vendono una vasta gamma di varietà o di qualità di uno stesso prodotto; anche se per un dato consumatore finale o gruppo di consumatori finali le diverse varietà non sono sostituibili, esse saranno raggruppate in un unico mercato del prodotto purché la maggior parte dei fornitori siano in grado di offrire e vendere le diverse varietà nell'immediato e senza dover sostenere incrementi significativi dei costi, ossia nelle condizioni descritte sopra*".

del prodotto. Sussistono ragioni di carattere amministrativo, organizzativo, contabile ed altri elementi di asimmetria informativa che impediscono una valutazione anticipata degli effettivi anni di vita in uso del dispositivo e dei conseguenti costi della manutenzione. Dalle evidenze istruttorie è emersa l'impossibilità delle strutture sanitarie di considerare, al momento dell'acquisto del dispositivo, il complessivo *life-cycle cost* delle apparecchiature, in ragione della durata estremamente lunga e incerta dell'impiego dei dispositivi in esame nel nostro Paese e di un fabbisogno che muta nel corso del tempo in funzione del grado di obsolescenza del dispositivo e dell'evoluzione tecnologica.

Le caratteristiche del prodotto primario (apparecchi costosi, acquistati in numero limitato e che comportano rilevanti costi irrecuperabili in caso di dismissione prima dell'esaurimento del ciclo di vita utile) non consentono neanche una reazione rapida e diretta da parte delle strutture a mutamenti nelle condizioni di erogazione del servizio per i dispositivi già installati.

350. La vendita di servizi manutentivi configura, quindi, un mercato secondario – o *aftermarket* – distinto rispetto al mercato primario della vendita dei dispositivi stessi. Nel caso di specie, la vendita dei servizi manutentivi sui dispositivi ad alta tecnologia di ogni marchio corrisponde, altresì, a distinti mercati secondari ciascuno per marchio del fabbricante (c.d. *branded aftermarkets*).

351. Infatti, diversamente da quanto argomentato dalle Parti, secondo le quali, dal punto di vista merceologico, l'attività di manutenzione configurerebbe un unico mercato rilevante, senza distinzione per tecnologia (dispositivi ad alta e medio-bassa tecnologia) né per marchio del produttore, le evidenze acquisite hanno messo in luce che la complessità tecnologica dei dispositivi ad alta tecnologia, oggetto del presente procedimento, richiede una maggiore specificità manutentiva la quale si riflette in livelli di servizio richiesti e costi che differiscono da quelli della media-bassa tecnologia. L'erogazione dei servizi di manutenzione su questi apparecchi ad alta tecnologia, inoltre, richiede la disponibilità di una serie di risorse specifiche a ciascun marchio (manuali di istruzione, *service software*, parti di ricambio), detenute da ciascun produttore e non sostituibili con risorse sviluppate per marchi concorrenti, in assenza delle quali il manutentore non è in grado di svolgere il servizio a norma.

352. Sotto il profilo geografico, la dimensione dei mercati rilevanti è da ritenersi nazionale, in considerazione delle modalità di acquisto della domanda e della circostanza che, ai fini dell'offerta, sia la produzione e commercializzazione dei dispositivi, sia la loro manutenzione richiedono la presenza sul territorio di una rete di vendita e logistica su scala nazionale per la gestione del parco installato. Le Parti del procedimento, anche se appartenenti a gruppi esteri, operano sul territorio italiano attraverso filiali, che in qualità di distributori autorizzati sono attive nella vendita dei dispositivi e nella manutenzione degli stessi.

353. Dal lato dell'offerta, l'erogazione dei servizi di manutenzione può essere affidata non solo ai fabbricanti, ma anche a ditte specializzate indipendenti; benché più raro in Italia, per questi tipi di apparecchi ad alta tecnologia qualora il servizio non sia esternalizzato può essere anche eseguito da tecnici interni alla struttura sanitaria con risparmi di costo.

354. Ciononostante, l'istruttoria ha permesso di individuare la sussistenza di una posizione dominante di tali produttori, integrati verticalmente nell'attività di manutenzione ciascuno sui dispositivi a marchio proprio, nei rispettivi mercati secondari. In particolare, secondo la metodologia sviluppata dalla Commissione e avallata dalla giurisprudenza europea (in particolare della Corte di

giustizia UE sul caso EFIM)[532], nei casi di *aftermarket* si tratta di valutare se sussistano elementi disciplinanti del potere di mercato che i produttori detengono a valle nei rispettivi mercati secondari. A tale fine occorre considerare:

a. il grado di interdipendenza delle scelte di acquisto tra mercato primario e mercati secondari (*i.e.* la capacità previsiva della domanda in fase di nuovi acquisti di dispositivi);

b. le condizioni concorrenziali del mercato primario, che influenzano anche la capacità di reazione della domanda sul mercato primario a fronte del possibile sfruttamento del potere di mercato nei mercati secondari (*i.e.* la capacità di reazione dei consumatori c.d. *locked in* a valle, ossia quelli che hanno già effettuato la scelta del dispositivo).

355. Secondo il *test*, se un consumatore, al momento dell'acquisto del bene primario è in grado di tenere in considerazione tutti i fattori rilevanti per la decisione di acquisto del bene secondario (a.)[533] e, al contempo, il mercato primario gode di condizioni sufficientemente concorrenziali, allora il consumatore può reagire a fronte di condotte abusive sul mercato secondario tramite uno *switch* sul mercato primario (b.)[534]. In tali circostanze non sarà quindi possibile individuare una posizione dominante nel mercato secondario[535].

356. Al riguardo, si rileva che l'attività istruttoria ha messo in evidenza la posizione di assoluto rilievo detenuta da ciascun produttore nell'aftermarket della manutenzione sui dispositivi a marchio proprio. La quota di mercato si stima per ciascun fabbricante sempre superiore al 90% in termini di numero di dispositivi manutenuti rispetto al numero di macchine installate funzionanti e, quindi, oggetto di manutenzione a marchio proprio[536]. Allo stato non si è esplicata una effettiva concorrenza nell'erogazione della manutenzione sui dispositivi ad alta tecnologia: a fronte della significativa posizione di ciascun fabbricante, verticalmente integrato nella produzione dei dispositivi, la presenza di operatori indipendenti nell'attività di manutenzione sui dispositivi a marchio proprietario è ancora del tutto marginale.

357. Numerose evidenze agli atti confutano le argomentazioni difensive delle Parti, secondo le quali, anche ammesso che si possano individuare distinti mercati secondari *branded* (per marchio), l'interdipendenza sussistente tra il mercato primario e quelli secondari non consentirebbe di configurare posizioni dominanti negli *aftermarket*. Secondo le Parti, l'assenza di miopia (sui costi

---

532 Nel caso EFIM la Corte ha confermato l'impostazione metodologica sviluppata dalla Commissione nel caso Pelikan/Kyocera. Cfr. COMP/C-3/39.391 EFIM e Judgment of the General Court of 24 November 2011, European Federation of Ink and Ink Cartridge Manufacturers (EFIM) v European Commission, Case T-296/09, EU: T:2011:693, confirmed by the Court of Justice Case on 19 September 2019, EFIM v Commission, Case C-56/12 P, ECLI:EU:C:2013:5

533 Rilevano ai fini di quest'analisi la trasparenza delle informazioni a disposizione della domanda su: i) il prezzo e la durata del ciclo di vita del bene primario; ii) i prezzi e le altre condizioni di offerta del servizio secondario; iii) l'incidenza del prezzo del servizio secondario sul valore del bene primario. In aggiunta, elementi indicativi dell'interdipendenza nelle decisioni di acquisto di bene primario e servizio secondario sono anche: i) se il bene primario sia di norma acquistato o acquisito in forma di noleggio o leasing; e ii) se la discriminazione di prezzo tra nuovi e vecchi clienti sia possibile.

534 Cfr. p. 249, *Discussion Paper*.

535 Infatti, una viva competizione nel mercato primario potrebbe rendere non profittevole un aumento di prezzo del servizio di manutenzione, a causa dell'impatto negativo sulle vendite dei dispositivi dello stesso produttore sul mercato primario. In altri termini, un'accesa concorrenza nel mercato primario garantirebbe che il prezzo complessivo del *bundle* costituito dalla vendita contestuale del dispositivo e della manutenzione si attesti su livelli concorrenziali. In questa ipotesi, non potrebbe parlarsi di dominanza dell'impresa nel proprio *aftermarket.*

536 Come si dirà sussistono una serie di dispositivi che sebbene risultino ancora installati presso le strutture di fatto non sono oggetto di manutenzione da parte di nessun operatore poiché tecnologicamente obsolete, avendo ampiamente superato la durata di vita attesa.

della manutenzione per l'intero ciclo di vita del prodotto primario) che connoterebbe le scelte della domanda e la competizione nel mercato a monte dei dispositivi impedirebbero l'esercizio del potere di mercato nell'offerta di servizi di manutenzione in ragione della capacità di reazione della domanda e dell'impatto negativo che ne deriverebbe sulle vendite dei beni primari dello stesso produttore[537].

358. Come anticipato e come meglio dettagliato nel seguito, seguendo l'EFIM *test*, dagli elementi raccolti è invece emerso, in primo luogo, che non sussiste un sufficiente grado di interdipendenza tra il mercato a monte e quelli a valle nel momento della scelta del dispositivo. Ciò deriva, in particolare, dalla durata estremamente lunga del ciclo di vita dei dispositivi – peculiarità del mercato italiano nel panorama europeo e internazionale[538] - e tale per cui la domanda per i servizi di manutenzione, pubblica e privata, non è in grado di anticipare il fabbisogno di servizi di manutenzione e quelli che saranno i costi effettivi da sostenere lungo l'intera vita utile del dispositivo.

Le capacità di previsione della domanda incontrano, quindi, dei limiti oggettivi connessi alla lunghezza del periodo di utilizzo effettivo dei dispositivi. Né a tale riguardo i risultati del sondaggio IPSOS commissionato dai tre fabbricanti possono in alcun modo essere considerati prova valida per contraddire l'assenza di evidenze di interdipendenza tra i mercati.

Infatti, anche in presenza di una domanda consapevole nel breve termine, su un arco temporale molto lungo possono intervenire mutamenti regolatori, produttivi, di mercato e più in generale di contesto, che impediscono una corretta stima *ex ante* del fabbisogno complessivo di manutenzione e, quindi, dei relativi costi. Eventuali indicazioni *ex ante*, possono, pertanto essere del tutto ininfluenti sulle scelte future dei servizi da parte della domanda.

359. Anche nel caso in cui si esplichi un confronto competitivo tra i fabbricanti, l'acquisto congiunto, come visto, copre una durata limitata della vita utile del bene; in tale contesto, un fabbricante razionale non potrà che definire la sua politica di prezzo a monte in funzione della remunerazione del servizio su quell'arco temporale. In altri termini, non può in alcun modo ritenersi che il prezzo che si determina dal confronto negli affidamenti congiunti (bene primario e servizi) per la durata della garanzia (o al più per il limitato periodo di estensione della garanzia) possa rappresentare un prezzo concorrenziale di riferimento per gare future del solo servizio. In ogni caso, la manutenzione successiva viene affidata in un momento decisionale distinto, caratterizzato da regole e attori diversi, che implica una logica completamente diversa di fissazione di prezzi. Devono tenersi in considerazione, inoltre, gli ulteriori ostacoli, anche di natura amministrativa, che impediscono di sottoscrivere contratti completi al momento dell'acquisto del dispositivo: tra questi, rigidità delle regole di contabilità pubblica e vincoli di bilancio.

360. Non da ultimo, le evidenze dimostrano che la domanda si esprime liberamente rispetto al numero di anni di manutenzione che sceglie di acquisire al momento dell'acquisto del dispositivo; indipendentemente dalle concrete capacità/possibilità di stima dei costi di manutenzione su un orizzonte di lungo periodo, la domanda deve poter mantenere la libertà di scelta delle modalità con

---

[537] Cfr. Memorie economiche rispettivamente per Siemens doc. VIII.881, per Philips doc. VIII.756 e per GE doc. VIII.782 (versione in lingua italiana del doc. VIII.769 versione in inglese).

[538] Cfr. Rapporto COCIR sull'obsolescenza del parco installato in Europa del 2019.

le quali provvedere alla manutenzione, anche rinviando l'acquisto dei relativi servizi ad un momento successivo, senza per questo vedersi precluse condizioni di offerta concorrenziali.

361. Quanto alla capacità disciplinante che discenderebbe dalla competizione nel mercato primario, l'istruttoria ha confermato che non ricorrono neanche i presupposti per una reazione tempestiva della domanda a mutamenti nelle condizioni di erogazione del servizio.

Si è riscontrata, infatti, la presenza di significativi *switching costs* per il passaggio ad un dispositivo concorrente nel corso della vita utile del macchinario in uso. La presenza di *switching costs* limita la capacità della domanda, che, come detto, effettua acquisti ripetuti nel tempo dei servizi di manutenzione in una posizione di *lock in* (perché ha già scelto il bene), di reagire fattivamente all'esercizio del potere di mercato nella manutenzione cambiando dispositivo.

Si tratta, infatti, di costi che sono connessi, tra l'altro, a stringenti vincoli di bilancio, che condizionano l'effettiva dismissione di un apparecchio prima del suo completo ammortamento, all'assenza di un mercato secondario per i dispositivi usati, nonché a significativi investimenti non recuperabili sostenuti al momento dell'acquisto del dispositivo, a fronte della scelta di passare ad un macchinario della concorrenza.

362. Nessun ruolo disciplinante può riconoscersi, altresì, all'effetto reputazionale invocato dalle Parti, che tratterrebbe i produttori dall'assumere condotte abusive nel mercato della manutenzione. Infatti, il ricorso a procedure ad evidenza pubblica per l'acquisizione dei dispositivi impedisce alla stazione appaltante di operare una selezione *ex ante* degli offerenti sulla base delle condizioni praticate in contratti precedenti su un diverso mercato (manutenzione) o con riferimento a diversi beni. Al riguardo, saranno infatti le nuove condizioni offerte dai partecipanti alla diversa procedura di acquisto del dispositivo a determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, senza che la struttura sanitaria possa tenere in considerazione condotte che l'impresa partecipante ha assunto con riguardo al servizio di manutenzione erogato in un diverso momento e su un diverso dispositivo.

363. Nei paragrafi seguenti si procederà all'analisi del mercato primario della produzione e commercializzazione dei dispositivi ad alta tecnologia e dei distinti mercati secondari dei servizi di manutenzione sui marchi propri dei fabbricanti (monomarca). Seguiranno considerazioni, già anticipate sopra, circa la sussistenza della dominanza delle Parti nei tre distinti *aftermarket,* attraverso l'esame delle caratteristiche concorrenziali riscontrabili nel mercato primario e nei mercati secondari, nonché dell'interdipendenza tra le scelte di acquisto di dispositivi e relativi servizi di manutenzione.

V.1.2 Il mercato primario della produzione e commercializzazione di dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia

364. Le risultanze istruttorie relative al mercato primario in cui sono attive le Parti del procedimento, diffusamente descritte nella parte in fatto, consentono di individuare un mercato della produzione e commercializzazione dei dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia (anche indicati come "*grandi apparecchiature sanitarie*"), distinto da quello dei dispositivi di media e bassa tecnologia e, come detto, separato dai mercati dei servizi di manutenzione.

Come argomentato in premessa, non possono essere accolte le argomentazioni delle Parti sulla necessità di definire distinti mercati rilevanti per tipologia di prodotto anche al fine di identificare la "quota di mercato" e la relativa dominanza di ciascun produttore nei mercati a valle.

365. Come osservato nella parte in fatto, i dispositivi ad alta tecnologia consentono indagini cliniche più avanzate - spesso indispensabili alla diagnosi di alcune più complesse patologie mediche

– e si connotano per un grado elevato di complessità tecnologica, sia nel funzionamento che nelle fasi di sviluppo e produzione. Si tratta di dispositivi considerati strategici per le strutture sanitarie poiché rientranti nella categoria di apparecchi "*essenziali per l'erogazione dei Livelli Essenziali di Assistenza* (LEA)".

Essi, in tal senso, si distinguono dagli apparecchi a media e bassa tecnologia che non rientrano nella categoria degli apparecchi strategici; essi presentano, altresì, costi notevolmente più elevati e sono presenti in numero molto più limitato nelle strutture sanitarie[539].

Le scelte di acquisto dei dispositivi ad alta tecnologia sono dettate, a prescindere dal tipo di apparecchio, dalla necessità delle strutture sanitarie di erogare sofisticate prestazioni di diagnosi clinica tali da garantire il raggiungimento *dei Livelli Essenziali di Assistenza*.

366. Per quanto riguarda la dimensione geografica del mercato, gli operatori attivi in Italia, anche se appartenenti a gruppi esteri, operano attraverso filiali localizzate sul territorio nazionale e che operano in qualità di distributori autorizzati dalla casa madre per l'intera gamma dei dispositivi ad alta tecnologia immessi nel territorio nazionale. La produzione e commercializzazione dei prodotti in questione richiede, infatti, una rete di vendita presente sul territorio che si incarica dei rapporti con la committenza, del rispetto della normativa specifica di settore, nonché dello svolgimento di una serie di attività connesse alla vendita, quali l'installazione e il collaudo dell'apparecchio e la gestione della garanzia. Per quanto precede, si ritiene che il mercato della produzione e commercializzazione di apparecchiature di diagnostica per immagini ad alta tecnologia abbia dimensione nazionale.

367. La domanda è costituita da strutture sanitarie pubbliche e private, tra cui la maggior parte convenzionate con il sistema sanitario nazionale[540], caratterizzate da differenti modalità di acquisto[541]: la domanda pubblica si esprime attraverso gare bandite sia dalle singole strutture sanitarie sia tramite procedure centralizzate di soggetti aggregatori della domanda, come la centrale d'acquisto nazionale Consip e le centrali di acquisto regionali; le strutture sanitarie private procedono agli acquisti sostanzialmente attraverso trattative private con i produttori che non si limitato a una sola tipologia di apparecchio.

Si è detto come alla domanda pubblica sia riconducibile circa il *[omissis]* della domanda totale[542] e come questa caratterizzi in modo fondamentale le dinamiche del mercato. In particolare, la rigidità e i vincoli di bilancio che distinguono i processi di acquisto delle strutture pubbliche incidono in modo determinante sulle caratteristiche del mercato. Vi sono agli atti diversi documenti da cui si evince l'influenza delle dinamiche osservate con riguardo alla domanda pubblica e, in particolare, i

---

539 Cfr. "*Rapporto sulla rilevazione delle apparecchiature sanitarie in Italia*" *cit.*, pag. 33 e seguenti. A dati 2016 il parco totale installato in Italia di dispositivi medici per immagini (sia di medio bassa che ad alta tecnologia) era di circa 52.000 di cui l'11% era rappresentato da dispositivi ad alta tecnologia mentre il restante 89% da dispostivi a media-bassa tecnologia (Cfr. "*Osservatorio parco installato: Le apparecchiature di diagnostica per immagini in Italia*", Edizione 2017, Assobiomedica). Cfr. anche doc. VIII.773 di Philips.

540 Cfr. doc. VIII.1094

541 Tra cui le ASL, le aziende ospedaliere, gli istituti di cura, i policlinici universitari, le case di cura, gli istituti privati, gli studi privati ecc.

542 Cfr. "*Rapporto sulla rilevazione delle apparecchiature sanitarie in Italia*" *cit.*, pag. 33 e seguenti. Cfr. anche doc. VIII.773 di Philips. A dati 2016 il parco totale installato in Italia di dispositivi medici per immagini (sia di medio bassa che ad alta tecnologia) era di circa 52.000 (Cfr. "*Osservatorio parco installato: Le apparecchiature di diagnostica per immagini in Italia*", Edizione 2017, Assobiomedica).

vincoli derivanti dalla c.d. *spending review* (del 2015), sulla domanda privata, soprattutto quella che opera in regime di convenzione[543].

368. L'acquisto dei dispositivi risulta la forma di approvvigionamento più diffusa rispetto ad altre modalità di acquisizione dei macchinari, quali il noleggio, il *leasing* o il *pay per use*, in cui la proprietà del bene resta del produttore. Come visto, queste forme alternative all'acquisto del prodotto rivestono ancora, in Italia, un peso marginale sul complesso del mercato[544].

369. L'istruttoria ha permesso di accertare, inoltre, che gli acquisti dei dispositivi medici avvengono senza un andamento costante e predefinito, essendo guidati dalle necessità di sostituzione del parco obsoleto o dal nascere di nuove esigenze di tipo clinico[545] e ciò a prescindere dal tipo. Peraltro, tutti i dispositivi ad alta tecnologia sono connotati da un rilevante costo di acquisizione e installazione presso le strutture sanitarie – che unito agli stringenti vincoli di finanza pubblica del nostro Paese - fanno sì che tali apparecchiature non vengano mai sostituite prima della conclusione del loro periodo teorico di adeguatezza tecnologica, di norma corrispondente ad almeno sette anni, ma spesso ben oltre tale termine[546]. Si tratta, come anticipato, di una peculiarità del contesto italiano, che differenzia il mercato nazionale dal contesto europeo.

Per questa ragione, gli acquisti (per il rinnovo del bene obsoleto) di tali dispositivi avvengono a intervalli anche molto distanziati nel tempo e, nel caso di procedure di gara indette dalle centrali di acquisto, possono riguardare un numero elevato di macchinari. Diversamente, le procedure bandite dalle singole strutture sanitarie riguardano di norma un numero molto ridotto di apparecchi.

370. Quale conseguenza, la domanda si esprime in modo sufficientemente eterogeneo, articolandosi sia sotto il profilo dimensionale (grandi centrali d'acquisto rispetto a singole strutture sanitarie di piccole dimensioni), sia dal punto di vista della natura – pubblica o privata - dell'acquirente.

I diversi vincoli di bilancio che insistono sulle singole strutture sanitarie, per effetto delle disposizioni dei vari Sistemi Sanitari Regionali, hanno l'effetto di rendere le procedure d'acquisto piuttosto indipendenti dal confronto con analoghe procedure condotte da amministrazioni diverse e in momenti diversi.

Si anticipa che l'insieme di questi fattori è idoneo ad incidere in termini negativi sulla possibilità di azione di meccanismi reputazionali. In particolare, tanto minori sono le capacità di confronto per la singola struttura sanitaria con esperienze di diverse amministrazioni, tanto maggiore sarà la libertà

---

543 In una presentazione interna a GE (2017) nel commentare la situazione nazionale si legge "***Private*** *market heavily dependent from* ***Public funds*** *and keep a process of* ***aggregation*** *into bigger chain*"; cfr. doc. VIII.885 All.9, p. 3. In un altro documento GE sottolinea, altresì, come "*National healthcare spending review impacts also Private Customers operating within National Health*" […] "*Svc Contract re-negotiations… benchmark with Svc price* [tendenza all'allineamento dei prezzi alle gare pubbliche]; *Acquisition by Private Chains… Svc price as fix % of EQ value* [applicazione del medesimo di criterio di valorizzazione dei servizi usato nelle gare pubbliche]*; More interest to evaluate alternative Svc Provider (3rd parties)*".cfr. doc. V.397 (2017) p. 6; anche in altra documentazione GE sottolineava come, dopo il 2015, anche le strutture private fossero più attente ai costi; doc. V.515 GE.

544 Cfr. doc. VIII.753. VIII.760, VIII.1066.

545 Cfr. VIII.753 (ALISA). ALISA ha dichiarato che "*visti i pochi fondi disponibili è proprio l'obsolescenza delle apparecchiature e la necessità di sostituzione che guida tutta la programmazione degli acquisti di nuove macchine"*. La ASL Viterbo ha affermato che "*l'acquisto dei dispositivi prescinde da considerazioni sul costo della manutenzione poiché dipende dalle prestazioni che la struttura intende erogare*".

546 Cfr. "*Osservatorio parco installato: le apparecchiature di diagnostica per immagini in Italia".* Anche Pubblicazioni COCIR sull'obsolescenza del parco nei paesi europei compresa l'Italia*;* cfr. doc. VIII.1100.

di azione di cui gode il produttore del dispositivo nella definizione delle proprie condizioni di offerta (sia con riferimento alla vendita dei dispositivi, sia soprattutto con riguardo al servizio di manutenzione sugli stessi).

371. A prescindere dal tipo di apparecchio (sia esso TAC o RM o altro apparecchio di diagnostica ad alta tecnologia) l'elevata durata in uso dei macchinari in questione è resa possibile anche dall'assenza di innovazioni radicali nei loro meccanismi di funzionamento. L'innovazione per queste tipologie di apparecchi ha riguardato piuttosto i livelli di *performance* delle apparecchiature, che possono essere adeguati anche sui macchinari già installati presso le strutture sanitarie, attraverso gli aggiornamenti del *software* (*upgrade* e *update*) realizzati dalle case produttrici[547],[548] e/o l'uso di nuove parti di ricambio[549], senza la necessità di procedere alla sostituzione del dispositivo. Gli aggiornamenti dei *software* rendono possibile un significativo allungamento della vita utile del dispositivo, estendendolo ben oltre il termine di adeguatezza tecnologica e, come visto, sono guidati quasi esclusivamente da scelte del produttore. Per tutti i tipi di apparecchi, come anticipato, ciò impedisce l'acquisto a "sistema" dell'apparecchio unitamente all'insieme completo dei servizi di manutenzione che si renderanno necessari al suo utilizzo per l'intera durata in uso della macchina, in quanto il fabbisogno e le condizioni di acquisto del servizio mutano nel tempo. Ciò concorre, altresì, a distinguere il momento dell'acquisto del bene da quello dell'acquisto del servizio di manutenzione e avvalora la conclusione circa l'esistenza di un mercato primario distinto dai mercati secondari della manutenzione.

372. Lo stato di obsolescenza del parco installato è anche la causa principale dell'assenza, in Italia, di un mercato secondario di dispositivi usati, da destinare al ricondizionamento e/o alla rigenerazione, dell'intero apparecchio così come delle sue parti[550]. L'elevato grado di usura e deterioramento dei macchinari, spesso già dichiarati fuori produzione dal fabbricante, al momento della loro dismissione da parte delle strutture sanitarie, priva gli stessi di valore commerciale[551] e incide in modo significativo sull'analisi costi-benefici di una eventuale dismissione anticipata del macchinario, che le parti invocano come opzione di reazione della domanda a fronte di condotte abusive nel mercato secondario.

373. Dal lato dell'offerta, la complessità tecnologica degli apparecchi e delle loro componenti fondamentali si riflette in una struttura del mercato molto concentrata[552]: nel mercato italiano si evidenzia la presenza preponderante dei tre gruppi GE, Siemens e Philips, tutti attivi a livello

---

[547] Nel corso delle audizioni con la domanda pubblica è stato osservato che i dispositivi ad alta tecnologia hanno una durata di vita media elevata con una innovazione tecnologica radicale non particolarmente rapida, e con un uso di materiale di consumo limitato, tale da rendere, in linea di principio, non necessaria una frequente sostituzione del dispositivo (Cfr. doc. VIII 760, verbale audizione ASL Viterbo). È stato, altresì, rilevato che, con riguardo ai dispositivi di radiodiagnostica, la modalità di risoluzione dell'immagine non è molto cambiata negli ultimi 30 anni mentre sono state effettuati miglioramenti circa il quantitativo di emissione delle radiazioni, per ridurne l'esposizione nociva sui pazienti (cfr. doc. VIII.753, verbale audizione ALISA).

[548] Philips ha dichiarato che "*il ciclo di vita dei dispositivi medici è in ogni caso generalmente lungo rispetto ad altre industrie: se si conta il tempo che intercorre tra la prima introduzione sul mercato del prodotto e le date EOL/EOS finali, il ciclo di vita complessivo supera facilmente i venti anni*" Cfr. doc. VIII.621 p. 3.

[549] Cfr. doc. VIII.947 Verbale di Audizione tecnica di GE.

[550] Vedi anche doc. VIII.844 (DBA Solution).

[551] Vedi anche doc. VIII.948 (HTS).

[552] I rappresentanti di ESTAR hanno osservato che "*Nel caso di apparecchi ad alta tecnologia esiste un numero molto limitato di produttori*"; cfr. doc. VIII.727.

mondiale, con quote di mercato in Italia sostanzialmente uniformi nel tempo, nell'ordine del 30-35% ciascuna (dato medio del periodo 2017-2019). Si tratta, come visto, dei soli operatori attivi nell'offerta dell'intera gamma di dispositivi ad alta tecnologia, a fronte delle posizioni marginali di operatori minori, sia in termini di quota di mercato che di ampiezza di gamma[553].

374. Nelle proprie memorie, le Parti hanno fatto riferimento a quote di mercato più contenute, che tuttavia sono frutto di elaborazioni che includono anche le vendite di apparecchiature di livello tecnologico inferiore, non ricomprese nel mercato rilevante[554].

375. Più in generale, le Parti sostengono l'esistenza di una viva competizione tra operatori nel mercato primario, che impedirebbe l'esercizio del potere di mercato anche nei mercati secondari. A sostegno del dinamismo del mercato dei dispositivi, le Parti hanno evidenziato la variabilità delle proprie quote da un anno all'altro, nonché la progressiva erosione delle posizioni vantate dai maggiori *players* da parte di operatori minori già presenti nel mercato, come Toshiba, o di altri soggetti nuovi entranti.

376. Al riguardo, si rileva che le oscillazioni nel valore delle vendite hanno natura fisiologica nel mercato in esame, date le modalità di approvvigionamento da parte delle strutture sanitarie e non possono essere considerate un indice di accesa concorrenza. Come visto, gli ordini di dispositivi hanno carattere non continuativo (dato il lungo ciclo di vita dei prodotti installati) e le procedure di gara indette dai soggetti aggregatori della domanda pubblica possono riguardare anche un numero elevato di macchine, con l'effetto di determinare oscillazioni apprezzabili nella quota dei diversi operatori da un anno all'altro, grazie all'aggiudicazione di singole procedure[555].

377. La circostanza che le quote di mercato possano presentare una certa variabilità tra segmenti e negli anni non inficia la conclusione che si tratta per tutti i tipi di apparecchi ad alta tecnologia in esame (TAC, RM, sistemi di angiografia etc.) di un mercato connotato da una struttura fortemente oligopolistica in cui le barriere all'ingresso sono elevate.

378. Quanto alla presenza di concorrenti effettivi o potenziali, è solo il caso di ricordare che questi apparecchi si distinguono per l'elevatissimo livello tecnologico, che si riflette in ingenti investimenti nei processi di ricerca e sviluppo, finalizzati all'avanzamento continuo delle tecnologie di diagnosi medica. L'entità di tali investimenti rappresenta un ostacolo significativo allo sviluppo di nuovi operatori nella produzione dei dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia.

Dall'analisi delle gare CONSIP, a prescindere dal tipo di apparecchio oggetto di gara, gli operatori che presentano offerte sono di norma solo tre o al massimo quattro (oltre a Siemens, Philips e GE anche Toshiba-Canon). Anche con riferimento al settore privato, sulla base dei dati trasmessi da

---

553 La Clinica privata Humanitas ha indicato che "*I fornitori più rilevanti sul mercato dell'alta tecnologia per lo meno, ad esempio per le TAC, risonanze magnetiche e gamma camere, sono GE, Siemens, Philips. Per dispositivi ad alta tecnologia come gli acceleratori* [lineari] *i produttori di riferimento sono Varian e Electra. Altri produttori tra cui Canon/Toshiba e Fuji sono maggiormente specializzati in media tecnologia*"; cfr. doc. VIII.840 (Humanitas). Si vedano anche le dichiarazioni dei manutentori indipendenti, tra cui doc. VIII.835 (Hospital Consulting), VIII.844 (BDA Solution), VIII.848 (Tecnologie Sanitarie); cfr. anche doc. VIII.631 (Siemens). Tra gli operatori del mercato con quote di mercato più ridotte sono menzionati è possibile menzionare Toshiba (Canon) con quote individuali del 10% circa e altri minori tra cui), Hitachi Medical Systems, Esaote, Carestream Health, Hitachi, Neusoft (cfr. I.20 Frost&Sullivan).

554 Cfr. memorie economiche delle Parti: GE (pag 36, 37 memoria economica, figura 15); Siemens (pag. 52 memoria economica, tabella 9, tabella 10); Philips (pag. 38 memoria economica, table 17, table 18).

555 Come detto da GE "*La domanda per la fornitura di dispositivi DI è "discontinua", nel senso che hanno luogo relativamente poche transazioni, di valore elevato*" cfr. doc. VIII.782 (versione Italiana di doc. VIII.769), cfr. doc. VIII.773.

Humanitas, risulta che di fatto, nel quinquennio 2013-2018, tale struttura ha acquistato dispositivi ad alta tecnologia esclusivamente dei marchi Philips, Siemens e GE[556]. In linea con tale conclusione, i dati forniti dalle Parti non fanno emergere una significativa crescita delle quote di mercato dei produttori minori, che nel 2017 si attestavano nel complesso al 10% circa[557].

379. In conclusione, si osserva un mercato della produzione e vendita dei dispositivi ad alta tecnologia in Italia:

- distinto dai mercati secondari della manutenzione;
- distinto dal mercato degli apparecchi a bassa tecnologia;
- fortemente concentrato nelle mani dei tre operatori integrati Parti del procedimento, unici a disporre dell'intera gamma dei dispositivi ad alta tecnologia, con quote simmetriche e stabili nel tempo e connotato da elevate barriere all'ingresso;
- con una domanda che acquista le diverse tipologie di dispositivi ad alta tecnologia con le medesime modalità, che è connotata da vischiosità e che si esprime in maniera frammentata e discontinua nel tempo;
- una durata di vita utile dei dispositivi (a prescindere dal tipo) molto elevata in Italia e che supera largamente anche la durata di adeguatezza tecnologica degli apparecchi;
- sostanzialmente priva di un mercato di sbocco delle apparecchiature usate.

V.1.3 I mercati secondari della manutenzione sui dispositivi diagnostici ad alta tecnologia a marchio dei singoli produttori

380. I servizi di manutenzione sui dispositivi di diagnostica ad alta tecnologia consistono in attività svolte da personale tecnico specializzato, sia periodicamente in forma preventiva, sia in occasione di malfunzionamenti o guasti del dispositivo e includono la sostituzione delle parti di ricambio che hanno terminato la loro vita utile o si sono danneggiate. Si tratta di un servizio necessario e indispensabile al corretto funzionamento e utilizzo nel tempo del bene primario durevole e per tale motivo i servizi rappresentano, di conseguenza, un bene accessorio, secondario rispetto all'apparecchio. Tuttavia, come anticipato, si tratta di servizi non acquisibili (se non per una parte limitata della vita del prodotto) al momento dell'acquisto del dispositivo, che permane in vita per un periodo estremamente lungo, ma in un momento diverso e attraverso modalità che differiscono dall'affidamento del bene primario.

Si rammenta, per quanto detto in premessa e per come verrà ulteriormente declinato nell'analisi della dominanza, che non si ravvisano le condizioni per configurare l'esistenza di un sistema tra il bene primario - *i.e.* i dispositivi - e i servizi accessori di manutenzione, in relazione ai quali si procederà ad individuare tre distinti mercati del prodotto, uno per ciascun marchio di produzione.

381. In primo luogo, vale rammentare che, per le strutture pubbliche, l'affidamento dei servizi di manutenzione dei dispositivi medici ricade nell'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, pertanto, l'affidamento degli stessi deve di regola avvenire attraverso procedure ad evidenza pubblica: i) affidamenti diretti per infungibilità; ii) gare per l'acquisizione dei servizi di manutenzione su dispositivi di alta diagnostica specifiche per marca (monomarca) e iii) gare per l'acquisizione dei servizi di manutenzione su tutti i tipi di dispositivi (multimarca o *multi vendor*).

---

556 Cfr. doc. VIII.877 All.2.

557 Cfr. doc. VIII.732 (Philips) e VIII.730 (Siemens). Entrambe identificano quale unico significativo concorrente attivo nell'alta tecnologia, diverso dalle altre Parti del procedimento, il gruppo oggi Canon/Toshiba.

Le strutture sanitarie private si riforniscono dei servizi di manutenzione prevalentemente con trattativa privata.

382. Le evidenze agli atti consentono di confutare la tesi delle Parti circa l'esistenza di un mercato unico della manutenzione inclusivo di alta e medio-bassa tecnologia e indistinto per marchio e che questo di fatto coincida con la modalità di affidamento *multi-vendor*, in particolare nella forma delle gare c.d. *integrated global service*.

383. Relativamente alla (asserita) sostituibilità tra tecnologie, contrariamente alle argomentazioni delle Parti, il procedimento ha consentito di appurare che l'insieme dei servizi di manutenzione sui dispositivi di diagnostica ad alta tecnologia, analogamente a quanto avviene sul rispettivo mercato primario, si distingue dai servizi di manutenzione relativi agli apparecchi a medio-bassa tecnologia. Si tratta, infatti, di dispostivi che presentano un alto livello tecnologico anche in ragione della prevalenza della componente informatica dei processi e delle loro componenti (e/o parti di ricambio) oltre che del livello di rischio associato alla tecnologia. La natura peculiare e più complessa dei dispositivi ad alta tecnologia, rispetto agli altri dispositivi di diagnostica per immagini a medio-bassa tecnologia (inclusi gli apparecchi biomedicali), si traduce, come riferito dalla domanda, in un'attività di manutenzione a più elevata complessità peculiare a ciascuna macchina; non è raro che gli affidamenti per questi apparecchi siano riferiti a servizi di manutenzione per apparecchiature elettromedicali a '*ELEVATA TECNOLOGIA'* e/o '*PARTICOLARMENTE* COMPLESSE' e/o di 'RILEVANZA STRATEGICA'. La maggiore complessità tecnologica e, di conseguenza, specificità manutentiva è tale da richiedere, come si dirà diffusamente nel seguito, l'uso di specifici *input* per l'esecuzione della manutenzione (istruzioni, *service software* e parti di ricambio) e adeguate competenze tecniche[558].

384. I macchinari ad alta tecnologia sono presenti nelle strutture sanitarie in numero limitato e sono difficilmente sostituibili con apparecchiature mobili o provvisorie (i c.d. muletti) come invece accade per gli apparecchi a medio-bassa tecnologia, con la conseguenza di determinare un'interruzione del servizio di diagnosi clinica in caso di guasto[559]. Questo determina una specificità anche in relazione ai livelli di servizio domandati: nel caso dell'alta tecnologia sono richiesti maggiore tempestività di intervento e un numero di giorni di fermo macchina inferiore, per garantire la continuità del servizio medico[560]. Si tratta di differenze che si riflettono in costi per la manutenzione, diversi tra medio-bassa e alta tecnologia.

385. Per i dispositivi ad alta tecnologia, le strutture sanitarie sentite in audizione hanno confermato di esternalizzare completamente i servizi di manutenzione, poiché gli stessi richiederebbero avanzati servizi di ingegneria clinica interni, molto raramente disponibili nella realtà della Sanità italiana; diversamente, per gli apparecchi biomedicali e a medio-bassa tecnologia non sono rare le esperienze in cui la struttura sanitaria è in grado di eseguire, proprio per la minore complessità e specificità delle attività manutentive, alcuni interventi *in house* con propri tecnici.

---

558 cfr. doc. VIII.753. cfr. doc. VIII.727. cfr. doc. VIII.760.

559 Cfr., una tra tutti, doc. VIII.739 Verbale di audizione ASL Frosinone.

560 Cfr. doc. VIII.753, VIII.840 (Humanitas), VIII.765 (Philips), VIII.1066.

Il contratto di manutenzione al quale le strutture fanno più frequente ricorso nel caso dei dispositivi ad alta tecnologia è il c.d. contratto *full-risk*[561], che copre l'intera attività di manutenzione del dispositivo (programmata e correttiva, a volte anche gli aggiornamenti straordinari) e la fornitura di tutte le parti di ricambio che dovessero rendersi necessarie nel corso del contratto[562].

386. Le Parti sostengono che la più recente evoluzione della domanda, con il ricorso alle gare di tipo *global service*, testimonierebbe l'appartenenza ad un unico mercato dei servizi di manutenzione su tutte le tipologie di dispositivi, indipendentemente dal loro livello tecnologico. In proposito, si osserva che il *global service* è una modalità di acquisto di servizi introdotta principalmente per la manutenzione dei dispositivi a medio-bassa tecnologia (inclusi gli apparecchi biomedicali), mentre è ancora limitata nel suo utilizzo da parte delle stazioni appaltanti per i dispositivi ad alta tecnologia. In ogni caso, l'acquisto congiunto dei servizi di manutenzione ad alta e medio-bassa tecnologia non determina la loro appartenenza ad uno stesso mercato, *in primis*, poiché spesso la gara presenta comunque un'articolazione per lotti distinti per tecnologia[563]. In secondo luogo, perché anche nei casi di aggregazione dei servizi in lotto unico, la manutenzione per l'alta tecnologia viene di fatto erogata da un soggetto diverso rispetto a quello che esegue la manutenzione sulle altre tecnologie, in ragione di accordi di RTI, di subappalto o di supporto tecnico a favore del fabbricante di ciascun marchio[564].

Peraltro, sono gli stessi manutentori indipendenti con una presenza più consolidata in Italia (i principali sono Hospital Consulting e Tecnologie Sanitarie) ad aver dichiarato di operare solo ed esclusivamente su apparecchi di bassa tecnologia[565] e di subappaltare al fabbricante la manutenzione sui dispositivi ad alta tecnologia a marchio proprio.

387. Pertanto, anche laddove la domanda si esprima coniugando servizi di manutenzione ad alta e bassa tecnologia, dal lato dell'offerta i soggetti operanti nella manutenzione dei dispositivi ad alta tecnologia restano distinti dagli operatori che erogano i medesimi servizi sulla medio-bassa tecnologia[566].

388. Le peculiarità appena richiamate distinguono, pertanto, il mercato della manutenzione sugli apparecchi di diagnostica a media e bassa tecnologia dai singoli mercati della manutenzione specifica sui dispositivi ad alta tecnologia di ogni produttore, ovvero i mercati rilevanti per le condotte esaminate nel presente procedimento. Quindi, nel seguito, verranno respinte le osservazioni delle Parti che si basino su dati riferiti all'insieme dei dispositivi di diagnostica, a prescindere dal loro livello tecnologico.

---

561 I contratti di durata per la fornitura dei servizi di manutenzione possono essere classificati come di tipo "*full risk*", "*shared risk*" e "*shared maintenance*".

562 Cfr. ad esempio doc. VIII.765 (Philips) e doc. VIII.956 (le medesime informazioni sono contenute anche nell'All.1 al verbale di cui si è datata lettura in audizione; (Philips), doc. VIII.631 (Siemens) e doc. VIII.733 (GE).

563 Sulla base della lista delle gare centralizzate di tipo global service bandite in Italia dal 2013 molte riguardano solo la media-bassa tecnologia, altre gare presentano lotti distinti per l'alta tecnologia in modalità *multivendor,* altre (come la Basilicata) prevedono distinti lotti per l'alta tecnologia e per marchio. Cfr. doc. VIII.848 Allegato 7.

564 cfr. doc. VIII.848 Verbale di Audizione di TS.; cfr. doc. VIII.835.

565 Cfr. docc. VIII.835 e VIII.848, Verbali di audizione.

566 Rara eccezione il segnalante il quale, tuttavia, opera nell'erogazione dei servizi di manutenzione con due distinte società: Mesa per gli apparecchi ad alta tecnologia e Higea sulla bassa tecnologia manutenzione.

389. Sempre in ordine alla delimitazione del mercato rilevante della manutenzione, le Parti hanno sostenuto che non esisterebbero distinti mercati della manutenzione specifici ad ogni marchio, quanto piuttosto un unico mercato della manutenzione sui dispositivi realizzati dai vari produttori. Tutte le Parti sostengono, infatti, che: i) da un lato, la domanda dei servizi di manutenzione si esprime richiedendo servizi integrati di manutenzione, di tipo *multi-vendor* sulle apparecchiature dei diversi produttori; ii) dall'altro, esistono operatori terzi, diversi dagli OEM, attivi nell'offerta di servizi di manutenzione su dispositivi ad alta tecnologia.

390. Anche in relazione a questo profilo, al contrario, l'istruttoria ha condotto a conclusioni opposte. Di seguito si rappresentano le ragioni che spingono a definire distinti mercati secondari per i servizi di manutenzione sui dispositivi ad alta tecnologia per ciascun determinato marchio, in risposta alla comune obiezione delle Parti.

391. L'attività di manutenzione sugli apparecchi ad alta tecnologia presenta, come anticipato, una complessità manutentiva tale da necessitare l'uso di una serie di *input* specifici ad ogni tipo di modello e marchio, consistenti nei relativi manuali di *service* (istruzioni di manutenzione), nei *software* manutentivi e nelle parti di ricambio, che vengono sviluppati unitamente ai dispositivi e sono essenziali al loro sicuro e corretto funzionamento. L'elevata complessità delle apparecchiature in questione e l'assenza di standardizzazione nelle tecnologie produttive (e dei *software* che sottendono al funzionamento di questi apparecchi) non hanno consentito lo sviluppo di risorse per la manutenzione c.d. universali, ossia utilizzabili indifferentemente sulle apparecchiature dei diversi marchi; gli *input* riferiti ai dispositivi di uno specifico marchio (produttore), quindi, non possono considerarsi sostituibili con quelli sviluppati per i dispositivi di un altro produttore.

392. Dal lato della domanda, l'emergere della richiesta di servizi di manutenzione di tipo *multi-vendor,* anche nella forma di servizi integrati, denuncia semmai l'esigenza di un servizio che assommi la manutenzione su tutte le apparecchiature installate presso la struttura e garantisca, in tal modo, un unico interlocutore nella fornitura del servizio, ma non incide sul rapporto di sostituibilità tra i servizi di manutenzione destinati agli apparecchi dei diversi marchi. L'analisi del comportamento dell'offerta indica che l'aggregazione da parte della domanda dei servizi di manutenzione sui prodotti di diversi marchi (ancora meno sviluppata per l'alta tecnologia) li qualifica come servizi complementari: come già rilevato con riguardo alla distinzione fra manutenzione di apparecchi ad alta e a medio-bassa tecnologia – l'aggiudicatario di una procedura *multi-vendor* stipula accordi di subappalto del servizio di manutenzione ai rispettivi fabbricanti o sottoscrive contratti di supporto tecnico.

393. Il concreto sviluppo di un'attività di manutenzione *multi-vendor* anche sull'alta tecnologia, posta la maggiore complessità e specificità manutentiva che connota questi apparecchi, richiederebbe la possibilità per ogni manutentore di svolgere il servizio su più marchi in autonomia rispetto ai produttori, grazie all'accesso alle risorse specifiche al marchio necessarie all'erogazione del servizio.

394. Dal punto di vista geografico, come per il mercato primario della vendita dei dispositivi, anche i singoli mercati della manutenzione distinti per marchio sono da ritenersi di estensione nazionale. Si tratta, infatti, di servizi la cui erogazione richiede la presenza sul territorio di una capillare rete di assistenza per la gestione del parco installato, che assicuri un tempestivo intervento presso le strutture sanitarie. Gli operatori attivi sul territorio italiano, anche se appartenenti a gruppi esteri,

operano, infatti, attraverso filiali nazionali per la manutenzione dei dispositivi installati presso le strutture sanitarie italiane[567].

395. La domanda di servizi di manutenzione di dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia è espressa dalle strutture sanitarie pubbliche e private proprietarie dei dispositivi[568]. Per le tre Parti del procedimento, il valore dei servizi di manutenzione sulle apparecchiature ad alta tecnologia in favore di strutture pubbliche corrisponde a una percentuale compresa tra il 65% e il 70% del totale del valore dei servizi resi[569].

396. Dal lato dell'offerta, in base ai dati forniti dagli operatori relativi alle vendite dei servizi di manutenzione per i soli apparecchi di diagnostica ad alta tecnologia[570], nei tre mercati della manutenzione *branded* individuati, le case produttrici Parti del procedimento (GE, Philips e Siemens) vantano, ciascuna nel mercato secondario di riferimento a marchio proprio, una posizione estremamente significativa, che verrà riportata nelle sezioni successive in maniera distinta per ogni singolo operatore.

397. È emerso, infatti, che quasi il totale dell'attività di manutenzione sui dispositivi a marchio proprio è eseguita direttamente dal fabbricante (per effetto di aggiudicazione diretta del servizio o di subaffido). Operano in via marginale nella manutenzione sull'alta tecnologia alcuni ISO, tra i quali Mesa del gruppo Althea è l'unico operatore indipendente a raggiungere una quota di mercato non del tutto irrilevante, 1-5% nel 2018, a seconda del marchio.

398. Le OEM hanno affermato di non considerare di particolare interesse l'offerta di servizi di manutenzione sui dispositivi di altri marchi[571]. Anche in occasione di gare di tipo *global service* o *multivendor,* inclusive dell'alta tecnologia, le case produttrici partecipano solo nel caso in cui siano presenti (e in quota significativa) dispositivi ad alta tecnologia del proprio marchio e, come detto, in caso di aggiudicazione della gara, per prassi optano per il subappalto del servizio di manutenzione sui dispositivi diversi dai propri, anche ai rispettivi produttori concorrenti.

399. Per quanto sopra detto, si ritiene che le evidenze portate dalle Parti a sostegno di un'intensa concorrenza nell'ipotetico mercato unico della manutenzione, così come definito dai fabbricanti, non forniscano una rappresentazione veritiera del contesto competitivo esistente nei servizi di manutenzione sui dispositivi ad alta tecnologia distinti per marchio. Queste conclusioni poggiano, come detto, sull'errato assunto che vi sia una unica modalità di affidamento della manutenzione –

---

567 La circostanza che i fabbricanti abbiano sviluppato un'assistenza da remoto non inficia la definizione del mercato geografico. Siemens ha spiegato che l'assistenza da remoto è possibile solo e esclusivamente se il dispositivo è ancora funzionante; per tutte l'assistenza da remoto si risolve nella maggioranza dei casi in assistenza per guasti dovuti ad errori nell'uso. L'escalation ai tecnici delle case madri è un'opzione che i tecnici presenti in loco possono attivare qualora necessario. Il remoto ha un valore per il fabbricante con riguardo all'installazione dei software (*i.e. mandatory field obbligations e update*).

568 Tra cui le ASL, le aziende ospedaliere, gli istituti di cura, i policlinici universitari, le case di cura, gli istituti privati, gl studi privati ecc.

569 Cfr. per Siemens doc. VIII.730 e successive integrazioni; per Philips doc. VIII.732 e successive integrazioni; per GEHC doc. VIII.733 e successive integrazioni. I dati trasmessi sono confermati anche da una serie di evidenze acquisite in sede ispettiva. Ad esempio Siemens, in una presentazione interna del 2015, rileva che i servizi di manutenzione sono destinati al *[70-75]%* a strutture pubbliche e per il restante *[30-35]%* a strutture private (cfr. III.88).

570 È di estrema importanza ribadire che le rappresentazioni fornite dalle Parti nelle proprie memorie si riferiscono alle vendite realizzate indistintamente per servizi di manutenzione su apparecchiature di alta e medio-bassa tecnologia. In aggiunta, come sopra argomentato, gli operatori spesso considerano il più ampio insieme dei servizi di manutenzione affidati tramite contratti di global service o con affidamenti di tipo multi-vendor.

571 Cfr. doc. VIII.845, Verbale di Audizione Siemens (aprile).

i.e. la gara *global service* inclusiva di tutte le tecnologie – e che i servizi di manutenzione siano sostituibili per tecnologia (indistinti tra alta e medio-bassa) e per marchio.

400. Le evidenze, comuni a tutte le Parti, circa l'alto tasso di *churn* che caratterizzerebbe le vendite dei propri servizi di manutenzione[572] quale indice del dinamismo del mercato, si riferiscono all'insieme dei contratti di servizio (affidati tramite gare *global service*) in essere per la manutenzione su tutti i dispositivi di alta e medio-bassa tecnologia, risultando in tal modo fortemente viziate.

401. Analoghe considerazioni possono essere svolte in merito al c.d. tasso di *capture* che le Parti hanno invocato quale ulteriore indicatore di competitività nella vendita dei servizi di manutenzione[573]. Tale indicatore può essere assunto quale *proxy* del potere di mercato vantato dal produttore nel proprio *aftermarket* e, di conseguenza, valori bassi di tale indice, come quelli che le Parti si attribuiscono, escluderebbero la dominanza del produttore nel mercato secondario definito quale mercato unico della manutenzione. Tuttavia, sono gli stessi dati presentati dalle Parti, una volta opportunamente circoscritti alla sola alta tecnologia, a confermare che i produttori eseguono la manutenzione su una elevatissima percentuale del proprio parco installato.

402. In generale, vanno respinte le osservazioni delle Parti circa la pressione concorrenziale esercitata dagli operatori terzi di manutenzione, che sarebbe desumibile da un andamento crescente dei ricavi registrati nel tempo da tali imprese, così come dal corrispondente calo dei prezzi medi dei produttori. Le analisi presentate dalle Parti, ancora una volta, sono riferite in via prevalente a contratti di tipo *global service* (servizi integrati)[574], che includono, come più volte osservato, anche i servizi su apparecchi a media-bassa tecnologia i quali esulano dal perimetro della presente istruttoria e, in ogni caso, come si dirà di seguito, non sono confermati neanche dai dati medi sui ricavi degli apparecchi ad alta tecnologia trasmessi dalle Parti.

V.2 La dominanza dei produttori dei dispositivi nei rispettivi aftermarkets

403. L'istruttoria ha permesso di identificare tre distinti mercati secondari della manutenzione a marchio dei tre produttori di dispositivi Parti del procedimento, Siemens, Philips e GE, le cui condizioni concorrenziali sono state descritte nel paragrafo che precede. È stata messa in evidenza la posizione di rilievo (intesa come rilevante quota di servizi di manutenzione erogati sul parco macchine installato) vantata da ognuna delle Parti nel rispettivo mercato secondario della manutenzione sui dispositivi a marchio proprio.

In particolare, ogni Parte eroga servizi di manutenzione sui dispositivi a marchio proprio installati presso le strutture italiane in misura mai inferiore al 90-95% del totale.

È stato anche dimostrato che nell'attuale quadro regolatorio, una manutenzione eseguita secondo le specifiche del fabbricante (che definisce istruzioni e strumenti) garantisce un uso sicuro e conforme del dispositivo. La competizione a valle è connotata dalla presenza, da un lato, di operatori integrati

---

572 Secondo gli OEM, ogni anno, una rilevante fetta della propria clientela opterebbe per servizi di manutenzione di un operatore concorrente, a riprova dell'assenza di *lock in* e della concreta possibilità di *switch*.

573 Le Parti definiscono il c.d. tasso di *capture*, la percentuale dei dispositivi della propria base installata per i quali il produttore ha in essere contratti di manutenzione *full risk*.

574 Una parte a dire il vero estremamente marginale dei servizi di manutenzione sull'alta tecnologia è stata affidata tramite cd *managed equipment services* (MES).

verticalmente nella produzione, ciascuno attivo sui propri marchi, e dall'altro, di pochi manutentori indipendenti.

404. Come anticipato in premessa, seguendo la giurisprudenza della Corte di giustizia UE elaborata nel caso EFIM, l'esistenza di una posizione dominante nel mercato secondario della manutenzione da parte di ciascun produttore (che non vanti tale posizione nel mercato primario) è stata valutata alla luce delle seguenti condizioni:

- il grado di interdipendenza fra mercato primario e secondario (grado di incertezza informativa e relativa incompletezza contrattuale nelle scelte di acquisto del bene primario)[575];
- le condizioni concorrenziali nel mercato primario e i riflessi in termini di capacità di reazione della domanda a seguito di condotte abusive nel mercato secondario *branded*.

405. Nel caso in esame, nessuna delle due condizioni appare verificata[576]. L'esito di tale esame, infatti, ha permesso di accertare, nel caso di specie, l'esistenza di un elevato grado di incertezza informativa sulle condizioni di erogazione della manutenzione all'atto della scelta del bene primario, tale da confermare l'esistenza di un effetto di *lock in* dei consumatori nei singoli *aftermarket* della manutenzione non controbilanciato da una sufficiente capacità di reazione della domanda nel mercato primario e, quindi, tale da consentire lo sfruttamento abusivo del cliente da parte del produttore del dispositivo, al momento dell'acquisto dei servizi di manutenzione sugli apparecchi della propria base installata durante l'arco di vita degli stessi[577].

406. In particolare, l'attività istruttoria ha permesso di accertare che il servizio di manutenzione per una parte significativa della durata di vita utile effettiva del bene è un prodotto venduto *stand alone*, ossia disgiuntamente dal bene primario, con modalità proprie e condizioni diverse: condizioni di erogazione del servizio, elementi dell'offerta (costi e prestazioni) e struttura dell'offerta nei servizi a valle sono diverse e distinte da quelle del mercato primario a monte[578].

---

575 Secondo il *position paper* della Commissione Competition Issues in Aftermarkets - Note from the European Union (2017): "*The analysis of (a) the degree of interdependence of separate markets is based on the extent to which a customer, when purchasing the primary product, takes into account all important factors relative to the secondary products. These factors include (1) the price and life-time cost of the primary product; (2) the transparency of prices of secondary products; and (3) the prices of secondary products concerned as a proportion of the primary product value. Other criteria may also be taken into account, such as: (4) whether the primary product is usually purchased or hired; (5) whether the secondary product must be purchased on a continuous (foreseeable) basis; (6) whether price discrimination between old and new customers is possible; and (7) the number of potential new customers*".

576 Vale al riguardo sottolineare che anche le Parti riconoscono che nei casi di *aftermarket* le questioni fondamentali da analizzare sono quelle dell'interdipendenza tra mercato a monte e a valle e dei vincoli competitivi esercitabili dal gioco competitivo a monte sulle condizioni a valle. Al riguardo Siemens nella propria Memoria economica scrive che "*il punto fondamentale dell'analisi economica a questo riguardo consiste nel valutare il collegamento tra il mercato primario ed il mercato secondario al fine di stabilire se il mercato secondario debba essere considerato un mercato a sé stante oppure debba essere considerato congiuntamente al mercato primario. Questo può essere rilevante qualora la concorrenza nel mercato primario sia tale da disciplinare il comportamento delle imprese anche nel mercato secondario*"; cfr. doc. VIII. 1226 memoria economica pag. 7 e pag. 12. Analogamente GE ha osservato che al di là del diverso approccio con riguardo all'"*L'effetto disciplinante della concorrenza nel mercato primario sulle condotte dei produttori nei rispettivi aftermarket*" la "*questione sostanziale valutata nella CRI è coerente con quella contenuta nel precedente delle Corti*"; cfr. 1241, memoria economica RBB.

577 La metodologia avallata dalla Corte ricalca l'analisi svolta dalla Commissione nel risalente caso Pelikan/Kyocera (1995) e si basa sulla seguente assunzione: se il consumatore, nell'acquisto del bene primario, prende in esame tutti i fattori rilevanti per la scelta del bene secondario e nel contempo è in condizioni di reagire ad un aumento di prezzo del bene secondario attraverso uno switch alla concorrenza nel mercato primario, allora non si osserva una dominanza *nell'aftermarket*.

578 Cfr. doc. VIII.1068.

407. Per converso, le conclusioni delle Parti circa l'assenza di dominanza dei produttori nei singoli *aftermarkets* poggiano sui seguenti assunti, non sorretti dalle evidenze istruttorie e dalla stessa documentazione prodotta dalle Parti:
- completezza informativa della domanda sulle variabili rilevanti per la decisione d'acquisto dei servizi di manutenzione post-garanzia, al momento dell'acquisto del dispositivo (elevato grado di interdipendenza) anche alla luce dei risultati del sondaggio IPSOS;
- facilità di reazione da parte delle strutture sanitarie a fronte di un incremento rilevante del costo della manutenzione nel mercato a valle (irrilevanza degli *switching costs* ed effetto reputazione).

Le Parti ritengono, altresì, che un contesto in cui gli affidamenti dei beni avvengono tramite procedure di aggiudicazione aperte, nella forma dei *bidding markets,* sarebbe di per sé idoneo ad assicurare esiti competitivi, per il timore di perdere l'appalto[579].

V.2.1 Interdipendenza tra mercato primario e aftermarkets

408. Le Parti hanno sostenuto l'esistenza di un alto grado di interdipendenza fra mercato dei dispositivi e mercati secondari della manutenzione, tanto da considerarli un unico "sistema". Le strutture sanitarie – che rappresentano la domanda in entrambi i mercati – sarebbero, secondo le Parti, in grado di compiere scelte pienamente informate al momento dell'acquisto di (un nuovo) dispositivo su tutti gli elementi di prezzo e di offerta sia del bene primario sia del suo *life cycle cost*, ovvero di anticipare tutti gli elementi critici di offerta del necessario servizio di manutenzione per l'intera durata di vita del dispositivo.

409. A sostegno di tale tesi, le Parti hanno portato esempi di una serie di gare dalle quali si evincerebbe la consapevolezza e la lungimiranza delle stazioni appaltanti al momento dell'acquisto del dispositivo[580] e effettuato una indagine campionaria congiunta (il sondaggio IPSOS) su una serie di soggetti appartenenti a strutture sanitarie. Secondo la tesi difensiva, le strutture sanitarie prenderebbero in considerazione tutti i costi connessi alla manutenzione per l'intero ciclo di vita del prodotto primario, anticipandoli al momento della scelta del dispositivo. Tale consapevolezza renderebbe strettamente interdipendenti le scelte di acquisto del bene primario e del servizio secondario, venendo meno per il produttore la possibilità di esercitare il proprio potere (in modo abusivo) nella definizione della propria offerta dei servizi di manutenzione.

410. Tuttavia, l'esame della documentazione agli atti e l'attività istruttoria svolta, in particolare le informazioni acquisite attraverso le audizioni tenute con le strutture sanitarie acquirenti, portano a conclusioni opposte. I servizi di manutenzione sui dispositivi ad alta tecnologia oggetto del procedimento, tutt'altro che rappresentare la componente di un unico "sistema", vengono acquistati in larga misura in un momento diverso e distante temporalmente dall'acquisto del macchinario. Tale processo di acquisto non è smentito dalle evidenze agli atti trasmesse dalle Parti[581].

---

579 Cfr. doc. VIII.1223 (Philips), VIII.1226 (Siemens) e VIII.1241 (GE).

580 Cfr. doc. rispettivamente memoria economica per conto di Philips doc. VIII.756 e memoria economica per conto di Siemens doc. VIII.881. GE si limita ad osservare che "*delle 76 gare per apparecchiature DI indette in Italia nel 2017, 50 (il 66%) prevedevano almeno l'opzione per l'ospedale di estendere i termini di manutenzione oltre l'iniziale periodo di garanzia di uno/due anni, da uno a otto anni aggiuntivi, alle stesse condizioni economiche*"; cfr. memoria economica per conto di GE doc. VIII.782 (versione Italiana di doc. VIII.769), p. 29.

581 Nell'esaminare il processo di acquisto dei servizi, che GE reputa importante per la corretta definizione del mercato, la stessa individua distinte fasi di negoziazione ("*i clienti negoziano i servizi di manutenzione in due momenti differenti: al momento di acquisto del dispositivo (garanzia, estensione di garanzia e preventivi vincolanti per la manutenzione post garanzia) e successivamente durante le gare d'appalto bandite per la fornitura di tali servizi (post garanzia)*") e riconosce

411. Si è accertato, in primo luogo, che in Italia la durata in vita effettiva delle apparecchiature oggetto d'analisi è particolarmente alta e superiore a quella di altri Paesi europei, principalmente in ragione dei vincoli di bilancio stringenti del nostro sistema sanitario e della possibilità di allungare il ciclo di vita utile dei dispositivi attraverso aggiornamenti di *software*. I servizi di manutenzione vengono valutati e acquistati contestualmente al dispositivo solo con riferimento al periodo di garanzia dell'apparecchio (2-3 anni) e in limitati casi per un periodo ulteriore che non eccede di norma i 5 anni complessivi, tra periodo di garanzia e estensione post-garanzia[582].

412. Peraltro, con riferimento al grado di trasparenza sul costo complessivo della manutenzione, dalle audizioni è emerso che la struttura sanitaria è nell'impossibilità concreta di stimare correttamente l'entità di tali costi per l'intero periodo di vita del dispositivo (che sulla base dei dati trasmessi raggiunge a volte anche 20 anni).

La circostanza che il recente quadro normativo, nell'ipotesi di gare aggiudicate in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indichi l'obbligo per la stazione appaltante di procedere ad una stima del *life cycle cost* del bene acquisito non si traduce, in concreto, nella capacità delle strutture di effettuare un tale complesso esercizio sull'effettiva durata di vita del prodotto e sui relativi costi di manutenzione.

Sono diversi i fattori che determinano difficoltà di stima, principalmente riconducibili a: i) la durata estremamente lunga e non prevedibile di impiego dei dispositivi[583]; ii) i mutamenti regolatori sia in tema di sicurezza sia di procedure di acquisto[584]; iii) l'evoluzione tecnologica del macchinario e le scelte commerciali dei fabbricanti sul fine vita e il rilascio di aggiornamenti dei sistemi[585]; iv) l'evoluzione del mercato.

413. La stessa Philips ha osservato come "*non vi sia una chiara definizione di "durata di vita" nel settore, dal momento che questa nozione non è definita chiaramente nella normativa vigente*"[586] concludendo che "*la nozione di "durata di vita"* […] *è una delle caratteristiche del dispositivo che*

---

che tali distinte fasi sono caratterizzate da un diverso grado di concorrenza esercitabile dal quale Strutture sanitarie possono trarre beneficio; cfr. doc. VIII.1241 e Allegato regolazione economica RBB.

582 ALISA e ESTAR riferiscono entrambe che all'atto dell'acquisto dei dispositivi la garanzia copre un periodo di 2 anni massima con la previsione di un'opzione per l'estensione del servizio di ulteriori 3 anni; cfr. doc. VIII.735 verbale di Audizione di ALISA, doc. VIII.727 Verbale di Audizione di ESTAR.

583 Le scelte di acquisto dipendono dal *budget* a disposizione, che ad esempio per le strutture pubbliche dipende dall'allocazione della spesa a livello regionale.

584 La centralizzazione degli acquisti, ad esempio, ha fatto emergere nuove esigenze (come quella del *multivendor*) e può incidere sui tempi di indizione delle gare.

585 Le scelte commerciali dei fabbricanti sono in grado di influenzare, attraverso lo sviluppo e il rilascio di aggiornamenti, il parametro fondamentale di questo esercizio che è la vita utile del bene e delle sue parti di ricambio. La ASL Viterbo ha confermato che tra i cd interventi di natura straordinaria vi è l'installazione di update/ugrade per ovviare a "*problemi di obsolescenza, secondo le indicazioni del produttore*"; cfr. doc. VIII.760. Tutti i fabbricanti hanno indicato che taluni aggiornamenti (update o upgrade) dei SW sono volti a prolungare la vita in servizio di un dispositivo poiché volti riportare un'apparecchiatura già installata all'ultima versione disponibile in commercio; taluni fanno riferimento a questi interventi alla cd manutenzione evolutiva; tra gli altri cfr. III.132 e VIII.996. Già dal 2013, il COCIR nel Rapporto "GOOD Maintenance Services Practice Guide - Optimising the equipment life cycle" indicava, infatti, che "*Several manufacturers offer upgrade packages (hardware and/or software). These packages can be sold to the customer while the product has not passed the End Of Service milestone, preferably these packages are offered before the End Of Life milestone. These packages can be used to extend the life time of the medical equipment*"; cfr. doc. VIII.1100.

586 cfr. doc. VIII.773.

deve essere stabilita dai fabbricanti"[587],[588],[589]. Il fabbricante informa il proprietario del dispositivo, al più, sulla c.d. data di fine servizio (EOS), di regola con un anticipo solo di uno o due anni rispetto al suo verificarsi[590].

414. Come documentato dalla domanda, risulta molto complicato per una struttura sanitaria avere una consapevolezza dei costi di manutenzione su un arco temporale che vada al di là dei "*2+3 anni*" dall'acquisto, installazione e collaudo dell'apparecchio, "*in particolare alla luce delle caratteristiche del parco installato e dell'incertezza relativa al momento in cui l'apparecchiatura sarà eventualmente sostituita, nonché della posizione comunque meno informata della Struttura Sanitaria rispetto alle condizioni offerte dalle case produttrici, listini e altre condizioni di erogazione del servizio*"[591]. Ad avviso della domanda, esiste una intrinseca asimmetria informativa tra struttura sanitaria e fabbricante circa il valore delle prestazioni che compongono il servizio di manutenzione e il numero delle eventuali prestazioni straordinarie aggiuntive. Queste ultime sono influenzate dagli aggiornamenti dei *software* definiti dal produttore stesso, che a loro volta incidono sulla durata del periodo di adeguatezza tecnologica del bene e, pertanto, sul fabbisogno complessivo di manutenzione necessaria[592]. In altri termini, le scelte di acquisto dei servizi di manutenzione sono caratterizzate da informazione imperfetta e asimmetrica e incompletezza dei contratti.

415. I costi della manutenzione hanno un andamento incerto nel tempo. Se con riguardo al singolo apparecchio al crescere dell'obsolescenza (e quindi della maggiore probabilità di guasto) possono essere richiesti più interventi e, quindi, in linea teorica costi crescenti, questi non sono prevedibili né nell'occorrenza né nella loro entità (natura, tempi di intervento e ricambi necessari)[593],[594]. Altri fattori impediscono una corretta previsione del costo complessivo della manutenzione su più anni: evoluzione del quadro normativo e mutamenti dell'offerta possono avere un impatto *ex post* sui costi del servizio di manutenzione.

---

587 Siemens cfr. doc. VIII.730 e VIII.766.

588 Cfr. VIII.767, anche VIII.733 e VIII.794.

589 Cfr. doc. VIIII.621.

590 Siemens cfr. doc. VIII.730 e VIII.766*;* per GE cfr. doc. VIII.767, VIII.733, e VIII.794; per Philips cfr. doc. VIII.621 e VIII.732, da cui si evince che Philips non rilasciava comunicazioni ai Clienti sul raggiungimento di EOL e/o EOS prima del 2017; Anche Cfr. doc. VIII.727 (ESTAR), VIII.753 (ALISA) e VIII.760 (ASL Viterbo). In particolare la ASL Frosinone ha indicato che in linea con la Norma CEI 62-5 ed III. il fabbricante si esprime "*in termini di "vita inservizio prevista […] come durata massima della vita utile definita dal Fabbricante, ma questo dato non è sempre chiaramente espresso tra le informazioni che il fabbricante mette a disposizione dell'utilizzatore ed il mercato ha comportamneti eterogenei rispetto a questo. Il recente MDR (regolamneto dispositivi medici) del 2017, rimarca l'importanza che il fabbricante indichi e dichiari la "vita prevista" del dispositivo*"; cfr. doc. VIII.768

591 In particolare è stato osservato che la data di *end of service* può variare per ciascun dispositivo installato con intervalli che possono passare da 5/6 anni dall'installazione a 8-10 anni dall'installazione (per quelli più nuovi); cfr. doc. VIII.727 (ESTAR), VIII.753 (ALISA) e VIII.760 (ASL Viterbo). Questa circostanza è stato anche confermata dalle stesse case produttrici, cfr. VIII.767.

592 Cfr. VIII.760 (ASL Viterbo) e doc. VIII.1081.

593 Nel commentare la prassi dei fabbricanti di intervenire sui dispositivi dichiarati in cd EOS in modalità best effort, la Centrale di acquisto ALISA ha indicato che "*E' chiaro che in tale circostanza i costi di manutenzione sono difficilmente quantificabili dalla Struttura Sanitaria e inevitabilmente più elevati o poiché mutano le condizioni di intervento o poiché non si corrisponde più un canone ma si pagano prestazioni ad hoc"*; cfr. doc. VIII.753 (ALISA) *cit.*.

594 Anche Philips ha riferito che nel caso degli interventi *spot* (i.e. in assenza di un contratto di durata) il "[omissis]" e con "[omissis]"da parte della casa produttrice e inoltre che non sono disciplinati né modalità né tempistiche di intervento da cui ritardi; cfr. doc. VIII.956 Verbale di Audizione tecnica, pag.8.

L'insieme di tali elementi, uniti alle rigidità amministrative e contabili che incontra la domanda pubblica, fanno sì che le strutture – di norma - si limitino ad acquisire insieme al dispositivo i soli servizi di manutenzione relativi al periodo di garanzia del macchinario; la domanda ha chiarito, infatti, che "*vi sono dei vincoli alla sottoscrizione di durate più lunghe anche in ragione della diversa natura della spesa che è oggetto di scrutinio da parte dei revisori dei conti*"[595] e reso esplicito che "*la circostanza che non si acquisti il servizio di manutenzione congiuntamente al dispositivo per un lungo periodo (superiore a due anni) deriva dal fatto che sarebbe improprio sotto il profilo contabile trattare una spesa in conto corrente (quale quella per i servizi di manutenzione) come spesa in conto capitale (come quella per l'acquisto del bene/ dispositivo). Si tratterebbe di una spesa di tipo corrente (manutenzione) contabilizzata come un investimento in conto capitale. Oltre il biennio, gli oneri per servizi di manutenzione entrano a fare parte del bilancio in conto corrente come impegno di spesa non sanitario*"[596].

416. Per quanto riferito dalla domanda privata, l'acquisto contestuale dei servizi di manutenzione avviene al massimo per il periodo di ammortamento del bene ([5-10] anni) che non necessariamente coincide, anche per queste strutture, con l'effettiva vita utile del dispositivo e, comunque, le condizioni non differiscono sostanzialmente, come documentato, da quelle del settore pubblico[597].
È stato anche riferito che, per certi versi, le modalità di acquisto delle strutture private (negoziazione diretta) hanno creato opportunità per l'affidamento del servizio a manutentori terzi, con ciò confermando come i servizi di manutenzione siano comunque acquistati, per queste strutture, anche in una fase successiva all'acquisto del bene e improntati alla ricerca di risparmi sui costi[598].

417. Nei casi in cui, al momento dell'acquisto dell'apparecchiatura, la struttura sanitaria contempla anche il servizio di manutenzione per un periodo eccedente il periodo della garanzia, ciò avviene di norma tramite la richiesta al produttore della formulazione di un prezzo che diviene parte di un'appendice contrattuale, per la possibilità (futura e solo eventuale) di estensione del contratto allo scadere della garanzia. Il solo fatto che le stazioni appaltanti richiedano nei documenti di gara informazioni e quotazioni circa tali servizi non può rappresentare un indice di interdipendenza tra mercato primario del dispositivo e mercato secondario della manutenzione: le scelte d'acquisto restano infatti pienamente distinte, sia dal punto di vista temporale sia procedurale[599].
Come già osservato e da più parti rappresentato, la scelta di acquisto del dispositivo non è guidata da valutazioni sul costo della relativa manutenzione, quanto dal tipo di prestazioni di diagnosi clinica che si intendono erogare e che sottendono sia alla scelta di sostituzione di macchine divenute obsolete, sia all'acquisto di nuove o diverse tecnologie per soddisfare nuove esigenze di tipo clinico[600].

---

[595] cfr. doc. VIII.1094 (Audizione ASL Pavia).

[596] cfr. doc. VIII.1068 (verbale di Audizione IRCCS). cfr. doc. VIII.1066.

[597] Cfr. sul punto Humanitas, doc. VIII.840 Verbale di audizione di Humanitas con costi per la manutenzione che variano tra il [5-10%] e il [5-10%] a seconda della tecnologia; anche considerazioni della ASST di Pavia; cfr. doc. VIII.1094 Verbale audizione.

[598] Tra le altre VIII.844 (BDA solution).

[599] Cfr. doc. VIII.1094 Verbale audizione ASST di Pavia.

[600] Cfr. doc. VIII.1066 verbale di Audizione di ESTAR-AOUPisana e doc. VIII.760 Verbale di audizione di ASL Viterbo. Analoghe considerazioni sono state effettuate dagli esponenti della domanda privata; doc. VIII.840 Verbale di Audizione di Humanitas.

418. Sulla base delle evidenze trasmesse dalle Parti, come si dirà più estensivamente nel seguito, solo per una parte delle procedure la struttura sanitaria valuta l'acquisto contestuale del servizio post garanzia e comunque sempre per un numero di anni ampiamente inferiore alla durata di effettivo utilizzo del macchinario.
Ciò implica che i servizi di manutenzione sui dispositivi installati, per tutto il periodo ulteriore e fino all'effettiva loro dismissione (in Italia, come detto, molto tardiva), saranno acquisiti secondo le modalità previste dalla normativa (di regola, procedure a evidenza pubblica, nel settore pubblico), in un momento successivo.
419. A prescindere dall'acquisizione di informazioni sui costi per il ciclo di vita del prodotto - in ossequio alle disposizioni normative vigenti - la domanda pubblica ha confermato di non stimolare un reale confronto competitivo sul costo della manutenzione in sede di gara per l'acquisto del dispositivo: infatti, nella maggior parte dei casi, non si tratta di servizi oggetto di stipula immediata, ma di quotazioni sul prezzo di un servizio che sarà solo eventualmente acquisito in un secondo momento; una mera opzione contrattuale attivabile dalla stazione appaltante, allo scadere del periodo di garanzia. È stato rappresentato, infatti, che nei casi in cui sia prevista l'opzione di estensione della garanzia il "*valore del servizio è proposto dal fabbricante e la valutazione della sua convenienza risulta effettuata rispetto al valore base d'asta del bene e tenendo conto del fatto che storicamente l'incidenza dei servizi di manutenzione* [rappresenta una data percentuale sul prezzo di acquisto del bene]. *Il prezzo del servizio di manutenzione post garanzia, così individuato, rappresenta un tetto massimo per il produttore mentre non vincola la Struttura Sanitaria, per la quale l'attivazione di questi servizi rappresenta una facoltà posto che il servizio non viene acquistato direttamente in quel momento. In questi termini, la valorizzazione del prezzo di questa componente in fase di aggiudicazione rischierebbe di avvantaggiare il miglior offerente su un servizio che non sarà necessariamente acquistato dalla Stazione appaltante allo scadere dei primi due anni di manutenzione in garanzia. In tal senso, non sarebbe quindi corretto che questa voce fosse considerata ai fini dell'aggiudicazione della gara sul dispositivo stesso*"[601]. Ciò che smentisce di fatto la possibilità e probabilità che i clienti siano in grado di effettuare una scelta ponderata tra i vari fornitori presenti sul mercato primario, sulla base dei costi del servizio.
420. In tale situazione, sono da respingere anche le argomentazioni delle Parti secondo cui, pur in assenza di una piena consapevolezza della struttura sanitaria del livello dei costi dei servizi al momento dell'acquisto del bene, il fabbricante avrebbe, comunque, incentivi a fissare prezzi competitivi dei servizi nelle gare di acquisto congiunto[602].
È, invece, del tutto razionale ipotizzare che il produttore non formuli un'offerta concorrenziale sul prezzo della manutenzione post garanzia, che sarà probabilmente oggetto di una futura e diversa procedura competitiva; per quanto detto, il prezzo fissato rappresenta al più un prezzo di riserva per la domanda, ossia il maggior prezzo estraibile in una condizione di miopia della domanda. Peraltro, dal momento che il prezzo della manutenzione post garanzia viene di norma espresso in percentuale rispetto a quello del dispositivo, un'offerta competitiva su tale componente (da intendersi come un ribasso su tale percentuale) equivarrebbe ad un *extra* sconto sul prezzo del dispositivo, che non potrà essere recuperato nel caso di mancata stipula del contratto di manutenzione allo scadere della

[601] Cfr. doc. VIII.1068; doc. VIII.1066; doc. VIII.1094.
[602] Cfr. doc. VIII.1223 (Philips). In senso analogo anche VIII.1241 (GE) e VIII.1226 (Siemens).

garanzia[603]. In altri termini, un fabbricante razionale non potrà che definire la sua politica di prezzo a monte in funzione della remunerazione certa della sua offerta sull'arco temporale oggetto di contratto (garanzia e al più estensione di garanzia) e non scontare il flusso di redditi, del tutto ipotetici, su una durata più lunga.

421. La richiesta di formulare un'offerta – qualitativa e di prezzo – per la manutenzione post garanzia è retaggio del sistema di affidamenti diretti adottato precedentemente alla riforma[604] e può assolvere alla funzione di fissare un *cap* al prezzo applicabile dal produttore al momento (successivo ed eventuale) della stipula di un contratto di manutenzione post-garanzia per la durata dello stesso[605]. In occasione dell'espletamento di gare centralizzate a livello regionale si è appurato che questo sistema ha portato ad una situazione di assoluta difformità tra le strutture sanitarie nei livelli di costo corrisposti per la manutenzione anche di un medesimo tipo di dispositivo e marchio[606]. Si consideri al riguardo che, nell'ambito della stessa regione, l'incidenza dei costi dei servizi sul costo di acquisto del bene può variare tra 8-10% o arrivare anche al 10-12%, ciò che corrisponde ad una differenza, a parità di prezzo di acquisto del bene, del 25% nei costi del servizio che sosterrebbe la struttura[607].

422. I *database* delle gare prodotti dalle Parti, in particolare da Philips, riguardano procedure cui hanno partecipato anche le altre Parti del procedimento e rilevano per la comprensione delle dinamiche del mercato. Tali dati confermano che la considerazione dei servizi di manutenzione post garanzia riguarda solo una parte del totale delle procedure[608].

423. I dati prodotti da Philips indicano un tempo residuo di effettivo utilizzo del macchinario (rispetto al numero di anni di manutenzione valutati al momento dell'acquisto del dispositivo) che, nelle procedure esaminate risulta in media superiore a 10 anni. In altri termini, al momento dell'acquisto del dispositivo nessuna considerazione viene svolta dalla stazione appaltante circa i servizi di manutenzione relativi al 67% della vita utile (media) dei dispositivi. La struttura non si spinge a valutare (tantomeno ad acquisire) i servizi di manutenzione sulla macchina per tutta la durata di vita effettiva del dispositivo, posticipando le decisioni di acquisto del servizio. Si è già osservato che tale scelta, oltre a dipendere da una molteplicità di ostacoli alla piena visibilità del fabbisogno complessivo di manutenzione, discende anche da ponderazioni e bilanciamenti che sono espressione della libertà negoziale della domanda e che, come tale, si ritiene debba essere preservata in un'economia di mercato.

Anche l'analisi delle offerte trasmesse da Philips alle strutture private conferma che solo una parte di queste contrattualizza all'atto dell'acquisto i servizi di manutenzione e, comunque, per una durata

---

603 La stessa ESTAR-AOUPisana ha osservato che "*D'altra parte, tuttavia, le case produttrici non hanno incentivi a ridurre i costi del servizio nel corso delle nuove negoziazioni, perché un'eventuale riduzione dei costi dovrebbe poi essere applicata in fase di rinegoziazione agli altri dispositivi"*; cfr. doc. VIII.1066. La stessa Siemens ha confermato che si tratterebbe di un prezzo che "*vincola il venditore,* [mentre la struttura] *si riserva il diritto di non acquistarlo, o eventualmente di sottoscriverlo in un secondo tempo";* cfr. doc. VIII.1226.

604 Come confermato da una serie di evidenze l'affidamento del servizio avveniva sulla base delle offerte formulate dal fabbricante alla struttura.

605 Il rappresentante della ASST di Pavia cfr. doc. VIII.1094.

606 Cfr. doc. VIII.1066; doc. VIII.727; doc. VIII.739.

607 Cfr. doc. VIII. 1068. Anche la stessa Siemens ha fornito evidenze, relativamente a bandi di gara esperiti nel 2015, circa l'eterogeneità di queste incidenze; cfr. doc. VIII.1226.

608 Si vedano anche le considerazioni svolte in fatto sui database prodotti da Philips e Siemens.

di vita del bene che non eccede il periodo di ammortamento e ben inferiore alla durata effettiva del dispositivo[609].

424. Non possono, altresì, considerarsi prova valida per contraddire l'assenza di evidenze di interdipendenza tra i mercati le conclusioni che le Parti traggono dall'esito dell'indagine campionaria congiunta (IPSOS)[610]. In primo luogo, preme osservare che le Parti inferiscono una rilevanza generalizzata delle risposte fornite da un campione che per due terzi dei rispondenti è costituito da strutture ospedaliere private, laddove le strutture pubbliche esprimono circa il 70% della domanda del mercato[611]. In tal senso, ad esempio, è evidente l'errore in cui si incorre nel considerare conclusive e di portata generale le risposte fornite alle domande volte a valutare l'effetto reputazionale quando gli intervistati a cui si chiede un giudizio su come venga tenuto in considerazione il comportamento pregresso in una gara d'appalto sono solo strutture private; è noto, infatti, che solo le strutture pubbliche sono soggette all'obbligo di procedure ad evidenza pubblica e peraltro impossibilitate, giuridicamente, ad escludere in sede di gara un partecipante sulla base di una siffatta variabile (cfr. domanda 11)[612]. In difetto di rappresentatività del campione, le risposte perdono il carattere di valenza probatoria.

Si è inoltre riscontrata una forte ambiguità nella formulazione delle domande volte a verificare se e in quale misura il prezzo dei servizi di manutenzione sia considerato nella decisione di acquisto del bene primario che incide negativamente sul grado di attendibilità dei risultati a rappresentare in modo veritiero la modalità di scelta delle strutture. Una per tutte, quando si chiede se venga preso in considerazione il prezzo della manutenzione non si specifica alcuna durata di riferimento: non è fatta alcuna menzione al periodo oggetto di stipula contrattuale, né è reso esplicito il periodo di vita utile del bene in base al quale l'intervistato è chiamato ad esprimersi; in altri termini si tratta di risposte che, non contestualizzando l'arco temporale di riferimento delle scelte, non consentono, contrariamente a quanto sostenuto dalle Parti, di caratterizzare in modo univoco il grado di interdipendenza degli acquisti nel mercato per l'intera durata effettiva di utilizzo del bene. Altresì non è specificata la forma contrattuale su cui si basano i giudizi espressi, ossia se trattasi di acquisto

---

609 Cfr. doc. VIII.1223 Allegato I Fonti Report economico – documenti a corredo offerte.

610 Cfr. doc. VIII.1223 (Philips), doc. VIII.1226 (Siemens) e doc. VIII.1241 (GE). A titolo esemplificativo GE ritiene che i risultati siano "*prova convincente della misura in cui i clienti considerano la fornitura dei servizi di manutenzione e il costo totale di proprietà al momento di acquisto delle apparecchiature*".

611 Né può essere considerata conclusiva ai fini della prova della interdipendenza e assenza di miopia sulle condizioni economiche dei servizi, il risultato secondo il quale "*nel 97% dei casi il "personale coinvolto nella scelta del macchinario ha conoscenza nel settore di come gestire le apparecchiature di ogni OEM, compresa la fornitura del servizio di manutenzione e i suoi termini" (domanda 10)"* alla luce anche delle risposte alle domande 3 e 9. Con riguardo, alla dom. 3 solo per il 3% degli intervistati tra il personale coinvolto nel processo decisione vi sono responsabili degli acquisti per dispositivi ad alta tecnologia il solo. Quanto alla dom. 9 le figure professionali e/o le funzioni direttamente coinvolte nella valutazione di una gara per l'acquisto di dispositivi sono per l'95 % degli intervistati personale medico/clinico, per l'80% personale tecnico e per l'85% personale dirigenziale; a fronte invece del 50% circa degli intervistati che indica di aver coinvolto nel processo decisione personale che ricopre funzioni finanziarie; cfr. doc. VIII.1223 (Philips).

612 Parimenti incomprensibile alla luce delle argomentazioni delle Parti, anche l'esito della domanda 14 che chiede esplicitamente alle sole strutture pubbliche "*come o in che modo la sua istituzione tiene conto dell'obbligo di considerare i costi del ciclo di vita indicati nella direttiva UE sugli appalti pubblici 2014/24/UE e/o la sua corrispondente attuazione nell'ordinamento italiano (Decreto Legislativo 50/2016)* e che nel 45% dei casi abbiano indicato di tenerne conto in parte e limitatamente.

o altra modalità di fruizione del bene, come ad esempio il *leasing* che per natura include nel prezzo il canone di manutenzione (cfr. domanda 18[613]).

Da ultimo rileva anche osservare come le conclusioni raggiunte dalle Parti siano smentite, o quanto meno messe in forte dubbio, dalle stesse risposte all'ultima domanda (l'unica domanda "aperta") ove si chiede "*Domanda 24. Qui di seguito un elenco di criteri che possono determinare la scelta di acquisto di un dispositivo di diagnostica per immagini ad alta tecnologia. Quale di questi è più importante per lei. Mi dica il primo, il secondo, il terzo e il quarto in ordine di importanza"* quando il risultato è analizzato in relazione alla percentuale di rispondenti che per ciascuno dei criteri elencati non lo ritiene determinante ai fini della scelta dell'apparecchio. A titolo esemplificativo, dai dati risulta che per il 76% circa degli intervistati "*i costi complessivi del ciclo di vita*" non sono considerati tra i primi quattro fattori più importanti per la scelta, diversamente le "*caratteristiche tecniche del dispositivo*" non lo sono solo per il 20% degli intervistati. Parimenti, il 60% degli intervistati non considera fattori primari per la scelta né il "*bundle*" (acquisto congiunto di bene e servizio) né le "*prestazioni del servizio di manutenzione*"[614]. Anche con riguardo all'invocato effetto reputazionale o all'importanza del marchio per la scelta del bene, i dati indicano che per il 76% circa la "*reputazione nel mercato secondario*" non rappresenta uno tra i fattori primari che incidono sulla scelta e la percentuale è ancor più alta con riguardo al "*marchio*" che non costituisce un parametro di scelta del dispositivo per l'84% degli intervistati[615].

Per quanto sopra detto i risultati del sondaggio non possono in alcun modo essere considerati prova valida per contraddire l'assenza di evidenze di interdipendenza tra i mercati e di disciplina della condotta del fabbricante a valle.

425. Non da ultimo, si osserva che il prezzo del servizio di manutenzione eventualmente emergente al momento dell'acquisto del bene primario sarebbe il frutto di una competizione ristretta ai soli operatori integrati nella produzione dei dispositivi, escludendo la partecipazione dei soggetti attivi solo nell'erogazione di servizi di manutenzione. Tale prezzo, che le Parti invocano come elemento disciplinante dei prezzi successivamente applicati per la manutenzione eccedente il periodo coperto dal primo contratto, non può ritenersi, per quanto sopra riferito, e anche per questa ragione, un prezzo concorrenziale.

Come dimostrano le evidenze agli atti, quando l'affidamento della manutenzione (seppure ancora in casi limitati) ha visto la partecipazione di terzi (sia in modalità *monovendor* o in procedura *multivendor*) l'esito è stato quello di registrare significativi risparmi per la committenza in termini

---

613 La domanda è formulata in maniera del tutto generica posto che si chiede "*Domanda 18 - In che misura è d'accordo con la seguente dichiarazione? "Quando acquistiamo un dispositivo di diagnostica per immagini ad alta tecnologia, consideriamo il costo totale di proprietà della macchina stessa, cioè il prezzo del dispositivo e il servizio di manutenzione*"; una tra tutte Cfr. doc. VIII.1223 Allegato I. Fonti report economico All.h. Survey DI. Parimenti ambigua la domanda 12 "*In che misura lei è d'accordo con la seguente affermazione? "Quando un'azienda/struttura si procura un nuovo dispositivo di diagnostica per immagini ad alta tecnologia, le persone incaricate di selezionarlo prendono in considerazione il numero di anni in cui è probabile che venga utilizzato*" per la quale nulla viene chiarito all'intervistato in merito alla durata di riferimento.

614 Con riguardo all'asserita consapevolezza della domanda sul livello dei costi stupisce altresì la risposta alla domanda 13 da cui emerge che per il 50% degli intervistai i costi dei servizi sarebbero comparabili o maggiori di quelli del dispositivo mentre per il 50% sarebbero inferiori; ciò che smentisce di fatto la piena consapevolezza della domanda.

615 In base alla risposta alla domanda 6 emerge che di fatto nel 60% dei casi sono presenti più dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia di diversi marchi e che si tratta in via quasi esclusiva di dei marchi Philips, GE e Siemens; poco meno del 5% degli intervistati ha dichiarato di essersi rivolto a marchi concorrenti a quelli delle Parti (domanda 7); uno tra tutti cfr. doc.VIII.1223 Allegato I. Fonti report economico All.h. Survey DI.

di sconto sul costo storico della manutenzione (affidamenti diretti al fabbricante) o sul valore base d'asta, e ciò anche quando la procedura è stata poi, comunque, affidata al fabbricante[616].
Documenti agli atti indicano, peraltro, che le imprese Parti del procedimento ottengono margini rilevanti dalla vendita dei servizi in esame[617].

426. In conclusione, i servizi di manutenzione sui dispositivi di diagnostica ad alta tecnologia coprono un periodo estremamente lungo e complessivamente ammontano a ricavi paragonabili a quelli ottenuti dai produttori per la vendita dei dispositivi. Si tratta di servizi essenziali/obbligatori all'utilizzo del bene primario, che la struttura sanitaria deve acquisire per tutta la durata di utilizzo effettivo del dispositivo e la cui valorizzazione è incerta e muta nel tempo. Nel contempo, si tratta di un servizio per il quale la domanda si esprime in modo distinto e separato da quella del bene primario.

427. Mentre l'offerta dei dispositivi è appannaggio di un numero ristretto di imprese operanti in un settore ad alta intensità di capitale, il relativo servizio di manutenzione potrebbe essere erogato da un numero ben più ampio di aziende, eventualmente anche già attive nell'offerta di servizi di manutenzione su apparecchiature di diagnostica a medio-bassa tecnologia[618],[619]. Su questo aspetto, le Parti hanno dichiarato di consentire l'accesso a taluni *service software* e alle parti di ricambio a condizioni eque e non discriminatorie, mentre hanno rivendicato un diritto a non concedere a terzi altri *input* per la manutenzione, che sarebbero frutto di investimenti specifici che i manutentori terzi non avrebbero sostenuto, in ragione della scelta di un diverso modello di *business*.

I.1.1.a. L'effetto disciplinante della concorrenza nel mercato primario sulle condotte dei produttori nei rispettivi aftermarket

428. Verificata l'assenza di interdipendenza tra servizi di manutenzione e dispositivi di diagnostica, sulla scorta di quanto osservato nel precedente paragrafo circa le condizioni concorrenziali esistenti nel mercato primario e delle considerazioni che si esporranno di seguito, gli Uffici valutano che ogni operatore vanta nel proprio *aftermarket* della manutenzione un potere di agire in modo del tutto indipendente da quello della concorrenza e che, specularmente, i consumatori di tali servizi (le strutture sanitarie proprietarie dei dispositivi) si trovano in una posizione di *lock in* e possono essere soggetti ad uno sfruttamento abusivo da parte del fabbricante, ciascuno in relazione ai dispositivi a marchio proprio.

---

616 Cfr. doc. I.16 (Azienda ULSS n. 4 Veneto Orientale). A titolo esemplificativo, la gara sulla manutenzione della TAC a marchio Philips aggiudicata da MESA ha consentito un risparmio di costi dell'ordine del 30%, rispetto al prezzo offerto dal produttore; doc. VIII.760 (ASL Viterbo). Anche Althea, relativamente alle gare cui ha partecipato, ha documentato risparmi di costo per le strutture sanitarie dell'ordine del 25%-45% rispetto ai precedenti affidamenti diretti al fabbricante; cfr. I.6 - Addendum del 26 aprile 2017 alla Segnalazione.

617 Cfr. doc. VIII.848. Si veda anche la risposta dell'RTI GE e Siemens alla gara ALISA cfr. doc. V.289 e V.290.. In quell'occasione l'RTI, risultato aggiudicatario della gara con uno sconto del 40% circa sul valore base d'asta, produce giustificativi tali da garantire alla RTI un utile per lo meno del *[5-10]*%; cfr. doc. V.423.

618 Sugli incentivi per un ISO operativo in Italia a fare ingresso nella manutenzione sull'alta tecnologia, i manutentori indipendenti, attivi anche nelle medio-bassa tecnologia, concordano nel considerare che l'erogazione di servizi di manutenzione sui dispositivi ad alta tecnologia presenti in proporzione una più elevata marginalità rispetto alla manutenzione sulla media-bassa tecnologia ma sottolineano che per un terzo vi sono elevate barriere di ingresso in termini di concrete prospettive di reddito. Un ISO può esercitare una concorrenza se può operare in maniera indipendente dal fabbricante, mantenendo il suo vantaggio di costo e servendo una adeguata base installata; cfr. doc. VIII.835; doc. VIII.844; doc. VIII.848 e doc. VIII.948.

619 cfr. doc. VIII1094.

429. Le Parti sostengono la razionalità di una politica di *pricing* della manutenzione concorrenziale, posto che (*ex ante*, all'atto dell'acquisto del bene) il fabbricante sarebbe attivo in un mercato a monte concorrenziale e (*ex post*, dopo l'acquisto, nel corso della durata di vita del bene) la domanda sarebbe in grado di reagire con tempestività a mutamenti delle condizioni di erogazione del servizio[620].

430. Tuttavia, nel mercato primario non si riscontrano fattori disciplinanti del potere di mercato a valle. Con riguardo al primo aspetto, oltre alle considerazioni prima svolte sull'assenza di vincoli per il fabbricante all'adozione di prezzi competitivi dei servizi nelle gare di acquisto congiunto, vale sottolineare che la produzione e vendita degli apparecchi di diagnostica ad alta tecnologia, indipendentemente dal tipo di apparecchio, è caratterizzata – come detto - da elevate barriere all'ingresso e, quindi, da una struttura oligopolistica fortemente concentrata, sostanzialmente invariata nel tempo, che vede la presenza quasi esclusiva dei tre operatori Parti del procedimento in tutta la gamma dei dispositivi offerti al mercato.

431. Né, peraltro, sussistono, contrariamente a quanto argomentato dalle Parti, gli incentivi a competere che rispondono (in linea teorica) ad affidamenti del tipo *winner-take-all,* in grado di per sé di determinare esiti concorrenziali[621]. A tal fine (al di là della quota di mercato relativa) rileva, in primo luogo, la circostanza che non si tratta (sempre e solo) di gare isolate: questi affidamenti sono, al contrario, ripetuti nel tempo, distribuiti geograficamente[622] e realizzati per quantitativi diversi (talune gare avvengono a livello centralizzato nazionale per un fabbisogno non superiore al 10%, altre a livello regionale e altre ancora esperite da singole strutture con acquisti per singola gara di pochi quantitativi); come confermato dalla domanda: "*non è sempre possibile ricorrere alla gara centralizzata per gli acquisti dei dispositivi: le gare hanno una durata media di due anni e non sempre riguardano specifiche tecnologie richieste dalle strutture Sanitarie; non sempre quindi ci sono convenzioni attive per tutte le tipologie di apparecchiature di cui una struttura sanitaria può avere bisogno. A suo avviso è fisiologico che diverse modalità di acquisto (tra cui l'acquisto autonomo da parte della Struttura) continueranno a convivere nel mercato*"[623]; ciò che smentisce l'esistenza, nel mercato nazionale, di condizioni tali da poter qualificare, in ragione della coesistenza di diverse modalità di espletamento delle gare, il mercato come un *bidding market*.

432. Peraltro, il confronto competitivo avviene sempre tra un numero ristrettissimo e invariante di partecipanti, sia nel tempo che relativamente alle singole gare per i diversi dispositivi: nella maggior parte dei casi si tratta solo dei primi tre fabbricanti (Siemens, Philips e GE) e, in talune circostanze, al più di quattro offerenti (ai primi tre si aggiunge Toshiba-Canon). Si consideri, infine, che il

---

620 Cfr. doc. VIII.782 (versione Italiana di doc. VIII.769).

621 Cfr. doc. VIII.1223 (Philips), doc. VIII.1241 (GE) e doc. VIII.1226. Al riguardo non possono, contrariamente a quanto sostenuto da GE, applicarsi, al caso di specie, le conclusioni raggiunte dalla Commissione relativamente all'operazione di concentrazione COMP/M.3304 - GE/Amersham del 2004. In primo luogo vale osservare che l'analisi della Commissione non è effettuata con riguardo alla sola categoria di dispositivi ad alta tecnologia, riferendosi anche a apparecchi a medio-bassa tecnologia. Peraltro, la Commissione non ha formulato nel caso in esame alcuna valutazione circa l'effetto disciplinante delle condizioni concorrenziali a monte sulla dominanza valle. Anzi la stessa Commissione ha riferito che per la domanda il parametro di scelta non è mai il prezzo quanto piuttosto le caratteristiche tecniche del dispositivo che incidono sulla capacità di diagnosi dell'apparecchio (§36 "*Hospitals said* […] *that price is not their key selection criterion; it is rather the technological attributes of the products and the resulting quality of the image that they value most*").

622 A titolo esemplificativo si veda cfr. VIII.1223 (Philips) data base allegato.

623 Cfr. doc. VIII.1094.

mercato è caratterizzato da significative barriere all'accesso che impediscono l'esplicarsi di un effetto disciplinante da parte di una concorrenza potenziale, tipico invece dei *bidding markets.*
La stessa Philips ha riconosciuto, peraltro, l'impossibilità di quantificare con esattezza l'impatto economico che l'eventuale concorrenza a monte eserciterebbe sulle condizioni di acquisto del prodotto congiuntamente al servizio[624].
433. In aggiunta, si ritiene che la competizione che si esplica in tale mercato sia insufficiente a disciplinare le condotte degli operatori nella vendita dei servizi di manutenzione, anche con riguardo all'analisi della capacità di reazione della domanda (*ex post*, una volta acquistato il bene) a eventuali mutamenti nelle condizioni di erogazione del servizio, attraverso la sostituzione del dispositivo e ciò dal momento che:
- esistono rilevantissimi *switching costs* connessi a: (i) l'assenza di un mercato per la rivendita dei dispositivi usati; (ii) investimenti, diversi dal prezzo di acquisto del bene primario, non recuperabili a fronte della scelta di cambiare il dispositivo; (iii) vincoli amministrativi e di bilancio pubblico che ingessano le concrete possibilità di sostituzione anticipata;
- non esiste l'effetto reputazionale invocato dalle Parti quale fattore disciplinante delle loro condotte nel mercato della manutenzione, in ragione del ritorno di immagine nel mercato primario e, più in generale nella vendita di dispositivi medici alle strutture sanitarie.
La presenza di una significativa parte di clienti catturati (*locked-in*) e di elevati *switching cost* consentono l'emergere di condotte opportunistiche da parte dei fabbricanti nei rispettivi mercati della manutenzione. Di seguito si esaminano i fattori appena richiamati.
434. Secondo le Parti, la domanda potrebbe reagire ad un eventuale sfruttamento del potere di mercato a valle da parte dell'operatore dominante, sostituendo il dispositivo a monte**.** Tuttavia, la reattività della domanda ad incrementi di prezzo o, più in generale, a uno scadimento dell'offerta nei servizi di manutenzione su un dispositivo installato[625] dipende strettamente dall'entità dei costi da affrontare per sostituire il dispositivo in uso con quello di un operatore concorrente nel mercato primario e dalla concreta possibilità di poter attuare una simile reazione (incentivi alla dismissione e presenza di un mercato dell'usato). Né sussistono evidenze tali da corroborare la condizione che questa "ipotetica sostituzione" possa avvenire in tempi ragionevoli (due ultime condizioni del test EFIM).
Di seguito si darà conto del fatto che la tesi difensiva non è corroborata da alcuna evidenza di mercato.
435. Si osserva a riguardo che, nel panorama nazionale, le condizioni per una profittevole sostituzione anticipata del dispositivo in uso non sono verificate: gli apparecchi oggetto di istruttoria sono molto costosi e per le strutture pubbliche, che rappresentano parte rilevante della domanda, il loro finanziamento dipende dall'allocazione di un *budget* in conto capitale definito su base regionale

---

[624] Philips ha dichiarato che "*la misura in cui i profitti secondari vengono dissipati nelle gare d'appalto primarie è difficile da quantificare con esattezza"* e che "*Questo effetto di traslazione dipende dalla struttura dell'equilibrio nel mercato primario, che a sua volta dipende in larga misura dalle informazioni che i partecipanti in quel mercato (OEM e acquirenti) hanno sui profitti secondari degli OEM, indipendentemente dal fatto che questi siano determinati da differenze nei costi di sostituzione o da altri fattori, e dalle possibili asimmetrie tra gli OEM rispetto a tali profitti";* cfr. doc. VIII.1226*,* Allegato 1 Relazione economica CRA.

[625] Nel caso di specie più che ad uno scadimento nel livello del servizio in generale (ad esempio in termini di *uptime*), si può pensare ad un servizio che non includa talune opzioni, come è stato rappresentato dalla domanda. A fronte di un contratto denominato *full risk* le Strutture Sanitarie non ottenevano necessariamente le medesime prestazioni.

e vincolato dalla spesa storica e dai tagli operati dalle *spending review* adottate nel tempo. Gli scarsi incentivi alla dismissione anticipata degli apparecchi sono ampiamente documentati agli atti. Le strutture sanitarie non procedono al rinnovo del macchinario neanche a fronte della dichiarazione di fuori servizio del dispositivo da parte del fabbricante e alla conseguente diversa modalità di erogazione del servizio non più come quella originale (minimo di *[10-15]* anni per Siemens; oltre *[10-15]* anni per GE; fino ai *[15-20]* anni per Philips). Anche la domanda privata ha dichiarato che pianifica la sostituzione dei propri macchinari sulla base di una programmazione pluriennale e che la permanenza in uso dei dispositivi corrisponde almeno al tempo del loro ammortamento fisico, ovvero ad un periodo di almeno [5-10] anni[626].

436. In ogni caso, in Italia non si è assistito allo sviluppo di un mercato dell'usato per i dispositivi in esame, sia per ragioni di carattere regolatorio, sia per l'età estremamente elevata dei dispositivi al momento della loro dismissione, che li rende di fatto non ricondizionabili e quindi privi di valore commerciale[627].

437. L'assenza di un mercato di sbocco per i dispositivi installati, in Italia, compromette le possibilità di una dismissione anticipata di queste tipologie di macchinari. La sostituzione di un dispositivo nel periodo di vita utile, quando questo non possa essere ceduto, comporta una perdita secca corrispondente al valore residuo del macchinario installato. Anche quando la cessione avviene, si è visto che l'acquirente dell'apparecchiatura dismessa è di norma lo stesso produttore e che il valore di rivendita dei dispositivi usati è molto inferiore al valore residuo del macchinario[628],[629].
La possibilità da parte della domanda di reagire ad un incremento significativo del prezzo della manutenzione sul parco istallato, mutando il proprio comportamento di acquisto sul mercato primario in tempi ragionevolmente brevi, infatti, dipende strettamente dalla possibilità per la struttura sanitaria di dismettere il dispositivo in uso, quando questo sia ancora nella fase di ammortamento della sua vita utile. L'inesistenza di un mercato di sbocco per i dispositivi in uso presso le strutture sanitarie ha, pertanto, l'effetto di aumentare i costi di *switch* e ridurre la probabilità di una reazione della domanda a condotte di sfruttamento nel mercato secondario della manutenzione.

438. L'esame della documentazione di gara prodotta dalle Parti ha permesso di accertare l'esistenza di *sunk costs* di elevata entità, legati all'istallazione e disinstallazione dei macchinari complessi

---

626 Cfr. doc. VIII.840.

627 Cfr. anche doc. VIII.948 (HTS).

628 In altri mercati geografici europei, si è sviluppata una qualche compravendita di apparecchi usati. Si tratta, comunque, di dispositivi che non hanno raggiunto il grado di obsolescenza comune in Italia e che sono destinati al più al *business* delle parti di ricambio usate. Queste necessitano, peraltro, di ricondizionamento e/o per lo meno di una previa verifica del loro stato di funzionamento per poter essere rivendute nel mercato secondario dei ricambi. Si tratta, comunque, come visto in fatto, di un mercato fortemente condizionato, nell'ampiezza e nella gamma delle parti disponibili, dalla politica di accaparramento messa in atto dagli stessi fabbricanti per limitare le fonti di approvvigionamento di ricambi per i terzi. In tal senso, le generiche affermazioni di GE per cui esistono intermediari specializzati i quali pur non essendo attivi in Italia "*rappresentano comunque uno canale attraverso il quale un ospedale in Italia può trattare dispositivi di DI usati, indipendentemente dal fatto che verranno poi rivenduti nel territorio italiano o in altri Paesi*" restano del tutto teoriche alla luce della prassi contrattuale vigente nel contesto nazionale nel quale le Strutture Sanitarie esternalizzano tutta l'attività di gestione dei dispositivi; cfr. doc. VIII.1241.

629 Althea, nella propria memoria, cita lo studio della Commissione Europea del 2015 "*Remanufacturing market study*" dal quale emergerebbe che a fronte di un prezzo di acquisto di un dispositivo nuovo tra 0,8 e 1,2 milioni di euro, il valore di rivendita del dispositivo usato sarebbe compreso fra 0,2 e 0,3 milioni circa (esempio relativo ad un macchinario per risonanza magnetica sul marketplace *medwow.com*). cfr. doc. I.2 memoria economica Compass Lexecon.

oggetto di esame, ovvero costi di *start up* che includono spedizione, installazione, allestimento dei locali, spese di disinstallazione del dispositivo vecchio[630]. Si tratta di costi in larga misura irrecuperabili, che si duplicano al momento della sostituzione del macchinario e che incidono in percentuale molto rilevante sul prezzo del dispositivo[631].

La sostituzione anticipata del dispositivo implica, quindi, la necessità di ammortizzare tali costi su un periodo più breve rispetto a quanto programmato.

439. L'istruttoria ha evidenziato l'esistenza di una serie di costi ulteriori, non recuperabili, associati alla scelta di sostituzione di un dispositivo installato prima del termine della sua vita utile. In larga misura, si tratta di costi connessi alla complessità tecnologica del prodotto, dalla quale conseguono spese significative in termini sia tecnici, sia amministrativi.

In primo luogo, la struttura sanitaria sostiene costi connessi alle risorse umane impiegate nel processo di *decision making* e alla gestione della procedura d'acquisto (che coinvolge staff medico, personale del settore amministrativo, finanziario e tecnico).

In secondo luogo, l'installazione di un nuovo dispositivo richiede attività di *training* del personale ai fini dell'acquisizione delle competenze necessarie al suo utilizzo e si è visto come tali conoscenze siano in larga parte specifiche alla macchina e non trasversali (tra dispositivi di marchi diversi e addirittura tra differenti macchinari dello stesso produttore)[632].

Altro elemento di rilievo è la possibilità che apparecchi di un diverso produttore non risultino interfacciabili con i sistemi (*server* esistenti e altri *software* in uso nella struttura sanitaria), se non a meno di altri investimenti e adeguamenti. La previsione di penali per una rescissione anticipata dei contratti di manutenzione concorre, altresì, ad aumentare i costi nel caso di dismissione anticipata dei dispositivi ovvero a dilatare i tempi di reazione della domanda, eventualmente posticipando la scelta di sostituire il dispositivo fino alla scadenza del contratto.

440. In conclusione, la presenza di significativi costi non recuperabili, connessi ad una dismissione anticipata dei dispositivi dimostra come l'invocata concorrenza nel mercato primario non sia idonea a disciplinare le condotte delle imprese dominanti a valle nei singoli mercati della manutenzione *branded*.

441. Né può essere considerato valido il secondo argomento proposto dalle Parti, relativo alle presunte ripercussioni di tipo reputazionale nel mercato a monte dei dispositivi, derivanti da condotte di sfruttamento della domanda nell'aftermarket della manutenzione proprietaria. Ogni produttore sarebbe trattenuto dall'applicare prezzi sovra-competitivi o dal ridurre la qualità della propria offerta nei servizi di manutenzione sul parco installato nel timore di una perdita di reputazione presso la

---

630 L'analisi dei documenti di gara per l'acquisto dei dispositivi oggetto di istruttoria ha evidenziato l'incidenza rilevante di tali componenti di costo. Cfr. doc VIII.756 memoria economica Phhilips: a titolo meramente indicativo, vedi gare OP012_0916_2 e OP012_1061_off.

631 A titolo esemplificativo in un contratto per l'offerta di una RM chiavi in mano (GARA N. 368/2016 – Procedura negoziata in esclusiva del 2016) GE prevede opere edili ed impiantistiche indicando che "le stesse sono eseguite da ditte esterne specializzate in subappalto e che le principali voci di costo hanno un'incidenza percentuale sul costo unitario del bene pari al *[10-15]%* per le opere meccaniche, al *[25-30]%* per le opere elettriche e al *[55-60]%* per le opere edili e affini; Cfr. doc. VIII.1081

632 Sulla specificità dei dispositivi, ad esempio Humanitas ha riferito che nel caso di *"sostituzione di macchinari obsoleti, si utilizza quale base per le offerte il capitolato tecnico già usato per il dispositivo da dismettere. [omissis]. Ciò al fine di evitare di legarsi allo stesso fornitore, far girare il mercato e anche consentire agli operatori medici di studiare il funzionamento di altri marchi per macchine con funzioni analoghe";* cfr. doc. VIII.840.

struttura sanitaria, che è acquirente di un certo numero di apparecchiature di diagnostica – ad alta e bassa tecnologia. In altri termini, la perdita di "credibilità" del produttore dovuta alla condotta sui clienti *locked-in* determinerebbe una riduzione delle vendite presso i "nuovi" clienti.

442. In primo luogo, rilevano a tale riguardo le osservazioni sulla elevata marginalità che connota l'erogazione dei servizi di manutenzione ad alta tecnologia in Italia[633]; diverse evidenze acquisite presso le Parti testimoniano la consapevolezza che la previsione di gare di tipo centralizzato costituisse una misura di contenimento dei costi[634] e, contestualmente, la preoccupazione che l'avvio di gare di tipo *multivendor* anche sull'alta tecnologia potesse creare opportunità per manutentori terzi e innescare un confronto competitivo[635] che non si realizza con gli affidamenti diretti[636].

Quanto osservato con riferimento ai processi decisionali della domanda per l'acquisto dei dispositivi ad alta tecnologia e all'assenza di una sufficiente trasparenza circa le condizioni di offerta dei servizi di manutenzione fa, infatti, concludere per l'assenza di tale effetto disciplinante[637]. Preme ribadire per quanto sopra detto (§ interdipendenza) che gli acquisti congiunti non avvengono in maniera sistematica, ma solo per una porzione di dispositivi, e che in ogni caso le eventuali condizioni che emergerebbero dagli affidamenti congiunti non sono valide per l'intera durata di vita del bene, ma solo per un periodo di breve termine, né possono costituire, quindi, un *benchmark* competitivo. Peraltro, come già osservato, le scelte di acquisto dei dispositivi sono dettate da considerazioni relative alle funzionalità cliniche da questi assolte al fine dell'erogazione delle prestazioni sanitarie da parte delle Strutture e non sono, invece, guidate da considerazioni sui livelli e costi dei servizi[638],[639].

---

633 Tra tutti si veda cfr. doc. VIII.848.

634 Cfr. doc. V.397 slide 6 GE osserva che "*National Public Procurement strategy to reduce costs is: "centralization". In Healthcare the Government obliged (by low DPCM 24/12/2015) all the public hospitals to buy goods and services by: Consip (National Purchasing Agency) or 31 Purchasing Agency called "Soggetti Aggregatori" (regional & metropolitan level)"* Si veda anche, per Siemens doc. III.88 "A*doption of centralized purchasing model as a mean to control public investment at national and regional level for almost all the modalities*" e " *Centralized Tenders in public segment (National/Regional) are definitely the new way to buy systems and service"* (*slide* 1 presentazione allegata).

635 Cfr. doc. V.397 (2016) si legge "*Healthcare the Government obliged (by low DPCM 24/12/2015) all the public hospitals to buy goods and services by: Consip (National Purchasing Agency) or 31 Purchasing Agency called "Soggetti Aggregatori" (regional & metropolitan level)*" e anche che "*Definition by low of a max threshold (40k€) for local public tender for Helthcare Maintenance Services; reduction / cancellation of direct assignments to OeM... launch a call for public tender to all potential suppliers; Tenders struture: Geography vs Tech. Levels/Clinical areas*;" e "*Main issues - Delay on contract renewal; - Big tender on GEHC IB prices comparison and competition by 3rd parties (Mesa, TBS Imaging); - MVS tender incl. Hi-tech… pricing discount*" (slide 6). Anche Cfr. doc. V.504 (2015)..

636 Philips nel commentare l'impatto sui propri ricavi di diverse gare regionali afferma che con riguardo all'alta tecnologia *[omissis]* cfr. doc. IV173 (slide 8) "[omissis]" e slide 11 "*[omissis]*".

637 Le evidenze agli atti dimostrano come, contrariamente a quanto sostenuto dalle Parti i servizi di manutenzione erano erogati in condizione di sostanziale monopolio dei fabbricanti.

638 La tesi delle Parti circa un ipotetico effetto di reputazione non si può condividere neanch, sotto il profilo dell'ipotetico segnale di qualità del bene primario. I fabbricanti, come riferito, informano i clienti circa le nuove funzionalità dei propri dispositivi in diversi momenti (ad esempio nel corso di congressi) e i capitolati richiedono dettagliate informazioni sui sistemi operativi dei dispositivi oggetto di acquisto; non sono rari i casi in cui sono previsti punteggi per la qualità del dispositivo, tra cui gli aggiornamenti offerti.

639 La stessa GE nelle sue memorie economiche indica che nel 2017 sulle gare per i dispositivi di DI nel 70% dei casi prevale il criterio del punteggio sulla qualità/valutazione tecniche rispetto al punteggio sul costo di acquisto; cfr. doc. VIII.782 (versione Italiana di doc. VIII.769).

443. La generalizzata obsolescenza del parco installato in Italia fa anche sì che le singole strutture sanitarie compiano scelte di acquisto estremamente distanti nel tempo, anche di molti anni, con la conseguenza che i soggetti implicati in una procedura di acquisto (i clinici utilizzatori dell'apparecchio, gli ingegneri clinici se presenti e lo staff amministrativo, le Centrali di acquisto) sono di frequente diversi dai precedenti; ciò è particolarmente vero in ragione della coesistenza di acquisti effettuati a livello centralizzato ed acquisti effettuati dalle singole strutture, così che le decisioni relative ai dispositivi possono essere assunte da soggetti diversi rispetto a quelli che decidono in ordine alla manutenzione.

444. In ogni caso, con riferimento agli effetti reputazionali, si considera dirimente il fatto che la disciplina sugli appalti pubblici impedisce alle strutture sanitarie di escludere un operatore dal confronto concorrenziale per la vendita dei dispositivi, sulla base del comportamento adottato dall'impresa con riferimento a servizi diversi e nell'ambito di un diverso contratto (manutenzione). Al momento di un nuovo acquisto di macchinari diversi, la struttura sanitaria sarà pertanto in grado di tenere conto della condotta del produttore nell'erogazione del servizio di manutenzione solo nel senso di acquisire – per quanto possibile – un *set* informativo più ampio possibile sulle condizioni della manutenzione per il nuovo dispositivo. Non sarà invece in grado di escludere in alcun modo il produttore dalla partecipazione alla nuova procedura, dalla quale emergerà vincente l'impresa che abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, a prescindere dalla reputazione vantata dalla stessa presso la struttura sanitaria appaltante.

445. Da ultimo, come anticipato in premessa, si evidenzia che l'insieme delle considerazioni che precedono, relative all'analisi dei vincoli concorrenziali che possono derivare dal mercato a monte, si applicano indistintamente alle diverse tipologie di apparecchi ad alta tecnologia (TAC, RM, Angiografi, …), non rilevandosi differenze tra le stesse nelle caratteristiche della domanda e nelle sue modalità di scelta e di acquisto, nella struttura oligopolistica dell'offerta, nella presenza di barriere all'ingresso e di significativi *switching costs*. La segmentazione del mercato a monte nelle diverse tipologie di apparecchiature, sostenuta dalle Parti, non rileva nell'analisi qui svolta in quanto non si tratta, come detto, dell'analisi di una dominanza a monte, bensì dell'analisi degli incentivi a competere tra fabbricanti a monte idonei a disciplinare le condizioni di erogazione dei servizi a valle.

I.1.1.b. Conclusioni sulla dominanza nei singoli aftermarket

446. Ciascun fabbricante detiene una posizione di dominanza nell'erogazione dei servizi di manutenzione sui dispositivi a marchio proprio. Non esiste una relazione di interdipendenza delle decisioni di acquisto di dispositivi e manutenzione per l'intera vita utile degli stessi, né le modalità di acquisto e di offerta a monte sono tali da garantire che si esplichi di per sé per una competizione agguerrita. La produzione e vendita di dispositivi di diagnostica ad alta tecnologia è un oligopolio ristretto con significative barriere all'ingresso, non si ravvisano nella modalità di affidamento le condizioni tipiche di *bidding markets,* si tratta di gare esplicate da soggetti diversi e distribuite geograficamente (talune centralizzate a livello nazionale, altre regionale e altre ancora dalla singola struttura), in tal senso il confronto competitivo è ripetuto nel tempo; il criterio di affidamento è quello del prezzo/qualità (30/70 punti) e avviene anche (sempre più) nella forma di affidamenti a più fabbricanti.

In conclusione, il prezzo che si determina nelle gare di acquisto congiunto non può rappresentare un prezzo concorrenziale: la manutenzione successiva viene affidata in un momento decisionale

distinto, secondo regole differenti, con un confronto che vede la partecipazione di attori diversi e implica una logica completamente diversa di fissazione dei prezzi. Per un fabbricante razionale la definizione del prezzo a monte non può che riflettere la remunerazione del servizio sull'arco temporale contrattualizzato. Non esiste una concreta capacità di reazione della domanda a condotte di sfruttamento nel mercato della manutenzione, attraverso il passaggio ad un dispositivo concorrente in un tempo significativamente breve.

La contemporanea assenza di tali condizioni determina il *lock in* delle strutture sanitarie con riferimento alla manutenzione sulla loro base installata, con la conseguenza che ogni produttore – titolare di una quota di mercato sempre superiore al 90% delle vendite di servizi di manutenzione a proprio marchio - risulta dominante nel proprio *aftermarket*.

V.2.2 La posizione dominante di Siemens

447. Siemens detiene una quota di significativo rilievo nel mercato nazionale della manutenzione dei dispositivi ad alta tecnologia a marchio proprio[640]. Come anticipato in fatto, la percentuale di dispositivi a marchio Siemens che nel 2018 risultavano oggetto di un contratto di manutenzione di durata con lo stesso produttore era pari al *[95-100]*%. Nessun altro OEM è attivo nella manutenzione di questa tipologia di dispositivi a marchio Siemens.

Gli OEM procedono, infatti, a riaffidare i servizi di manutenzione su dispositivi ad alta tecnologia di un produttore concorrente, tramite accordi di subappalto, quando risultino aggiudicatari di tali servizi per effetto di gare *multi-vendor*[641].

448. Tra le ISO, la sola impresa ad erogare servizi di manutenzione su dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia a marchio Siemens è Althea, che in ogni caso contrattualizzava nel 2018 non più del *[0-5]*% dei dispositivi contrattualizzati a marchio Siemens. In generale, tutte le ISO (inclusa Althea, in larga misura) hanno riaffidato a Siemens la manutenzione dei dispositivi ad alta tecnologia della quale risultano aggiudicatarie nell'ambito di gare *global service*.

449. Anche considerando il sottoinsieme di dispositivi a marchio Siemens che la Parte ha qualificato come apparecchi in disuso - sebbene ancora installati presso le strutture sanitarie e quindi formalmente inclusi nel parco installato – e il numero di macchinari in EoS, la percentuale di dispositivi sui quali Siemens eroga servizi di manutenzione resta superiore all'*[85-90]*%. Come documentato, tuttavia, si tratta di un'informazione poco indicativa del reale peso della società nel mercato in esame, proprio perché tiene contro di macchine che la Parte ha dichiarato non essere oggetto di servizi di manutenzione da parte di alcun operatore o di dispositivi in EoS, sui quali sono erogati servizi sporadici, a richiesta della struttura sanitaria.

450. È solo il caso di evidenziare che l'apparente discrasia tra i dati appena indicati e le informazioni presenti nella memoria economica di Siemens[642] dipende, ancora una volta, dall'inclusione da parte di Siemens di dati relativi alla manutenzione di apparecchiature che esulano dal perimetro della presente indagine (dispositivi di medio-bassa tecnologia).

451. Con riferimento agli indici prodotti da Siemens a sostegno dell'esistenza di una concorrenza nel mercato in esame, si osserva che il tasso di *retention* del *[30-35]*% elaborato dalla società è

---

640 Cfr. doc. VIII.881. Anche cfr. VIII.879 e VIII.730 successivamente integrati e aggiornati, da ultimo doc. VIII.1022 (Siemens) per i quantitativi di dispositivi installati, in EOS e manutenuti da Siemens e da terzi.

641 Cfr. doc. VIII.884 (Philips) e doc. VIII767 (GE).

642 Cfr. doc. VIII.881, memoria economica di Siemens e VIII.1226 (Memoria finale).

calcolato tenendo conto dei contratti di manutenzione relativi ad apparecchi a medio-bassa tecnologia. Sulla base degli stessi dati trasmessi da Siemens, la percentuale di apparecchiature ad alta tecnologia servite da Siemens nel 2017 rispetto a quelle complessivamente installate è compresa (per TAC, RM, sistemi PET e angiografie digitali) tra l'*[85-90]*%-[*90-95*]%.

452. Le stesse considerazioni valgono con riferimento al c.d. *churn rate,* ovvero il numero di contratti di manutenzione che annualmente la società si vede sottratti dalla concorrenza, che secondo Siemens dimostrerebbe che la società perde ogni anno circa il *[25-30]*% dei contratti di manutenzione in scadenza[643]: anche in questo caso l'analisi include i dispositivi a bassa tecnologia, estranei al perimetro dell'istruttoria e sui quali effettivamente gli ISO sono attivi nell'erogazione di servizi di manutenzione. L'analisi di Siemens non tiene conto dei dispositivi in c.d. EOS, per i quali la stessa società non propone più contratti di durata, ma interviene solo su base *spot*[644]. Peraltro, documentazione interna di Siemens conferma come la stessa consideri la perdita di contratti attribuibile sostanzialmente alla concorrenza sulla bassa tecnologia[645]. Più in generale la documentazione interna di Siemens corrobora la tesi che la manutenzione sull'alta tecnologia non è oggetto di pressione competitiva da parte delle ISO specializzate nella bassa tecnologia (tra cui le principali sono HC e TS) e che l'affidamento della manutenzione tramite gare *multivendor* sull'alta tecnologia è ancora piuttosto limitato in quanto modalità invece prevalente per l'affidamento dei servizi sulla bassa tecnologia[646].

453. Siemens sostiene che l'interdipendenza tra mercato primario e secondario impedirebbe di configurare una posizione dominante in capo alla società. Si è già argomentato come la domanda sia connotata da un forte grado di miopia circa i fabbisogni e i costi della manutenzione sull'intero ciclo di vita del dispositivo. La manutenzione è un servizio in larga misura acquisito separatamente dal dispositivo. Anche i dati prodotti da Siemens (depurati dalle gare che non attengono all'alta tecnologia e dal noleggio)[647] dimostrano che solo in talune circostanze la struttura sanitaria procede

---

643 Cfr. doc. VIII.881, memoria economica, pag. 61.

644 Nella Memoria economica, infatti, si legge che il dato sull'installato è stato rettificato come segue "*Pertanto, a partire dai* [omissis] [il dato sull'installato si riferisce a tutti i dispositivi di diagnostica per immagini inclusi quelli a media-bassa tecnologia] *dispositivi Siemens installati al 30/9/2018 sono stati eliminati: ▪ i macchinari la cui data di vendita è successiva al 2013 incluso, al fine di mantenere costante il numero di dispositivi considerati in questa analisi: ▪ i macchinari in garanzia tra il 2013 e 2018, che chiaramente non costituiscono mercato "contendibile"*; cfr. doc. VIII.881.

645 Nel commentare la dinamica dell'affidamento tramite gare di tipo *multivendor – global service* Siemens afferma che "*What we are really losing in these Global Service Tenders is the maintenance on low end tech equipment (mainly US and XP) since the ISOs is able to provide service with their own employees. But we cannot do too much to prevent this since we are talking about public tenders regulated by law and the ISOs can easily maintain these low end tech equipments (spare parts included)";* Cfr. doc. III.93 (2017).

646 Siemens indica, infatti, che nel periodo tra il 2013 e il 2018 le gare *global service* inclusive dell'alta tecnologia cui ha partecipato non rappresentano mai una quota superiore al *[20-25]*% degli affidamenti tramite questa modalità; cfr. VIII.864. Anche doc. III.125 (2017) e III.126 (2017) in cui Siemens spiega alla casa madre che in Italia le gare di tipo multivendor-global service hanno ad oggetto in prevalenza la bassa tecnologia ed è rispetto a tali modalità di dispositivi che ISO quali Hospital Consulting e Tecnologie Sanitarie esercitano una maggiore concorrenza: *"- In Italy MV market corresponds 1 to 1 with the Integrated Service Market that is the so called Global Service Market => integrated service applied on all the medical equipments; - Main driver of the Integrated Service Market is the Biomed management + low tech DI (US + RX). Only 30% of the tenders includes High Tech DI (CT, MR etc.)*; *- The Integrated service tenders for Public Hospitals are done at Regional Level meaning that in these tenders is awarded the management of all the Public Hospitals of an entire Region (see the list of regional tenders already done and those we are waiting for in the next months).*

647 Siemens cita un data base di 129 gare, tuttavia quelle relative all'alta tecnologia (TAC, RM, MI e AX) ad esclusione del noleggio, risultano essere 39. Cfr. doc. VIII.881 e VIII.883

all'acquisto della manutenzione contestualmente al bene primario e, comunque, per una durata inferiore alla vita effettiva del dispositivo (come detto per Siemens per una significativa quota dell'installato ben superiore ai 10 anni). Per quanto detto le evidenze, contrariamente alle argomentazioni difensive della Parte, non costituiscono elementi idonei a eliminare incompletezza e incertezza e, quindi, a supportare la tesi dell'interdipendenza (*i.e.* il sistema)[648].

454. Siemens ha sostenuto che il prezzo del servizio di manutenzione formulato dal fabbricante in sede di gara per l'acquisto del dispositivo rappresenta un prezzo di riferimento nelle successive procedure di affidamento del servizio, idoneo a disciplinare l'autonomia del produttore nella fissazione del futuro prezzo. Tale prezzo sarebbe un prezzo concorrenziale dal momento che il fabbricante avrebbe incentivo a rivelare "*il costo reale del servizio per avere la possibilità di o ottenere anche il contratto di manutenzione o accedere ad un confronto competitivo disegnato con una base d'asta appropriata*"[649].

Come visto, tuttavia, tale prezzo risente delle condizioni concorrenziali vigenti ed è espressione del potere storicamente vantato dal produttore nella manutenzione sui propri dispositivi, grazie agli affidamenti diretti che hanno per anni caratterizzato i servizi di manutenzione; e peraltro è la stessa Siemens a confermare che solo attraverso una gara *ex post* sui servizi di manutenzione possono essere garantiti risparmi: posto che la struttura può al più usare "*il processo competitivo nel mercato primario per fissare un tetto al prezzo che potranno spuntare in una eventuale seconda gara nel mercato secondario*"[650]. Al riguardo, proprio Siemens in occasione della gara ALISA per l'affidamento della manutenzione[651] ha giustificato l'applicazione di uno sconto del 40% sul valore base d'asta per i servizi di manutenzione del Lotto 2 in ragione di una serie di considerazioni su costi e possibili economie relativi a fattori quali la logistica o il reperimento dei ricambi di cui la società può beneficiare a prescindere dalla tecnologia in manutenzione; ciò a fronte di un mero sconto del 7% nella medesima gara per il Lotto 3 in cui, come documentato, non vi è stato confronto concorrenziale con terzi. In entrambi i casi si dichiara una marginalità almeno del *[10-15]*%. Quanto alle gare *monovendor* le evidenze agli atti documentano che le Strutture procedono all'affidamento diretto (in particolare nel caso di contratti ponte) in ragione di lettere di offerta trasmesse dal

---

648 Siemens sostiene la struttura "*mostra di preoccuparsi seriamente della manutenzione e di volerne fissare le condizioni prima dell'acquisizione del bene"* posto che "*le strutture ▪ richiedono all'aggiudicatario l'impegno a fornire per un determinato periodo i pezzi di ricambio; ▪ chiedono una garanzia per periodi più lunghi di quelli ordinariamente concessi; ▪ insieme al dispositivo, acquistano la manutenzione per un certo numero di anni ad un prezzo oggetto dell'offerta; ▪ insieme al dispositivo, richiedono una quotazione per la manutenzione, riservandosi il diritto di acquistarla (se lo vorranno)";* cfr. doc. VIII.881. Nella memoria finale Siemens conferma che al più in "*circa il 50% al netto del noleggio (Tabella 3), la stazione appaltante acquisisce un'opzione sull'acquisto della manutenzione*"; cfr. doc. VIII.1226 Memoria economica.

649 Nella sua memoria economica Siemens ha sostenuto che "*la Struttura Sanitaria può quindi – successivamente alla gara per l'acquisto per il dispositivo - emettere un nuovo, distinto bando di gara per la sola manutenzione, utilizzando la quotazione ottenuta in sede di acquisto non solo come base d'asta, ma come un vero prezzo di riserva al quale l'OEM è tenuto a fornire il servizio nel caso in cui la nuova gara non dia risultati soddisfacenti per la stazione appaltante"* cfr. doc. VIII.881.

650 Cfr. doc. VIII.1226 (memoria finale) e anche doc. VIII.881.

651 Il valore base d'asta era stato fissato al 12% del valore dei dispositivi, quale *benchmark* di riferimento del mercato, espressione come detto da più rappresentati della domanda delle condizioni di spesa storica della manutenzione erogata in monopolio dal fabbricante; cfr. doc. VIII.727, VIII.739, VIII.753, VIII.760 e VIII.1066, VIII.1068 e VIII.1094.

fabbricante, senza di regola rinegoziare le condizioni economiche[652]. Al riguardo, dai dati trasmessi dalla stessa Siemens si evince che nel periodo 2013-2020 nel 68% dei casi la società ha proceduto a rinnovare il contratto alle stesse condizioni o a prezzi superiori; peraltro, nei più limitati casi in cui il rinnovo ha condotto a una diminuzione del canone questo, in media, non supera il 2% in un contesto nel quale il settore è stato interessato da provvedimenti nell'ambito della c.d. *spending review* che "*imponendo dei tetti di spesa ha permesso di migliorare le condizioni di acquisto dei servizi*", con contrazioni dei prezzi fino al 5%, come riferito dalla domanda[653].

In altri termini, è l'esperienza concreta di Siemens a dimostrare come il prezzo indicato in sede di gara per l'acquisto dei dispositivi sia un prezzo che riflette la dominanza di ciascun fabbricante nel proprio mercato a valle e non espressione delle reali condizioni di costo di erogazione del servizio per il fabbricante[654].

455. Con riguardo alla capacità disciplinante del potere di mercato a valle derivante dalla possibilità di reazione della domanda attraverso la sostituzione del dispositivo con uno della concorrenza nel mercato primario, i dati sull'obsolescenza forniti da Siemens smentiscono come nella pratica le strutture sanitarie abbiano capacità e incentivi per la sostituzione dei propri dispositivi prima della fine del periodo di adeguatezza tecnologica.

Le Strutture non procedono alla dismissione dei propri dispositivi neanche quando le condizioni di erogazione del servizio mutano per le dichiarazioni di fuori servizio trasmesse da parte del fabbricante. Anche per i dispositivi a marchio Siemens, la domanda non è intrinsecamente in grado di reagire prontamente ad eventuali mutamenti nelle condizioni di offerta dei servizi di manutenzione da parte del fabbricante. Ne consegue la razionalità per il fabbricante di indicare prezzi della manutenzione che non riflettano gli effettivi costi del servizio.

456. Quanto all'asserita capacità disciplinante derivante dall'impegno dell'aggiudicatario del dispositivo a fornire parti di ricambio per 10 anni (spesso prevista dai documenti di gara), si consideri che tale previsione non disciplina in maniera puntuale le condizioni di acquisto delle parti di ricambio, non indicando specifiche quantità, prezzi di acquisto o modalità di consegna, né sanzioni in caso di inottemperanza. Si tratta di una generica disponibilità del fabbricante in un contesto nel quale sono le stesse case produttrici a non assicurare per i dispositivi dichiarati in fuori servizio il reperimento dei ricambi alle medesime condizioni di cui all'origine, in conseguenza della cessazione dello sviluppo e produzione dei ricambi per i dispositivi che la stessa casa produttrice abbia deciso di mettere fuori produzione[655]; tale richiesta manifesta, piuttosto, la capacità del fabbricante di condizionare la durata dell'uso del dispositivo e la modalità di fruizione del servizio per la Struttura.

V.2.3 La posizione dominante di Philips

457. Philips detiene una quota estremamente rilevante nel mercato nazionale della manutenzione dei dispositivi ad alta tecnologia a marchio proprio. Come anticipato in fatto, la percentuale di

---

652 Siemens nelle sue memorie economiche riferisce che con riguardo al set di gare monovendor oggetto di analisi "*Per alcune di queste gare Siemens ci ha fornito la lettera di invito con cui la stazione appaltante ha invitato la Società a effettuare un'offerta per i servizi di manutenzione";* cfr. doc. VIII.881.

653 Cfr. doc. VIII.1226 (Siemens) e audizioni della domanda doc. VIII.1068 (ICRSS) e anche doc. VIII.727.

654 Cfr. doc. VIII.881.

655 Come riferito all'atto dell'acquisto del bene non è noto alla Struttura quando il dispositivo sarà dichiarato fuori produzione e ciò non dipende dalla data di acquisto del prodotto, ma da quella di commercializzazione. Pertanto l'indisponibilità dei ricambi può avvenire in momenti diversi da dispositivo a dispositivo.

dispositivi a marchio Philips che nel 2018 risultavano oggetto di un contratto di manutenzione di durata con lo stesso produttore era pari al *[95-100]*%[656].

Nessun altro OEM è attivo nella manutenzione di dispositivi Philips. Sia Siemens sia GE hanno dichiarato di aver proceduto a riaffidare i servizi di manutenzione su dispositivi Philips alla società, tramite accordi di subappalto, quando siano risultate aggiudicatarie di tali servizi per effetto di gare *multivendor*. Anche per Philips, la scelta operata di norma in caso di aggiudicazione di contratti di *global service* comprendenti apparecchi ad alta tecnologia a marchio di altri fabbricanti è quella di riaffidarne a questi ultimi la manutenzione ciascuno sui propri dispositivi[657]. Specularmente, gli altri OEM riaffidano in subappalto a Philips la manutenzione sui dispositivi a marchio proprio, con l'effetto che la presenza di altri OEM nel mercato per la manutenzione su dispositivi Philips è del tutto marginale (minima presenza di GE)[658].

458. Anche con riferimento a Philips, il solo ISO ad erogare servizi di manutenzione su dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia a suo marchio è Althea. In generale, come visto per Siemens, tutte le ISO hanno riaffidato a Philips la manutenzione dei dispositivi ad alta tecnologia della quale risultano aggiudicatarie nell'ambito di gare *global service*.

Althea, a fine 2018, risultava aggiudicataria della manutenzione di alcuni dispositivi a marchio Philips, riaffidati alla stessa casa produttrice per circa il *[40-45]*%: al netto di tali riaffidamenti, la quota di apparecchi a marchio Philips manutenuti da Althea[659] era del *[0-5]*% circa sull'installato di Philips[660]. Analogamente nel 2019[661].

Philips non ha fornito il dettaglio degli operatori che erogherebbero il servizio sulla restante parte del parco installato a marchio proprio[662].

459. Anche considerando il sottoinsieme di dispositivi a marchio Philips che la Parte ha qualificato come apparecchi in disuso - sebbene ancora installati presso le strutture sanitarie e quindi

---

656 Tra gli altri in particolare doc. VIII.732 successivamente integrato e aggiornato, da ultimo doc. VIII.884.

657 cfr. doc. VIII.773.

658 Cfr. § Fatto IV.3.2. L'offerta dei servizi di manutenzione; cfr. per Siemens doc. VIII.845; per Philips VIII.884; per GE doc. VIII.767.

659 Cfr. doc. VIII.749 (Althea).

660 Sulla base dei dati di Philips e di Althea, sui *[omissis]* dispositivi a marchio Philips installati in Italia nel 2018 come detto Althea risulta affidataria di *[50-100]* di cui *[10-50]* riaffidati a Philips; cfr. VIII.884(Philips) e doc. VIII.749 (Althea).

661 Althea lamenta che le case produttrici abbiano inasprito l'accesso ai dispositivi anche sui dispositivi già in commercio a seguito di aggiornamenti di sistema. Vale al riguardo sottolineare che Philips ha dichiarato di effettuare aggiornamenti si sistema, anche non obbligatori, su qualunque dispositivo installato in Italia a proprio marchio, come chiarito dalla stessa società "*nell'Allegato 7 della risposta alla richiesta di chiarimenti depositata in data 28 gennaio 2019, tutti i Field Change Orders (obbligatori e non obbligatori) sono eseguiti su tutte le apparecchiature di marca installate presso i clienti (quindi Philips fornisce lo stesso servizio anche ai clienti che non hanno stipulato un contratto di manutenzione)*"; cfr. doc. VIII.884 e VIII.732.

662 HTS Med ha riferito di aver in manutenzione una sola RM a marchio Philips ma che a seguito di un *update* di sistema per portare il dispositivo particolarmente datato all'ultima versione in commercio, l'ISO non è riuscita più ad operare sulla macchina in quanto "*l'installazione della nuova "Release 5" ha di fatto reso impossibile lo svolgimento della manutenzione da parte dei tecnici HTS MED, che, invece, fino ad allora potevano operare sull'apparecchio, proprio in ragione delle protezioni ai software che sono state di fatto introdotte con l'installazione di questa nuova software release. Per questo motivo, HTS MED ha dovuto stipulare un contratto di manutenzione full risk con Philips, rinunciando di fatto alla remunerazione dell'attività di service su quest'apparecchio pur di garantire il rispetto del contratto di manutenzione in essere con il Cliente.* [E proseguito spiegando] *che anche la stipula di un contratto di manutenzione full risk non è, affatto, prassi di Philips in Italia e, anzi, è particolarmente avversata quando la manutenzione è gestita da un terzo*"; cfr. doc. VIII.948.

formalmente inclusi nel parco installato – e il numero di macchinari in EoS, la percentuale di dispositivi sui quali Siemens eroga servizi di manutenzione resta superiore all'84%. Come visto, tuttavia, si tratta di un'informazione poco indicativa del reale peso della società nel mercato in esame, proprio perché tiene conto di macchinari non oggetto di manutenzione[663][664].

460. Come Siemens, anche Philips eroga la manutenzione sui dispositivi a marchio proprio sia in via "diretta", sia in via "indiretta"; nel periodo 2014-2017 la quota dei dispositivi manutenuti in via diretta non è stata inferiore al *[85-90]*% e quella indiretta del *[5-10]*%, grazie a contratti di subappalto/subaffido con l'aggiudicatario del servizio di manutenzione quando questo sia il risultato di gare tipo *global service* (sia che si tratti di ISO, che di altri OEM).

461. Relativamente alle osservazioni di Philips circa la quota di dispositivi a marchio proprio che ogni anno, nel periodo 2015-2017, sarebbe stata "persa" e "guadagnata" dalla società – che darebbero prova della pressione concorrenziale esistente nell'erogazione dei servizi in esame - si sottolinea che i dati riguardano un sottoinsieme del parco installato a marchio Philips oggetto di un contratto di durata, mentre escludono una serie di dispositivi serviti comunque da Philips in modalità Best Effort (poiché dichiarati dal fabbricante in EOS) e/o in Time and Material, ovvero con manutenzione eseguita con interventi a richiesta.

462. Prive di pregio appaiono le considerazioni di Philips circa l'elevato grado di concorrenza nella manutenzione che sarebbe provato dai *churn rate* e *capture rate* stimati dalla Parte. Si tratta infatti di stime viziate dal presupposto dell'esistenza di un unico mercato dei servizi in cui si verificherebbe la sostituibilità della manutenzione per tecnologia e per marchio manutenzione, circostanza smentita dai fatti.

D'altra parte, la stessa Philips riconosce che il tasso medio di *capture* del *[45-50]*% calcolato sull'insieme dei contratti inclusivi della medio-bassa tecnologia potrebbe condizionare l'analisi[665], laddove i tassi di *capture* sui dispositivi ad alta tecnologia, oggetto del presente procedimento, nel periodo considerato (2015-2017) si attestano stabilmente su percentuali comprese fra il *[75-80]*% e il *[95-100]*%[666]. I dati confermano pertanto l'assenza di una pressione competitiva di rilievo nei servizi di manutenzione sui dispositivi ad alta tecnologia a marchio Philips.

463. In relazione all'effetto disciplinante della concorrenza sul mercato primario invocato da Philips, in aggiunta a quanto rappresentato nella sezione precedente, si rileva che i dati sull'obsolescenza dei dispositivi trasmessi da Philips confermano che le strutture sanitarie non hanno

---

663 Cfr. anche doc. VIII.765 (Philips).

664 La quota, in termini di numero di dispositivi, sottostima la reale posizione di mercato delle parti in quanto il denominatore per il calcolo della quota è costituito da dati sul parco installato che per stessa ammissione delle parti includo anche un numero imprecisato (e potenzialmente elevato) di dispositivi dismessi o non manutenuti. Cfr. doc. VIII.732 come da ultimo integrato e aggiornato da VIII.884.

665 Nella memoria economica di CRA riconosce che l'inclusione di dispositivi di bassa tecnologia distorce i risultati dell'analisi sui "*churn rate"* (tassi di sostituzione) e "*re-capture rate*" (tassi di riacquisizione dei contratti di service) che per i dispositivi ad alta tecnologia sono molto più numerosi rispetto a quelli di bassa tecnologia (nella memoria di legge "*This allows for a consistent analysis of more similar high-end DI devices, thus excluding cheaper/simpler DI devices which might bias the analysis. Most importantly, these differences affect the churn rate, direct/indirect contracts, re-capture rates and price evolution analyses. This approach is conservative in this regard, as cheaper/simpler devices tend to have larger churn rates and lower re-capture rates than high-end devices"*); cfr. doc. VIII.756 versione inglese di VIII.765.

666 Cfr. tabella 9, pag 26, doc. VIII.756 versione inglese di doc. VIII.765; i valori sono stabili nel periodo considerato (2015-2017).

né gli incentivi, né la capacità di dismettere gli apparecchi acquistati a fronte di mutamenti nelle condizioni di offerta dei servizi; gli apparecchi permangono presso la medesima struttura sanitaria per un periodo che supera ampiamente anche i dieci anni.

464. Come per gli altri fabbricanti, anche dai dati forniti da Philips risulta, risulta che il *[35-40%] - [45-50%]* dei dispositivi RM, TAC e dei sistemi TAC/PET a proprio marchio, tutt'ora installati in Italia al 2018, è stato venduto prima del 2010, mentre la restante quota dopo quella data[667]. La stessa Philips ha confermato che la vita media dei dispositivi a marchio proprio in Italia può anche raggiungere i *[15-20]* anni; in particolare, risulta che i dispositivi dichiarati fuori servizio dal fabbricante sono, ad oggi, per il *[5-10*]% circa delle TAC e delle TAC/PET presenti presso la medesima struttura acquirente da più di *[15-20]* anni; il *[10-15*]% delle RM ha raggiunto o superato i *[10-15]* di vita.

465. Con riferimento al *dataset* di gare fornito da Philips[668], la Parte ha classificato le varie procedure di gara e fornito elaborazioni quantitative al fine di provare la natura interdipendente del mercato primario e secondario.

Secondo Philips, in tutte le ipotesi sopra indicate, al momento della scelta d'acquisto del bene primario, la struttura sanitaria compirebbe una valutazione del servizio di manutenzione post garanzia. Anche volendo considerare l'insieme delle gare proposte da Philips vale sottolineare che tali gare coprono una durata contrattuale media di 4,7 anni di gran lunga inferiore alla durata effettiva di vita del dispositivo.

Parimenti, anche le evidenze relative alla modalità di contrattualizzazione delle strutture private, trasmesse da Philips, non possono essere considerate una prova sufficiente di interdipendenza, laddove l'acquisto congiunto non avviene per l'intera vita utile del bene, ma al più per il periodo di ammortamento e, comunque, non di rado viene specificato che le quotazioni offerte in sede di acquisto sono uniche, eccezionali e non ripetibili su altre trattative[669].

466. Sulla base di quanto precede è possibile concludere che Philips vanta una posizione di assoluta dominanza nel proprio mercato secondario della manutenzione su apparecchi di diagnostica ad alta tecnologia.

V.2.4 La posizione dominante di GE

467. Al pari di quanto riportato per le altre Parti del procedimento anche per GE vale la considerazione che la tesi difensiva di GE sull'elevata pressione competitiva esercitata dalle ISO e sull'assenza di una sua dominanza non è rappresentativa dell'effettiva posizione della società nel mercato rilevante, in quanto erroneamente riferita anche a servizi di manutenzione erogati su dispositivi a medio-bassa tecnologia[670].

Contrariamente alla tesi di GE, infatti, la società detiene una quota di significativo rilievo nel mercato nazionale della manutenzione dei dispositivi ad alta tecnologia a marchio proprio.

La percentuale di dispositivi a marchio GE che nel 2018 risultavano oggetto di un contratto di manutenzione di durata con lo stesso produttore era pari al *[90-95*]%. Degli altri OEM solo Philips

---

667 Cfr. doc. VIII.884 (Philips).

668 Cfr. doc. VIII.765.

669 Cfr. doc. VIII.1223 All. 1 documenti a corredo offerte.

670 Cfr. doc. VIII.782 (versione Italiana di doc. VIII.769).

ha dichiarato di eseguire la manutenzione su un numero limitatissimo di dispositivi GE, con una quota sul totale installato del tutto marginale inferiore all'1%[671],[672].
Siemens ha invece riaffidato i servizi di manutenzione su dispositivi GE tramite accordi di subappalto, quando sia risultata aggiudicataria di tali servizi per effetto di gare *multi-vendor*.

468. Anche con riferimento a GE, Althea è l'unico ISO a erogare servizi di manutenzione sui dispositivi ad alta tecnologia del produttore in misura non del tutto irrilevante. Tuttavia, come nel caso degli altri OEM, sia nel 2018 sia nel 2019, Althea ha riaffidato a GE larga parte dei dispositivi aggiudicati [673]. Le altre ISO hanno indicato di svolgere manutenzione su alcuni modelli a marchio GE (TAC e RM) in misura molto marginale, anche per conto degli altri OEM[674].

469. Anche considerando il sottoinsieme di dispositivi a marchio GE che la Parte ha qualificato come apparecchi in disuso - sebbene ancora installati presso le strutture sanitarie e quindi formalmente inclusi nel parco installato – e il numero di macchinari in EoS, la percentuale di dispositivi sui quali GE eroga servizi di manutenzione resta superiore al [*75-80%*]. Il dato è tuttavia inidoneo a rappresentare il reale potere di mercato della società nel proprio *aftermarket*, perché tiene conto di dispositivi che non sono oggetto di servizi di manutenzione da parte di alcun operatore o di dispositivi in EoS, sui quali sono erogati servizi sporadici. GE non ha, al riguardo, fornito alcuna evidenza in merito al fatto che questa parte di apparecchi sarebbe oggetto di manutenzione da parte di terzi.

470. Anche GE, come gli altri fabbricanti Parti del procedimento, eroga la manutenzione sui dispositivi a marchio proprio alle strutture sanitarie in via "diretta" (affidamenti diretti o tramite gare mono-marca), per il *[90-95*]%, e in via "indiretta" (tramite subappalti da parte dell'aggiudicatario del servizio di manutenzione nell'ambito di gare di *global service*), per il restante *[5-10*]%.

471. Anche GE non svolge, come detto, manutenzione sui dispositivi di altri OEM, ricorrendo al subcontratto alla rispettiva casa produttrice nei casi di aggiudicazione di gare di tipo *global service*.

472. La posizione difensiva assunta da GE, come peraltro quella delle altre Parti, non trova riscontro nei fatti. Oltre alle evidenze discusse sopra, la limitata pressione competitiva derivante dalle ISO nelle gare *multi-vendor*, che in Italia hanno assunto in via prevalente la forma di gare *global service,* si evince anche dai dati trasmessi dalla stessa GE sui ricavi realizzati per modalità di vendita (*i.e.* affidamenti mono-marca e affidamenti di tipo *multi-vendor*); la gran parte (non meno *[90-95*]%) dei ricavi realizzati dalla società nel periodo 2014-2018 per le vendite di servizi di manutenzione su dispositivi per immagini ad alta tecnologia a marchio GE proveniva da contratti,

---

[671] Siemens ha dichiarato che tra il 2014 e il 2017 è risultata affidataria, in ciascun anno, di circa *[15-20] - [20-25]* dispositivi ad alta tecnologia a marchio della concorrenza tutti riaffidati alla rispettiva casa produttrice; in particolare sulla base dei dati trasmessi risultano tra *[in numero esiguo]* dispositivi a marchio Philips e/o GE in ciascun anno; per Siemens cfr. VIII.879 e VIII.730 come da ultimo aggiornato VIII.1022.

[672] DBA Solution ha dichiarato che "*Per quanto riguarda le strutture pubbliche […] BDA realizza in talune circostanze attività manutentiva spot (interventi Only labor su chiamata) per conto di Philips, su impianti di GE";* cfr. doc. VIII.844.

[673] Sulla base dei dati di GE e di Althea, sui *[omissis]* dispositivi a marchio GE che la parte ha dichiarato essere installati in Italia nel 2018 come detto Althea risultava affidataria di *[100-150]* di cui *[10-50]* subappaltati a GE; cfr. per GE VIII.733 e successive integrazioni VIII.767, VIII.794 e VIII.885. Per ALTHEA cfr. doc. VIII.749.

[674] Cfr. doc. DBA Solutions e VIII.948 HTS Med.

pubblici e privati, di tipo mono-marca (denominato da GE "tradizionale")[675]. Anche in termini di base installata, gli affidamenti di tipo mono-marca rappresentano nello stesso periodo in media non meno del *[90-95]*% dei dispositivi ad alta tecnologia installati.

473. In generale, quindi, le considerazioni di GE sulla elevata pressione concorrenziale delle ISO, poggiano, come del resto anche per gli altri fabbricanti, sull'errato presupposto che esista un unico mercato della manutenzione dei dispositivi ossia che vi sia sostituibilità tra i servizi erogati su diverse tecnologie (alta e medio-bassa) e tra marchi; tuttavia, come ampiamente provato, nessuna di queste condizioni è soddisfatta dalle evidenze agli atti.

Sono, quindi, del tutto prive di pregio le conclusioni di GE sull'idoneità dei *churn* e *capture rate*[676] a provare l'assenza di dominanza della società, poiché calcolati includendo anche la manutenzione erogata sui dispositivi a medio-bassa tecnologia che, invece, esula dalla presente istruttoria.

Peraltro, i *capture rate* calcolati solo sui dispositivi ad alta tecnologia, nel periodo 2013-2018, sulla base dei dati forniti dalla stessa GE, non sono mai inferiori al *[70-75]*% e in media pari al *[75-80]*%[677]. Si consideri, peraltro, che ai fini del calcolo le Parti escludono i dispositivi rientranti nel periodo di garanzia, considerandoli tuttavia al denominatore del rapporto, con la conseguenza di ottenere tassi di *capture* più bassi[678]. Altresì sono inclusi nel denominatore i dispositivi dichiarati fuori servizio dal fabbricante e che la stessa GE non manutiene più con contratti di durata ma con interventi in modalità *best effort*[679]; il dato sull'installato, per stessa ammissione di GE, è un dato che può riferirsi a dispositivi anche dismessi e/o non più oggetto di manutenzione, ciò che porta a sovrastimare la parte di dispositivi che GE attribuisce in via teorica alla concorrenza, ma che la stessa società ammette di non essere in grado di quantificare[680],[681]. Per i dispositivi di più recente generazione, ossia quelli tra gli installati effettivamente in funzione e dotati di sistemi di protezione SSA – secondo quanto dichiarato da GE dal 2016 - la stessa società fornisce tassi di *capture* per l'alta tecnologia non inferiori all'*[75-80]*% e che raggiungono anche il *[90-95]*%[682].

474. Per i medesimi motivi, le evidenze circa l'elevata percentuale di gare *global service* (che GE indica quali gare d'appalto regionali) aggiudicate ad Althea non paiono idonee a rappresentare la reale pressione competitiva esercitata dal segnalante su GE, per i seguenti motivi:

i) delle 23 gare/lotti citate da GE, 11 riguardano solo media-bassa tecnologia, quindi fuori dal perimetro del presente procedimento;

ii) 2 gare/lotti sono relative all'alta tecnologia, aggiudicate all'RTI GE e Siemens;

---

675 GE ha precisato che "[…] *avuto riguardo all'erogazione del servizio di manutenzione attraverso il modello Tradizionale, si precisa che sono ivi incluse le gara/affidamenti che comportano subappalti o altre tipologie di supporto tecnico";* cfr. doc. VIII.794 (GE),

676 Nella memoria economica di GE si precisa che "*considerando tutte le tecnologie di diagnostica per immagini, il capture rate di GEHC si è ridotto dal* [45-50] *% del 2013 al* [35-40]*% dei primi tre trimestri del 2018*"; cfr. doc. VIII.782 (versione Italiana di doc. VIII.769).

677 cfr. anche doc. VIII.782 (GE).

678 Cfr. cfr. doc. VIII.782 (versione Italiana di doc. VIII.769) memoria economica GE, pag. 20 figura 11.

679 Cfr. doc. VIII.782 (versione Italiana di doc. VIII.769), Figura 8 delle Memorie economiche GE

680 Cfr. doc. VIII.885 (GE); doc. VIII.893; cfr. doc. VIII.733. cfr. doc. VIII.893.

681 cfr. doc. VIII.782 (versione Italiana di doc. VIII.769).

682 Cfr. cfr. doc. VIII.782 (versione Italiana di doc. VIII.769), Figura 8 della Memoria economica.

iii) le restanti 10 gare includono tutti i dispositivi ma hanno visto il subappaltano al fornitore da parte di ISO e altri OEM affidatari di queste gare *global service*[683].

475. Allo stesso modo non possono accogliersi le argomentazioni di GE che ricaverebbero prova della competizione accesa da parte di Althea in ragione dello sviluppo di nuovi modelli contrattuali, quali il *Managed Equipment Services* (MES) e "chiavi in mano" e delle *partnership* pubblico-private (PPP). Si tratta, infatti, documentato di recenti modalità di affidamento di un complesso di servizi per la gestione dei dispositivi sull'insieme del parco installato, tra cui anche la manutenzione, ancora molto circoscritte e sporadiche nel territorio nazionale (vi sono solo 2 casi)[684]. Tali modelli di acquisizione dei servizi di manutenzione sembrano piuttosto la prova del fatto, come riferito da IRCCS, che la domanda sta "*mettendo in discussione il paradigma storico che il produttore fosse l'unico soggetto a poter svolgere la manutenzione*" sugli apparecchi ad alta tecnologia[685].

476. Come per gli altri fabbricanti, anche i dispositivi di GE presentano una durata di vita effettiva particolarmente lunga, che va ben oltre la durata media dei contratti c.d. di post-garanzia (al massimo 3 anni successivi ai primi due di garanzia). Le condizioni di acquisto del servizio di manutenzione per il tempo di vita utile residua sono definite in un momento distante e successivo all'acquisto del bene, con procedure diverse.

Sull'insieme delle RM, TAC e dei sistemi TAC/PET a marchio GE che risultano installati in Italia al 2018, *[40-45%] - [45-50%]* è stato venduto prima del 2010, mentre la restante quota dopo quella data[686]. A ciò si aggiunga che per i dispositivi alta tecnologia il *[5-10]%* ha raggiunto o superato la data di *end of service* media (che può secondo quanto riferito da GE variare tra i *[10-15]* anni e i *[15-20]* anni)[687].

Tali dati sull'età media dei dispositivi del parco installato GE provano nei fatti la vischiosità della domanda nel mercato primario, fortemente vincolata nelle possibilità di reazione a condotte abusive del produttore a valle, nell'erogazione del servizio di manutenzione.

477. GE ha sostenuto che esiste la possibilità per le strutture sanitarie di dismettere in modo vantaggioso il dispositivo in uso nel corso della sua vita utile, passando ad un dispositivo di un OEM concorrente, in tal modo evitando l'effetto di *lock in* nel mercato secondario.

GE, in particolare, ritiene che i citati fattori di costo possano ritenersi più che bilanciati dal risparmio ottenibile sul costo della manutenzione, così che la minaccia di passaggio ad un dispositivo concorrente rappresenti un vincolo credibile per gli OEM[688].

---

683 Sulla base dei dati trasmessi da GE, Althea è risultata aggiudicataria di 6 delle 23 gare relative alla sola media-bassa tecnologia e di 3 gare inclusive di tutti i dispositivi. Come riferito prima, una significativa parte dei dispositivi a marchio GE sono stati riaffidati da Althea alla stessa GE.

684 La stessa GE nelle sue memorie economiche riferisce che "*Nel 2017, infatti, ad Althea è stato assegnato il primo progetto di PPP nel settore sanitario italiano per la gestione integrata e la manutenzione dell'intero parco tecnologico biomedicale di un ospedale di Novara, in Piemonte, che comprende la fornitura e installazione di sistemi diagnostici e la fornitura di servizi esterni per i dipartimenti di radiodiagnostica della struttura*", cfr. doc. VIII.782 (versione Italiana di doc. VIII.769). Dagli atti risulta che ad oggi è stato attivato solo un altro progetto sempre in Piemonte.

685 Cfr. doc. VIII.1068.

686 Cfr. doc. VIII. 885 (GE).

687 Cfr. VIII.767 e VIII.794 (Risposta GEHC integrazioni di gennaio e febbraio 2019).

688 Ha fornito una stima del costo annuo dei servizi di manutenzione per i dispositivi di diagnostica ad alta tecnologia tra il 10 e il 12 % del prezzo originario del dispositivo. Un incremento di prezzo della manutenzione nell'ordine del 10% rispetto ai servizi degli OEM concorrenti corrisponderebbe a un sovrapprezzo pari all'1-1,2% del valore originario dell'apparecchio. Secondo i dati sulla durata media in uso di alcune tipologie di apparecchi, GE stima che il costo annuo di

La stima fornita da GE (cfr. *supra*), tuttavia, oltre ad essere circoscritta ad una sola tipologia di dispositivo (anche se a titolo esemplificativo), poggia su assunzioni del tutto arbitrarie sull'età di dismissione del dispositivo stesso. In particolare, nella valutazione del vantaggio netto derivante dalla dismissione anticipata del dispositivo, GE assume che questa avvenga a tre quarti del ciclo di vita del dispositivo, con ciò escludendo la possibilità che la reazione "competitiva" sul mercato primario possa avvenire in un momento anteriore.

478. Anche con riferimento al presunto *benchmark* che il prezzo della manutenzione indicato dal produttore nell'ambito della gara per la vendita del dispositivo rappresenterebbe nelle successive procedure per l'affidamento della manutenzione, valgono le stesse repliche formulate nella sezione relativa alla dominanza di Siemens: le informazioni emerse con riferimento alla gara ALISA vinta in RTI con tale operatore dimostrano la distanza di tale prezzo dal prezzo concorrenziale. Gli ampi margini di sconto osservati in tale procedura dimostrano, infatti, che il prezzo della manutenzione che gli OEM formulano al momento della gara per la vendita del dispositivo è ampliamente sopra il costo marginale.

Altresì sono prive di pregio le argomentazioni di GE che attribuiscono una contrazione dei prezzi dei servizi ad un processo concorrenziale nel mercato secondario e alla abilità delle strutture nel negoziare termini favorevoli per la manutenzione, posto che, come rappresentato, la concorrenza sull'alta tecnologia è limitata (unico concorrente effettivo è Althea) e, riferito dalla domanda, il settore è stato interessato da provvedimenti nell'ambito della c.d. *spending review* che "*imponendo dei tetti di spesa ha permesso di migliorare le condizioni di acquisto dei servizi*", con contrazioni dei prezzi fino al 5%[689].

479. Sulla base di quanto precede, è possibile concludere che GE vanta una posizione di assoluta dominanza nel proprio mercato secondario della manutenzione su apparecchi di diagnostica ad alta tecnologia.

V.3 Le condotte delle parti: l'impossibilità di confermare l'ipotesi prospettata in avvio

480. L'attività istruttoria non ha consentito di raccogliere un numero sufficiente di elementi tali da ricondurre inequivocabilmente la condotta delle parti a ipotesi di abuso di posizione dominante *ex* art. 102 TFUE.

Come si è già detto, le Parti hanno da ultimo ribadito di consentire l'accesso ai *service software* del c.d. *set* minimo e alle parti di ricambio a condizioni eque e non discriminatorie.

481. Come si vedrà, infatti, i rifiuti contestati sui *software* di cui al c.d. *set* minimo e sulle parti di ricambio non possono essere ritenuti parte di una strategia abusiva sistematicamente orientata e idonea ad escludere i concorrenti mentre la politica delle parti, ribadita da ultimo anche nelle memorie finali e già espressa nelle *policy* interne agli atti, consente l'accesso ai *service software* sopra richiamati e alle parti di ricambio a condizioni eque e non discriminatorie.

Quanto agli *input* manutentivi rientranti nel c.d. *set* avanzato (*software* e manuali di *service*), espressamente esclusi dalle politiche di accesso rese note dalle parti, gli elementi raccolti non consentono di ritenere inequivocabilmente che gli stessi siano indispensabili per l'esercizio

dismissione anticipata dell'apparecchio sarebbe pari al 9% del suo prezzo originario, senza considerare il suo valore di dismissione, che, sempre nell'esempio della risonanza magnetica sarebbe pari a circa il 25% del suo valore iniziale.

[689] Cfr. doc. VIII.1241 (GE) e VIII.1068 (ICRSS). Anche, cfr. doc. VIII.727.

dell'attività manutentiva. Anche su questo punto pertanto, come si vedrà, deve ritenersi non provata l'ipotesi di violazione oggetto del procedimento.

482. Alla luce di quanto sopra, si ritengono assorbite tutte le altre obiezioni sollevate dalle parti su cui non ci si soffermerà nel seguito.

V.3.1. Le condotte di Siemens in merito ai software di cui al set minimo e alle parti di ricambio

483. Come si è richiamato in fatto, risulta agli atti la disponibilità di Siemens di concedere in licenza i *software* e i manuali di *service* compresi nel c.d. *set* minimo e, anche nelle linee guida interne, è previsto che tali *input* siano accessibili su licenza[690]. Alla luce di tale apertura, gli unici due episodi agli atti in cui Siemens non ha fornito gli *input* non sono sufficienti a dimostrare una contestazione di rifiuto di contrarre ai sensi dell'art. 102 TFUE, tenuto conto altresì del complesso quadro regolamentare esistente e della più volte richiamata disponibilità della società a rilasciare le licenze.

484. In questa prospettiva anche le *policy* interne sulle azioni da intraprendere nei confronti degli ISO[691] perdono di valore, non essendone stata riscontrata, sulla base degli elementi agli atti e delle informazioni fornite da Siemens, la concreta attuazione.

485. Analogamente non è possibile provare una violazione con riferimento alla fornitura delle parti di ricambio. Risulta, infatti, che Siemens, sia nelle linee guida interne che nelle comunicazioni e nelle memorie presentate abbia dichiarato più volte di fornire le parti di ricambio a chiunque ne faccia richiesta a condizioni non discriminatorie. I residui episodi citati da Althea non consentono, allo stato, di smentire tale affermazione e non risultano presenti agli atti prove univoche e incontrovertibili di rifiuti rilevanti non ascrivibili a episodi isolati.

486. L'impossibilità di configurare le condotte di rifiuto sui *software* di cui al *set* minimo e sulle parti di ricambio rende superflua l'analisi degli ulteriori elementi sollevati nella CRI e delle rispettive obiezioni delle parti, che devono ritenersi pertanto assorbite.

V.3.2 Le condotte di Siemens in merito ai software di cui al set avanzato

487. Le risultanze dell'attività istruttoria espletata non offrono elementi probatori diretti e/o indiretti sufficienti a ricondurre la condotta contestata a Siemens ad un'ipotesi di abuso di posizione dominante *ex* art. 102 TFUE, derivante dal rifiuto a concedere in licenza l'utilizzo dei *service software* di cui al *set* avanzato oggetto di diritti di proprietà intellettuale da utilizzarsi per il servizio di manutenzione dei dispositivi diagnostici.

Tale fattispecie, invero, pur rientrando nel *genus* delle ipotesi di c.d. "rifiuto a contrarre", si caratterizza per il fatto che il contratto rispetto al quale è stato opposto dalle parti il diniego non riguarda un bene materiale, un prodotto o una risorsa, bensì un diritto di esclusiva .

Infatti, il c.d. *ius escludendi omnes alios*, in cui si sostanzia il diritto di esclusiva, attribuisce al titolare il potere di vietare a terzi l'utilizzo non autorizzato di segni distintivi o creazioni intellettuali che costituiscono oggetto del diritto stesso incidendo sulle dinamiche del mercato attraverso il diniego delle licenze.

---

[690] Cfr. doc. III.43 e III.90.

[691] Si tratta dei documenti: i) "Mesa and Third Parties – Controlling and Mitigation Risk" (doc. III.91); ii) "G3.4 Protection against ISO" (doc. III.59) e iii) "Manage ISO – Global ISO Workshop" (doc. III.115).

Pertanto, nelle ipotesi in cui il "rifiuto a contrarre" proviene da un'impresa che è titolare di un diritto di esclusiva e che detiene una posizione dominante sul mercato rilevante deve operarsi necessariamente un delicato bilanciamento tra la tutela della concorrenza e lo sviluppo nei mercati a valle, da cui consegue la necessità di rendere accessibili anche agli altri operatori l'oggetto dei diritti di proprietà intellettuale la tutela del *know how* e degli investimenti sostenuti dall'impresa titolare per consentire lo sviluppo della ricerca e del mercato soprattutto in settori, particolarmente nevralgici, come quello deputato alla tutela del bene primario della salute.

Se si imponesse *sic et simpliciter* ai titolari di mettere l'oggetto del diritto di esclusiva a disposizione dei concorrenti, verrebbe meno ogni stimolo allo sviluppo produttivo. Ciò, oltre a minare alle radici il valore della certezza del diritto e a comprimere la libertà negoziale degli operatori, ridurrebbe gli incentivi delle imprese a investire e a innovare, nonché lo sviluppo da parte dei rivali di *facility* alternative, onde esercitare una concorrenza basata sull'innovazione, piuttosto che sull'agganciamento passivo ai risultati degli altrui sforzi.

Nell'ottica del contemperamento delle esigenze della proprietà intellettuale e della tutela della concorrenza, promozione dell'innovazione primaria e sviluppo di quella secondaria, efficienza dinamica e allocativa, la Corte di giustizia UE ha riconosciuto, in linea di principio, che il diritto esclusivo, quale caratteristica espressione dello *ius excludendi alios,* fa parte delle prerogative del titolare di un diritto di proprietà intellettuale, con la conseguenza che un diniego di licenza, pur provenendo da un'impresa in posizione dominante, non può costituire di per sé un abuso di tale posizione[692].

Tuttavia, la medesima giurisprudenza, ha affermato che l'esercizio del diritto esclusivo da parte del titolare può integrare un comportamento abusivo, in presenza di "circostanze eccezionali" tali da giustificare, in ipotesi circoscritte, l'imposizione di un obbligo di contrarre.

In particolare, secondo i principi delineati dalla Corte europea nella sentenza *Magill*[693] e, successivamente, precisati nel caso *IMS Health*[694], il rifiuto di concedere licenza può integrare un abuso di posizione dominante se:

a) il rifiuto è tale da riservare al titolare del diritto di esclusiva un mercato secondario, rischiando di eliminare ogni concorrenza effettiva dallo stesso, data l'indispensabilità della risorsa cui si chiede accesso;

b) l'impresa che ha chiesto la licenza intende offrire sul mercato prodotti o servizi nuovi, che il titolare del diritto di proprietà intellettuale non offre e per i quali esiste una potenziale domanda da parte dei consumatori;

c) non vi è una giustificazione oggettiva per la condotta dell'operatore in posizione dominante.

Per ciò che concerne il profilo dell'"indispensabilità" del prodotto, la Corte di giustizia UE ha affermato che "*per stabilire se un prodotto o un servizio è indispensabile per consentire ad una impresa di svolgere la sua attività su un determinato mercato, si deve accertare se esistano prodotti o servizi che costituiscono soluzioni alternative, anche se meno vantaggiose, e se esistano ostacoli di natura tecnica, normativa o anche economica tali da rendere impossibile o quanto meno straordinariamente difficile, per qualsiasi impresa che voglia operare su detto mercato, la*

---

692 Cfr. CGUE, sentenza del 5 ottobre 1988, causa 238/87, Volvo, Racc. pag. 6211, punto 8, e Magill, cit., punto 49.

693 Cfr. CGUE, sentenza del 6 aprile 1995, Magill TV Guide Ltd, Cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P.

694 Cfr. CGUE, sentenza del 29 aprile 2004, IMS Health GmbH & Co. OHG, C-418/01.

creazione, eventualmente in collaborazione con altri operatori, di prodotti o di servizi alternativi"[695].

Anche con riferimento al secondo e al terzo requisito riecheggiano gli insegnamenti della Corte di giustizia UE in tema di *essential facility*[696]. Va altresì evidenziato che "*il rifiuto*" è considerato "*ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori […] soltanto nella giurisprudenza relativa all'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale*"[697].

Tale approccio riflette il tentativo di salvaguardare la funzione incentivante del sistema della proprietà intellettuale. La possibilità di limitare la sfera soggettiva dei titolari di diritti di proprietà intellettuale deve accompagnarsi esclusivamente alla necessità di assecondare l'ulteriore progresso e l'innovazione. In altre parole, tenuto conto degli insegnamenti della Corte di giustizia UE, nel delicato bilanciamento tra l'esigenza di tutela dei diritti di proprietà intellettuale e l'interesse al mantenimento o alla promozione di un assetto concorrenziale dei mercati, il secondo può prevalere esclusivamente allorché il rifiuto non si limiti a impedire ai rivali di sfruttare commercialmente l'oggetto del diritto di esclusiva per competere con l'impresa in posizione dominante, bensì determini perdite in termini di efficienza dinamica, precludendo o ritardando lo sviluppo di beni o di servizi innovativi.

È di palmare evidenza che, in mancanza di tali ostacoli, il concorrente è posto in condizioni di parità rispetto al titolare del diritto di esclusiva, essendo ben in grado di competere sul mercato offrendo da sé delle soluzioni alternative rispetto a quelle oggetto di tale diritto .

In altre parole, l'esigenza di tutela della concorrenza risulta prevalente solo ove sia raggiunta la prova che il bene o il servizio oggetto del diritto di esclusiva non sia in alcun modo replicabile da parte dei potenziali concorrenti per ragioni di carattere obiettivo derivanti dall'esistenza di impedimenti di natura tecnica, giuridica o economica idonei a impedire di fatto al potenziale concorrente di accedere al mercato con le proprie forze, creando la propria opera di ingegno e sviluppandola nel tempo per renderla costantemente competitiva. Diversamente, si finirebbe per assicurare tutela alla c.d. *competition by imitation* in luogo della *competition by innovation*, quest'ultima soltanto idonea a generare effetti favorevoli per il benessere della collettività e del mercato.

Per riconciliare proprietà intellettuale e diritto *antitrust*, la Corte di giustizia UE ha fatto riferimento, dunque, al tratto comune che caratterizza i due diversi ambiti: la promozione del progresso e dell'innovazione.

Alla luce di quanto innanzi evidenziato e incontestata la posizione dominante assunta da Siemens nel mercato di riferimento, dalle evidenze agli atti del fascicolo non sono emersi elementi sufficienti

---

[695] Cfr. punto 116 della sentenza del Tribunale (Nona Sezione ampliata) del 13 dicembre 2018, Slovak Telekom, a.s, Causa T-851/14; Conforme, punti 42, 43 e 46 della sentenza del 26 novembre 1998, Bronner C-7/97, EU:C:1998:569. La Corte ha altresì precisato che "*per poter riconoscere l'esistenza di ostacoli di natura economica, occorre quanto meno provare che la creazione di tali prodotti o servizi non è economicamente redditizia per una produzione su una scala comparabile a quella dell'impresa che controlla il prodotto o il servizio esistente*" (sentenza del 29 aprile 2004, IMS Health GmbH & Co. OHG, C-418/01IMS, punto 28).

[696] Cfr. CGUE (Sesta Sezione), sentenza del 26 novembre 1998, C-7/97; CGUE, sentenza del 6 aprile 1995, Magill TV Guide Ltd, Cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P e IMS Health GmbH & Co. OHG, C-418/01..

[697] Cfr. Tribunale I grado, sentenza del 17 settembre 2007, caso T-201/04 Microsoft corp., punto 334.

per ritenere che il rifiuto a concedere in licenza i *service software* di cui al *set* avanzato opposto da Siemens integri un abuso di posizione dominante e, quindi, una violazione dell'art. 102 TFUE.
Ed invero, le evidenze istruttorie non offrono elementi per accertare l'indispensabilità del *set* avanzato e dunque l'esistenza di ostacoli di ordine tecnico, normativo ed economico che impediscano al segnalante e/o ad altri operatori di sviluppare soluzioni alternative, facendo leva sulla disponibilità e sull'accumulo di informazioni ed esperienza e sostenendo gli opportuni investimenti, come risulta dalle dichiarazioni rese in sede di audizioni tecniche[698].
Inoltre, dalla documentazione agli atti emerge, altresì, che i manutentori indipendenti, seppur in limitate occasioni, hanno vinto alcune gare per l'esecuzione del servizio di manutenzione dei dispositivi diagnostici senza che si sia manifestata successivamente la necessità di chiedere l'intervento di Siemens[699].
488. Pertanto, non è da ritenersi superato il *test* di indispensabilità che, così come configurato dalla giurisprudenza in numerosi casi, richiede che venga in primo luogo individuato quale sia il livello di servizio necessario a garantire ai manutentori indipendenti di rimanere sul mercato in modo economicamente sostenibile e, dall'altro, se gli *input* ai quali è negato l'accesso siano indispensabili per raggiungere il livello di servizio individuato[700].
489. In tal senso, rileva il fatto che Siemens si sia dotata di una *policy* di accesso ai propri *input* di base e manifestato la disponibilità a stipulare accordi quadro per la cessione in licenza dei *software* e delle parti di ricambio. Pertanto, sebbene allo stato in Italia si sia osservato un ridotto grado di concorrenza, non può escludersi che si sviluppi un maggior grado di concorrenza da parte degli ISO in linea con l'evoluzione del quadro regolatorio.
490. Infine, non essendosi raggiunto il livello di prova minimo per considerare il *set* avanzato come indispensabile per l'esercizio dell'attività di manutenzione, risulta assorbita ogni altra valutazione in merito agli altri profili.

V.3.3 Le condotte di Philips in merito ai software di cui al set minimo e alle parti di ricambio

491. Come si è richiamato in fatto, risulta agli atti la disponibilità di Philips di concedere in licenza i *software* e i manuali di *service* compresi nel c.d. *set* minimo e, anche nelle linee guida interne e nelle comunicazioni agli atti, è previsto che tali *input* siano accessibili su licenza[701]. Alla luce di ciò

---

[698] Cfr. doc. VIII.947 Verbale di audizione di GE, pag. 24 e doc. VIII.956 Verbale di audizione di Philips, pag. 33. Cfr. anche memoria finale di GE, 39 e seg., memoria finale di Philips pag. 137, 158 e 166 e seg. memoria finale di Siemens, pag. 138 e seg.

[699] Cfr. doc. VIII.1226 Memoria finale di Siemens, pag. 32 e seg., doc. VIII.1223 Memoria finale di Philips, pag. 122 e 123, VIII.1241 Memoria finale di GE, pag. 35 e pag. 41, doc. VIII.749 (Althea), doc. VIII.844 (DBA Solution).

[700] Cfr. per tutti Tribunale I grado, 17 settembre 2007, caso T-201/04 Microsoft corp., punti 207 e 369. Il caso Microsoft, pur non essendo un caso di "*aftermarket*" risulta emblematico perché ha ad oggetto il rifiuto di Microsoft di fornire ai suoi concorrenti le informazioni relative all'interoperabilità e di autorizzarne l'uso per lo sviluppo e la distribuzione di prodotti concorrenti con i propri sul mercato dei sistemi operativi per *software* di lavoro. Nel caso COMP/C-3/39.692- IBM *Maintenance Services*, la Commissione ha reso obbligatori gli impegni presentati da IBM in un procedimento che aveva ad oggetto, tra l'altro, il rifiuto di IBM di concedere ai manutentori terzi i codici necessari per accedere ai *computer* ed attuare la manutenzione necessaria sia per risolvere i guasti sia per mantenere le macchine in piena efficienza. Rispetto a tali contestazioni IBM ha proposto impegni consistenti nel concedere tali codici di accesso ai terzi manutentori indipendenti. La Commissione aveva, infatti, ritenuto che tali *input* proprietari fossero indispensabili per attuare una concorrenza effettiva nel mercato della manutenzione dei computer IBM da parte dei manutentori indipendenti e che non ci fossero altri operatori in grado di produrli.

[701] Cfr. tra l'altro il doc. IV.178 in cui è chiarito che "*Philips mette a disposizione tutte le informazioni che devono essere fornite da un produttore di dispositivi medici in base alle normative. Questo include informazioni relative all'installazione,*

gli episodi richiamati nelle CRI non sono sufficienti a dimostrare una contestazione di rifiuto di contrarre ai sensi dell'art. 102 TFUE.

492. Per gli stessi motivi non è possibile configurare dei rifiuti con riferimento alla fornitura delle parti di ricambio. Risulta, infatti, che Philips nelle comunicazioni e nelle memorie presentate abbia dichiarato di fornire le parti di ricambio a chiunque ne faccia richiesta a condizioni non discriminatorie. I residui episodi citati da Althea non consentono, allo stato, di smentire tale affermazione e non risultano presenti agli atti prove univoche e incontrovertibili di rifiuti rilevanti non ascrivibili a episodi isolati.

493. L'impossibilità di configurare le condotte di rifiuto sui *software* di cui al *set* minimo e sulle parti di ricambio rende superflua l'analisi degli ulteriori elementi sollevati nella CRI e delle rispettive obiezioni delle parti, che devono ritenersi pertanto assorbite.

494. Secondo le *policy* di accesso definite da CSIP, l'entità del gruppo che si occupa a livello mondiale dei diritti di proprietà intellettuale[702], Philips in Italia rende accessibili ai terzi i *software* e le relative risorse informative fino al livello Base. Si tratta, come spiegato da Philips, delle informazioni sull'uso e di quelle c.d. AIAT (*assembly*, *installation*, *adjustment* and *testing*) che includono informazioni e relative procedure automatizzate per eseguire la manutenzione preventiva di *routine* e la manutenzione correttiva per problemi tipici o comuni (incluso l'acceso ai software di gestione per eseguire i "*test di verifica della performance"* o *PA test*)[703].

495. Le risorse del livello Base e le relative istruzioni (contenute nei manuali che Philips include nel Livello 1) sono, poi, rese accessibili da Philips ai propri clienti diretti, ossia agli acquirenti dei dispositivi nell'ambito di un "*Contratto di Servizi*" chiamato *Share-Agreement*[704] che Philips si è dichiarata disponibile a stipulare anche con gli ISO.[705].

V.3.4 Le condotte di Philips in merito ai software di cui al set avanzato

496. Le risultanze dell'attività istruttoria espletata non offrono elementi probatori diretti e/o indiretti sufficienti a ricondurre la condotta contestata a Philips ad un'ipotesi di abuso di posizione dominante *ex* art. 102 TFUE, derivante dal rifiuto a concedere in licenza l'utilizzo dei *software* di cui al *set*

---

all'uso sicuro/corretto, alla natura e alla frequenza della manutenzione e della calibrazione [il manuale d'uso]. Inoltre, a condizione che si accettino i termini e le condizioni applicabili, Philips mette a disposizione di qualsiasi parte ne faccia richiesta, informazioni aggiuntive riguardanti l'assemblaggio, l'installazione, la regolazione e la prova dei dispositivi che emettono raggi X (ad esempio, in termini di FDA, informazioni "AIAT"). Philips vende parti di ricambio a chiunque ne faccia richiesta". Analogamente si vedano le interlocuzioni successive all'avvio del procedimento (Cfr. VIII.986 All. 2 e VIII.843 All. I.5.*)* e le dichiarazioni di cui alla memoria finale doc. VIII.1223 p. 141 e ss.

[702] Cfr. doc. VIII.601.

[703] Cfr. doc. VIII.796 e doc. VIII.956. Nelle comunicazioni con i terzi Philips fa riferimento a questo *set* di informazioni come alle informazioni AIAT in quanto rispondenti agli obblighi informativi vigenti negli Stati Uniti. Cfr. anche doc. 950, All. 1.2.

[704] Si rammenta che post-avvio, almeno per quanto attiene le TAC, taluni dei service software prima inclusi nel Livello 1 sono stati spostati nel Livello 0 mentre altri, tra cui quelli per il *troubleshooting*, sono stati inclusi nel Livello 2. Ad oggi il Livello 1 contiene una parte delle istruzioni per la manutenzione, meno dettagliate ed informative rispetto a quelle di cui al Livello 2. Per le RM Philips non vi sono di fatto *software* nel Livello 0, poiché sono tutti inclusi ancora nei Livelli 1 e Livello 2.

[705] Philips ha dichiarato che "*Quanto al Livello 1 in Italia non è mai stato concesso a nessuno, neanche ai clienti finali, perché secondo le policy di Philips l'accesso al Livello 1 in altri paesi viene dato in conseguenza della sottoscrizione di un dato accordo di service";* cfr. doc. VIII.965. Da ultimo si richiama il contenuto della memoria finale di Philips doc. VIII.1223, p. 141 e ss.

avanzato (c.d. livello 2)[706] disponibile esclusivamente ai tecnici interni al gruppo e ai Partner commerciali[707].

Tale fattispecie, invero, pur rientrando nel *genus* delle ipotesi di c.d. "rifiuto a contrarre" si caratterizza per il fatto che il contratto rispetto al quale è stato opposto dalle parti il diniego non riguarda un bene materiale, un prodotto o una risorsa, bensì un diritto di esclusiva.

Infatti, il c.d. *ius escludendi omnes alios*, in cui si sostanzia il diritto di esclusiva, attribuisce al titolare il potere di vietare a terzi l'utilizzo non autorizzato di segni distintivi o creazioni intellettuali che costituiscono oggetto del diritto stesso incidendo sulle dinamiche del mercato attraverso il diniego delle licenze.

Pertanto, nelle ipotesi in cui il "rifiuto a contrarre" proviene da un'impresa che è titolare di un diritto di esclusiva e che detiene una posizione dominante sul mercato rilevante deve operarsi necessariamente un delicato bilanciamento tra la tutela della concorrenza e lo sviluppo nei mercati a valle, da cui consegue la necessità di rendere accessibili anche agli altri operatori l'oggetto dei diritti di proprietà intellettuale la tutela del *know how* e degli investimenti sostenuti dall'impresa titolare per consentire lo sviluppo della ricerca e del mercato soprattutto in settori, particolarmente nevralgici, come quello deputato alla tutela del bene primario della salute.

Se si imponesse *sic et simpliciter* ai titolari di mettere l'oggetto del diritto di esclusiva a disposizione dei concorrenti, verrebbe meno ogni stimolo allo sviluppo produttivo. Ciò, oltre a minare alle radici il valore della certezza del diritto e a comprimere la libertà negoziale degli operatori, ridurrebbe gli incentivi delle imprese a investire e a innovare, nonché lo sviluppo da parte dei rivali di *facility* alternative, onde esercitare una concorrenza basata sull'innovazione, piuttosto che sull'agganciamento passivo ai risultati degli altrui sforzi.

Nell'ottica del contemperamento delle esigenze della proprietà intellettuale e della tutela della concorrenza, promozione dell'innovazione primaria e sviluppo di quella secondaria, efficienza dinamica e allocativa, la Corte di giustizia UE ha riconosciuto, in linea di principio, che il diritto esclusivo, quale caratteristica espressione dello *ius excludendi alios,* fa parte delle prerogative del titolare di un diritto di proprietà intellettuale, con la conseguenza che un diniego di licenza, pur provenendo da un'impresa in posizione dominante, non può costituire di per sé un abuso di tale posizione[708].

Tuttavia, la medesima giurisprudenza, ha affermato che l'esercizio del diritto esclusivo da parte del titolare può integrare un comportamento abusivo, in presenza di "circostanze eccezionali" tali da giustificare, in ipotesi circoscritte, l'imposizione di un obbligo di contrarre.

---

706 Cfr. doc. VIII.1223, p. 161 e ss.

707 Nel corso della sua Audizione di febbraio Philips ha indicato "*che in alcuni Paesi, dove Philips non ha sedi commerciali, utilizza dei distributori come rappresentanti (Africa, Asia e, anche, in alcune regioni dell'Est Europa) che non agiscono necessariamente nella forma di agenti ma che gestiscono operativamente il Livello 2 come Philips*"; cfr. doc. VIII.795 pag. 13. Vale altresì osservare che in Italia Philips si avvale in talune circostanze di società terze per la fase di installazione e collaudo delle apparecchiature vendute.

708 Cfr. CGUE, sentenza 5 ottobre 1988, causa 238/87, Volvo, Racc. pag. 6211, punto 8, e Magill, cit., punto 49.

In particolare, secondo i principi delineati dalla Corte europea nella sentenza *Magill*[709] e, successivamente, precisati nel caso *IMS Health*[710], il rifiuto di concedere licenza può integrare un abuso di posizione dominante se:

a) il rifiuto è tale da riservare al titolare del diritto di esclusiva un mercato secondario, rischiando di eliminare ogni concorrenza effettiva dallo stesso, data l'indispensabilità della risorsa cui si chiede accesso;

b) l'impresa che ha chiesto la licenza intende offrire sul mercato derivato prodotti o servizi nuovi, che il titolare del diritto di proprietà intellettuale non offre e per i quali esiste una potenziale domanda da parte dei consumatori;

c) non vi è una giustificazione oggettiva per la condotta dell'operatore in posizione dominante.

Per ciò che concerne il profilo dell'"indispensabilità" del prodotto, la Corte di giustizia UE ha affermato che "*per stabilire se un prodotto o un servizio è indispensabile per consentire ad una impresa di svolgere la sua attività su un determinato mercato, si deve accertare se esistano prodotti o servizi che costituiscono soluzioni alternative, anche se meno vantaggiose, e se esistano ostacoli di natura tecnica, normativa o anche economica tali da rendere impossibile o quanto meno straordinariamente difficile, per qualsiasi impresa che voglia operare su detto mercato, la creazione, eventualmente in collaborazione con altri operatori, di prodotti o di servizi alternativi*"[711].

Anche con riferimento al secondo e al terzo requisito riecheggiano gli insegnamenti della Corte di giustizia UE in tema di *essential facility*[712]. Va altresì evidenziato che "*il rifiuto*" è considerato "*ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori […] soltanto nella giurisprudenza relativa all'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale*"[713].

Tale approccio riflette il tentativo di salvaguardare la funzione incentivante del sistema della proprietà intellettuale, ammettendo intrusioni nella sfera soggettiva dei titolari di diritti di esclusiva unicamente per assecondare l'ulteriore progresso e l'innovazione. In altri termini, secondo la giurisprudenza eurounitaria, nel delicato bilanciamento tra l'esigenza di tutela dei diritti di proprietà intellettuale e l'interesse al mantenimento o alla promozione di un assetto concorrenziale dei mercati, il secondo può prevalere esclusivamente allorché il rifiuto non si limiti a impedire ai rivali di sfruttare commercialmente l'oggetto del diritto di esclusiva per competere con l'impresa in posizione dominante, bensì determini perdite in termini di efficienza dinamica, precludendo o ritardando lo sviluppo di beni o di servizi innovativi.

---

[709] Cfr. CGUE, sentenza del 6 aprile 1995, Magill TV Guide Ltd, Cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P.

[710] Cfr. CGUE, sentenza del 29 aprile 2004, IMS Health GmbH & Co. OHG, C-418/01.

[711] Cfr. punto 116 della sentenza del Tribunale (Nona Sezione ampliata) del 13 dicembre 2018, Slovak Telekom, a.s, Causa T-851/14; Conforme, punti 42, 43 e 46 della sentenza del 26 novembre 1998, Bronner C-7/97, EU:C:1998:569. La Corte ha altresì precisato che "*per poter riconoscere l'esistenza di ostacoli di natura economica, occorre quanto meno provare che la creazione di tali prodotti o servizi non è economicamente redditizia per una produzione su una scala comparabile a quella dell'impresa che controlla il prodotto o il servizio esistente*" (sentenza del 29 aprile 2004, IMS Health GmbH & Co. OHG, C-418/01IMS, punto 28).

[712] Cfr. CGUE (Sesta Sezione), sentenza del 26 novembre 1998, C-7/97; CGUE, sentenza del 6 aprile 1995, Magill TV Guide Ltd, Cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P e IMS Health GmbH & Co. OHG, C-418/01.

[713] Cfr. Tribunale I grado, sentenza del 17 settembre 2007, caso T-201/04 Microsoft corp., punto 334.

È di palmare evidenza che, in mancanza di tali ostacoli, il concorrente è posto in condizioni di parità rispetto al titolare del diritto di esclusiva essendo ben in grado di competere sul mercato offrendo da sé delle soluzioni alternative rispetto a quelle oggetto di tale diritto.
In altre parole, l'esigenza di tutela della concorrenza risulta prevalente solo ove sia raggiunta la prova che il bene o il servizio oggetto del diritto di esclusiva non sia in alcun modo replicabile da parte dei potenziali concorrenti per ragioni di carattere obiettivo derivanti dall'esistenza di impedimenti di natura tecnica, giuridica o economica idonei a impedire di fatto al potenziale concorrente di accedere al mercato con le proprie forze, creando la propria opera di ingegno e sviluppandola nel tempo per renderla costantemente competitiva. Diversamente, si finirebbe per assicurare tutela alla c.d. *competition by imitation* in luogo della *competition by innovation*, quest'ultima soltanto idonea a generare effetti favorevoli per il benessere della collettività e del mercato.
Per riconciliare proprietà intellettuale e diritto *antitrust*, la Corte di giustizia UE ha fatto riferimento dunque al tratto comune dei diversi due ambiti: la promozione del progresso e dell'innovazione.
Alla luce di quanto innanzi evidenziato e incontestata la posizione dominante assunta da Philips nel mercato di riferimento, dalle evidenze agli atti del fascicolo non sono emersi elementi sufficienti per ritenere che il rifiuto a concedere in licenza i *service software* di cui al *set* avanzato opposto da Philips integri un abuso di posizione dominante e, quindi, una violazione dell'art. 102 TFUE.
Ed invero, le evidenze istruttorie non offrono elementi per accertare l'indispensabilità del *set* avanzato e dunque l'esistenza di ostacoli di ordine tecnico, normativo ed economico che impediscano al segnalante e/o ad altri operatori di sviluppare soluzioni alternative, facendo leva sulla disponibilità e sull'accumulo di informazioni ed esperienza e sostenendo gli opportuni investimenti, come risulta dalle dichiarazioni rese in sede di audizioni tecniche[714].
Quanto all'assenza di indispensabilità, dalla documentazione agli atti emerge, altresì, che i manutentori indipendenti, seppur in limitate occasioni, hanno vinto alcune gare per l'esecuzione del servizio di manutenzione dei dispositivi diagnostici senza che si sia manifestata successivamente la necessità di chiedere l'intervento di Philips[715].
497. Pertanto, è da ritenersi non superato il *test* di indispensabilità che, così come configurato dalla giurisprudenza in numerosi casi, richiede che venga in primo luogo individuato quale sia il livello di servizio necessario a garantire ai manutentori indipendenti di rimanere sul mercato in modo economicamente sostenibile e, dall'altro, se gli *input* ai quali è negato l'accesso siano indispensabili per raggiungere il livello di servizio individuato[716].

---

[714] Cfr. doc. VIII.947 Verbale di audizione di GE, pag. 24 e doc. VIII.956 Verbale di audizione di Philips, pag. 33. Cfr. anche memoria finale di GE, 39 e seg., memoria finale di Philips pag. 137, 158 e 166 e seg. memoria finale di Siemens, pag. 138 e seg.

[715] Cfr. doc. VIII.1226 Memoria finale di Siemens, pag. 32 e seg., doc. VIII.1223 Memoria finale di Philips, pag. 122 e 123, VIII.1241 Memoria finale di GE, pag. 35 e pag. 41, doc. VIII.749 (Althea), doc. VIII.844 (DBA Solution).

[716] Cfr. per tutti Tribunale I grado, sentenza del 17 settembre 2007, caso T-201/04 Microsoft corp., punti 207 e 369. Il caso Microsoft, pur non essendo un caso di "*aftermarket*" risulta emblematico perché ha ad oggetto il rifiuto di Microsoft di fornire ai suoi concorrenti le informazioni relative all'interoperabilità e di autorizzarne l'uso per lo sviluppo e la distribuzione di prodotti concorrenti con i propri sul mercato dei sistemi operativi per *software* di lavoro. Nel caso COMP/C-3/39.692- IBM Maintenance Services, la Commissione ha reso obbligatori gli impegni presentati da IBM in un procedimento che aveva ad oggetto, tra l'altro, il rifiuto di IBM di concedere ai manutentori terzi i codici necessari per accedere ai *computer* ed attuare la manutenzione necessaria sia per risolvere i guasti sia per mantenere le macchine in piena efficienza. Rispetto a tali contestazioni IBM ha proposto impegni consistenti nel concedere tali codici di accesso ai terzi

498. In tal senso, rileva il fatto che Philips si sia dotata di una *policy* di accesso ai propri *input* di base e manifestato la disponibilità a stipulare accordi quadro per la cessione in licenza dei *software* e delle parti di ricambio. Pertanto, sebbene allo stato in Italia si sia osservato un ridotto grado di concorrenza, non può escludersi che si sviluppi un maggior grado di concorrenza da parte degli ISO in linea con l'evoluzione del quadro regolatorio.

499. Infine, non essendosi raggiunto il livello di prova minimo per considerare il *set* avanzato come indispensabile per l'esercizio dell'attività di manutenzione, è da ritenersi assorbita ogni altra valutazione in merito agli altri profili.

V.3.5 Le condotte di GE in merito ai software di cui al set minimo e alle parti di ricambio

500. Come si è richiamato in fatto, risulta agli atti la disponibilità di GE di concedere in licenza i *software* e i manuali di *service* compresi nel c.d. *set* minimo e, anche nelle comunicazioni interne agli atti, è previsto che tali *input* siano accessibili su licenza[717]. Alla luce di ciò, nel caso di specie, gli episodi richiamati nelle CRI non sono sufficienti a dimostrare una contestazione di rifiuto di contrarre ai sensi dell'art. 102 TFUE.

501. Analogamente non è possibile provare una violazione con riferimento alla fornitura delle parti di ricambio. Risulta, infatti, che GE, nelle comunicazioni e nelle memorie presentate, abbia dichiarato di fornire le parti di ricambio a chiunque ne faccia richiesta a condizioni non discriminatorie. I residui episodi citati da Althea non consentono, allo stato, di smentire tale affermazione e non risultano presenti, agli atti, prove univoche e incontrovertibili di rifiuti rilevanti non ascrivibili a episodi isolati.

V.3.6 Le condotte di GE in merito ai software di cui al set avanzato

502. Le risultanze dell'attività istruttoria espletata non offrono elementi probatori diretti e/o indiretti sufficienti a ricondurre la condotta contestata a GE ad un'ipotesi di abuso di posizione dominante *ex* art. 102 TFUE, derivante dal rifiuto a concedere in licenza l'utilizzo dei *service software* di cui al *set* avanzato oggetto di diritti di proprietà intellettuale da utilizzarsi per il servizio di manutenzione dei dispositivi diagnostici.

Tale fattispecie, invero, pur rientrando nel *genus* delle ipotesi di c.d. "rifiuto a contrarre" si caratterizza per il fatto che il contratto rispetto al quale è stato opposto dalle parti il diniego non riguarda un bene materiale, un prodotto o una risorsa, bensì un diritto di esclusiva.

Infatti, il c.d. *ius escludendi omnes alios*, in cui si sostanzia il diritto di esclusiva, attribuisce al titolare il potere di vietare a terzi l'utilizzo non autorizzato di segni distintivi o creazioni intellettuali che costituiscono oggetto del diritto stesso, incidendo sulle dinamiche del mercato attraverso il diniego delle licenze.

Pertanto, nelle ipotesi in cui il "rifiuto a contrarre" proviene da un'impresa che è titolare di un diritto di esclusiva e che detiene una posizione dominante sul mercato rilevante deve operarsi necessariamente un delicato bilanciamento tra la tutela della concorrenza e lo sviluppo nei mercati

---

manutentori indipendenti. La Commissione aveva, infatti, ritenuto che tali *input* proprietari fossero indispensabili per attuare una concorrenza effettiva nel mercato della manutenzione dei computer IBM da parte dei manutentori indipendenti e che non ci fossero altri operatori in grado di produrli.

[717] Cfr. ad esempio doc. V.363 (2017) in cui GE Italia afferma che *"Noi non abbiamo né contratti né accordi con Mesa e quindi possiamo semplicemente dichiarare per iscritto la nostra disponibilità a fornire parti di ricambio per questo specifico deal. Stessa cosa per la licenza software class A e i manuali…"*. Cfr. anche le memorie presentate nel corso del procedimento e da ultimo quelle finali doc. VIII.1241.

a valle, da cui consegue la necessità di rendere accessibili anche agli altri operatori l'oggetto dei diritti di proprietà intellettuale la tutela del *know how* e degli investimenti sostenuti dall'impresa titolare per consentire lo sviluppo della ricerca e del mercato soprattutto in settori, particolarmente nevralgici, come quello deputato alla tutela del bene primario della salute.

Se si imponesse *sic et simpliciter* ai titolari di mettere l'oggetto del diritto di esclusiva a disposizione dei concorrenti, verrebbe meno ogni stimolo allo sviluppo produttivo. Ciò, oltre a minare alle radici il valore della certezza del diritto e a comprimere la libertà negoziale degli operatori, ridurrebbe gli incentivi delle imprese a investire e a innovare, nonché lo sviluppo da parte dei rivali di *facility* alternative, onde esercitare una concorrenza basata sull'innovazione, piuttosto che sull'agganciamento passivo ai risultati degli altrui sforzi.

Nell'ottica del contemperamento delle esigenze della proprietà intellettuale e della tutela della concorrenza, promozione dell'innovazione primaria e sviluppo di quella secondaria, efficienza dinamica e allocativa, la Corte di giustizia UE ha riconosciuto, in linea di principio, che il diritto esclusivo, quale caratteristica espressione dello *ius excludendi alios,* fa parte delle prerogative del titolare di un diritto di proprietà intellettuale, con la conseguenza che un diniego di licenza, pur provenendo da un'impresa in posizione dominante, non può costituire di per sé un abuso di tale posizione[718].

Tuttavia, la medesima giurisprudenza, ha affermato che l'esercizio del diritto esclusivo da parte del titolare può integrare un comportamento abusivo, in presenza di "circostanze eccezionali" tali da giustificare, in ipotesi circoscritte, l'imposizione di un obbligo di contrarre.

In particolare, secondo i principi delineati dalla Corte europea nella sentenza *Magill*[719] e, successivamente, precisati nel caso *IMS Health*[720], il rifiuto di concedere licenza può integrare un abuso di posizione dominante se:

a) il rifiuto è tale da riservare al titolare del diritto di esclusiva un mercato secondario, rischiando di eliminare ogni concorrenza effettiva dallo stesso, data l'indispensabilità della risorsa cui si chiede accesso;

b) l'impresa che ha chiesto la licenza intende offrire sul mercato derivato prodotti o servizi nuovi, che il titolare del diritto di proprietà intellettuale non offre e per i quali esiste una potenziale domanda da parte dei consumatori;

c) non vi è una giustificazione oggettiva per la condotta dell'operatore in posizione dominante.

Per ciò che concerne il profilo dell'"indispensabilità" del prodotto, la Corte di giustizia UE ha affermato che "*per stabilire se un prodotto o un servizio è indispensabile per consentire ad una impresa di svolgere la sua attività su un determinato mercato, si deve accertare se esistano prodotti o servizi che costituiscono soluzioni alternative, anche se meno vantaggiose, e se esistano ostacoli di natura tecnica, normativa o anche economica tali da rendere impossibile o quanto meno straordinariamente difficile, per qualsiasi impresa che voglia operare su detto mercato, la*

[718] Cfr. CGUE, sentenza del 5 ottobre 1988, causa 238/87, Volvo, Racc. pag. 6211, punto 8, e Magill, cit., punto 49.

[719] Cfr. CGUE, sentenza del 6 aprile 1995, Magill TV Guide Ltd, Cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P.

[720] Cfr. CGUE, sentenza del 29 aprile 2004, IMS Health GmbH & Co. OHG, C-418/01.

creazione, eventualmente in collaborazione con altri operatori, di prodotti o di servizi alternativi" [721].

Anche con riferimento al secondo e al terzo requisito riecheggiano gli insegnamenti della Corte di giustizia UE in tema di *essential facility*[722]. Va altresì evidenziato che "*il rifiuto*" è considerato "*ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori […] soltanto nella giurisprudenza relativa all'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale*"[723].

Tale approccio riflette il tentativo di salvaguardare la funzione incentivante del sistema della proprietà intellettuale, ammettendo intrusioni nella sfera soggettiva dei titolari di diritti di esclusiva unicamente per assecondare l'ulteriore progresso e l'innovazione.

In altri termini, secondo la giurisprudenza eurounitaria, nel delicato bilanciamento tra l'esigenza di tutela dei diritti di proprietà intellettuale e l'interesse al mantenimento o alla promozione di un assetto concorrenziale dei mercati, il secondo può prevalere esclusivamente allorché il rifiuto non si limiti a impedire ai rivali di sfruttare commercialmente l'oggetto del diritto di esclusiva per competere con l'impresa in posizione dominante, bensì determini perdite in termini di efficienza dinamica, precludendo o ritardando lo sviluppo di beni o di servizi innovativi.

È di palmare evidenza che, in mancanza di tali ostacoli, il concorrente è posto in condizioni di parità rispetto al titolare del diritto di esclusiva, essendo ben in grado di competere sul mercato offrendo da sé delle soluzioni alternative rispetto a quelle oggetto di tale diritto.

In altre parole, l'esigenza di tutela della concorrenza risulta prevalente solo ove sia raggiunta la prova che il bene o il servizio oggetto del diritto di esclusiva non sia in alcun modo replicabile da parte dei potenziali concorrenti per ragioni di carattere obiettivo derivanti dall'esistenza di impedimenti di natura tecnica, giuridica o economica idonei a impedire di fatto al potenziale concorrente di accedere al mercato con le proprie forze, creando la propria opera di ingegno e sviluppandola nel tempo per renderla costantemente competitiva. Diversamente, si finirebbe per assicurare tutela alla c.d. *competition by imitation* in luogo della *competition by innovation*, quest'ultima soltanto idonea a generare effetti favorevoli per il benessere della collettività e del mercato.

Per riconciliare proprietà intellettuale e diritto *antitrust*, la Corte di giustizia UE ha fatto riferimento dunque al tratto comune dei diversi due ambiti: la promozione del progresso e dell'innovazione.

Alla luce di quanto innanzi evidenziato e incontestata la posizione dominante assunta da GE nel mercato di riferimento, dalle evidenze agli atti del fascicolo non sono emersi elementi sufficienti per ritenere che il rifiuto a concedere in licenza i *service software* di cui al *set* avanzato opposto da GE integri un abuso di posizione dominante e, dunque, una violazione dell'art. 102 TFUE.

---

[721] Cfr. punto 116 della sentenza del Tribunale (Nona Sezione ampliata) del 13 dicembre 2018, Slovak Telekom, a.s, Causa T-851/14; Conforme, punti 42, 43 e 46 della sentenza del 26 novembre 1998, Bronner C-7/97, EU:C:1998:569. La Corte ha altresì precisato che "*per poter riconoscere l'esistenza di ostacoli di natura economica, occorre quanto meno provare che la creazione di tali prodotti o servizi non è economicamente redditizia per una produzione su una scala comparabile a quella dell'impresa che controlla il prodotto o il servizio esistente*" (sentenza del 29 aprile 2004, IMS Health GmbH & Co. OHG, C-418/01IMS, § 28).

[722] Cfr. CGUE (Sesta Sezione), sentenza del 26 novembre 1998, C-7/97; CGUE, sentenza del 6 aprile 1995, Magill TV Guide Ltd, Cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P e IMS Health GmbH & Co. OHG, C-418/01.

[723] Cfr. Tribunale I grado, sentenza del 17 settembre 2007, caso T-201/04 Microsoft corp., punto 334.

Ed invero, gli elementi acquisiti agli atti non sono sufficienti ad accertare l'indispensabilità del *set* avanzato e, dunque, l'esistenza di ostacoli di ordine tecnico, normativo ed economico che impediscano al segnalante e/o ad altri operatori di sviluppare soluzioni alternative, facendo leva sulla disponibilità e sull'accumulo di informazioni ed esperienza e sostenendo gli opportuni investimenti, come risulta dalle dichiarazioni rese in sede di audizioni tecniche[724].

Quanto all'assenza di indispensabilità, inoltre, dalla documentazione agli atti emerge, altresì, che i manutentori indipendenti, seppur in limitate occasioni, hanno vinto alcune gare per l'esecuzione del servizio di manutenzione dei dispositivi diagnostici senza che si sia manifestata successivamente la necessità di chiedere l'intervento di GE[725].

503. Pertanto, non risulta superato il *test* di indispensabilità che, così come configurato dalla giurisprudenza in numerosi casi, richiede che venga in primo luogo individuato quale sia il livello di servizio necessario a garantire ai manutentori indipendenti di rimanere sul mercato in modo economicamente sostenibile e, dall'altro, se gli *input* ai quali è negato l'accesso siano indispensabili per raggiungere il livello di servizio individuato[726].

504. In tal senso, rileva il fatto che GE si sia dotata di una *policy* di accesso ai propri *input* di base e manifestato la disponibilità a stipulare accordi quadro per la cessione in licenza dei *software* e delle parti di ricambio. Pertanto, sebbene allo stato in Italia si sia osservato un ridotto grado di concorrenza, non può escludersi che si sviluppi un maggior grado di concorrenza da parte degli ISO in linea con l'evoluzione del quadro regolatorio.

505. Infine, non essendosi raggiunto il livello di prova minimo per considerare il *set* avanzato come indispensabile per l'esercizio dell'attività di manutenzione, è da ritenersi assorbita ogni altra valutazione in merito agli altri profili.

Conclusioni

506. Alla luce di quanto precede, le evidenze agli atti non consentono di ritenere raggiunta la prova in merito all'ipotesi istruttoria formulata nel provvedimento di avvio, secondo cui le OEM Siemens, Philips e GE avrebbero tenuto condotte abusive consistenti nel rifiuto di fornire gli *input* essenziali per l'esercizio dell'attività di manutenzione, ai sensi dell'art. 102 TFUE.

In particolare, con specifico riferimento al rifiuto opposto alla messa a disposizione del *set* avanzato, il complesso degli elementi acquisiti nel corso del procedimento, valutato anche alla luce del *test* di

---

[724] Cfr. doc. VIII.947 Verbale di audizione di GE, pag. 24 e doc. VIII.956 Verbale di audizione di Philips, pag. 33. Cfr. anche memoria finale di GE, 39 e seg., memoria finale di Philips pag. 137, 158 e 166 e seg. memoria finale di Siemens, pag. 138 e seg.

[725] Cfr. doc. VIII.1226 Memoria finale di Siemens, pag. 32 e seg., doc. VIII.1223 Memoria finale di Philips, pag. 122 e 123, VIII.1241 Memoria finale di GE, pag. 35 e pag. 41, doc. VIII.749 (Althea), doc. VIII.844 (DBA Solution).

[726] Cfr., per tutti, Tribunale I grado, sentenza del 17 settembre 2007, caso T-201/04 Microsoft corp., punti 207 e 369. Il caso Microsoft, pur non essendo un caso di "*aftermarket*" risulta emblematico perché ha ad oggetto il rifiuto di Microsoft di fornire ai suoi concorrenti le informazioni relative all'interoperabilità e di autorizzarne l'uso per lo sviluppo e la distribuzione di prodotti concorrenti con i propri sul mercato dei sistemi operativi per *software* di lavoro. Nel caso COMP/C-3/39.692- *IBM Maintenance Services*, la Commissione ha reso obbligatori gli impegni presentati da IBM in un procedimento che aveva ad oggetto, tra l'altro, il rifiuto di IBM di concedere ai manutentori terzi i codici necessari per accedere ai *computer* ed attuare la manutenzione necessaria sia per risolvere i guasti sia per mantenere le macchine in piena efficienza. Rispetto a tali contestazioni IBM ha proposto impegni consistenti nel concedere tali codici di accesso ai terzi manutentori indipendenti. La Commissione aveva, infatti, ritenuto che tali *input* proprietari fossero indispensabili per attuare una concorrenza effettiva nel mercato della manutenzione dei computer IBM da parte dei manutentori indipendenti e che non ci fossero altri operatori in grado di produrli.

indispensabilità, elide il conflitto tra la tutela della proprietà intellettuale ed il diritto *antitrust*, contemperando gli interessi in gioco, in un'ottica di concorrenza dinamica.
Invero, le limitazioni che subisce il mercato dal rifiuto da parte dei produttori di concedere in licenza i *service software* di livello avanzato e che derivano dall'esercizio del diritto di esclusiva nonché gli eventuali ritardi che possono riscontrarsi sul servizio di manutenzione, dovuti al fisiologico adattamento degli altri operatori, sono giustificati dall'esigenza primaria di promuovere lo sviluppo e l'innovazione nella ricerca di apparecchiature sempre più performanti nella prevenzione e nel supporto alla cura delle patologie. In questo modo la tutela del bene primario della salute viene garantita attraverso la protezione degli investimenti necessari per la realizzazione di *software* avanzati e, dunque, attraverso la tutela delle privative industriali.
Nel conflitto tra la tutela dei diritti di proprietà intellettuale e la tutela del mercato concorrenziale, infatti, la seconda può prevalere solo ed esclusivamente allorché il rifiuto non si limiti a impedire ai rivali di sfruttare commercialmente l'oggetto del diritto di esclusiva per competere con l'impresa in posizione dominante, bensì determini perdite in termini di efficienza dinamica, precludendo o ritardando lo sviluppo di beni o di servizi innovativi.
In conclusione, nelle fattispecie in esame gli elementi raccolti non consentono di ritenere che i *service software* di cui al *set* avanzato siano indispensabili per l'esercizio dell'attività manutentiva e, dunque, che i rifiuti a concedere in licenza opposti da Siemens, Philips e GE integrino un abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE.
A ciò si aggiunga, peraltro, che tali rifiuti sono connessi all'esercizio di un diritto di esclusiva in un settore nel quale l'impiego di ingenti investimenti risulta essenziale ai fini dell'innovazione tecnologica di strumenti fondamentali per la tutela del bene primario della salute.

CONSIDERATO che le parti hanno più volte espresso la disponibilità a offrire in licenza le risorse informative di cui al c.d. *set* minimo e a vendere a chiunque ne faccia richiesta parti di ricambio, a condizioni eque e non discriminatorie;

RITENUTO, pertanto, alla luce degli elementi di fatto e di diritto illustrati, che le evidenze agli atti non consentono di dimostrare che Siemens, Philips e GE abbiano posto in essere le condotte abusive della posizione dominante ipotizzate nel provvedimento di avvio;

Tutto ciò premesso e considerato:

DELIBERA

che in base alle informazioni disponibili sono venuti meno i motivi di intervento, ai sensi dell'articolo 102 del TFUE, nei confronti di Siemens, Philips e GE.

Il presente provvedimento sarà notificato a tutte le parti del procedimento 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 il termine di sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL VICE SEGRETARIO GENERALE
Serena Stella

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

A521 - ATTIVITÀ DI INTERMEDIAZIONE DELLA DOMANDA DI SERVIZI TAXI NEL COMUNE DI TORINO
Provvedimento n. 29644

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 27 aprile 2021;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTO l'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea;

VISTO il Regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE (ora 101 e 102 TFUE);

VISTA la Legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTO il proprio provvedimento del 10 ottobre 2018, n. 27372, con il quale è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti della Società Cooperativa Taxi Torino, volto ad accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 102 del TFUE e dell'articolo 3 della legge n. 287/90, nonché, contestualmente, un procedimento cautelare ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/90, volto a verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti necessari all'adozione di misure cautelari atte a ripristinare e mantenere condizioni concorrenziali nel mercato rilevante;

VISTO il proprio provvedimento n. 27434 del 29 novembre 2018, con il quale è stato deliberato di adottare la misura cautelare ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/90 nei confronti della Società Cooperativa Taxi Torino;

VISTO il proprio provvedimento n. 27921 del 1° ottobre 2019, con il quale è stato deliberato di prorogare il termine di chiusura del procedimento dal 31 ottobre 2019 al 30 aprile 2020;

VISTA la sentenza del Consiglio di Stato n. 1547 del 3 marzo 2020 che, definitivamente pronunciandosi sull'appello della Società Cooperativa Taxi Torino, lo ha accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR Lazio n. 7463 del 7 giugno 2019, ha annullato il citato provvedimento cautelare dell'Autorità n. 27434 del 29 novembre 2018;

VISTO il proprio provvedimento n. 28186 del 17-18 marzo 2020, con il quale è stato deliberato di prorogare il termine di chiusura del procedimento dal 30 aprile 2020 al 30 novembre 2020, anche tenuto conto della sospensione generale dei termini disposta dall'articolo 103 del d. l. 17 marzo 2020, n. 18;

VISTO il proprio provvedimento n. 28376 del 13 ottobre 2020, con il quale è stato deliberato di prorogare il termine di chiusura del procedimento dal 30 novembre 2020 al 31 marzo 2021;

VISTA la comunicazione delle risultanze istruttorie, inviata alle parti in data 27 gennaio 2021;

VISTO il proprio provvedimento n. 28573 del 16 febbraio 2021, con il quale è stato deliberato di prorogare il termine di chiusura del procedimento dal 31 marzo 2021 al 30 aprile 2021;

VISTA la memoria finale di Società Cooperativa Taxi Torino, pervenuta in data 18 marzo 2021;

SENTITI in audizione finale del 22 marzo 2021 i rappresentanti di Società Cooperativa Taxi Torino e di Mytaxi Italia S.r.l.;

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

CONSIDERATO quanto segue:

I. LA DENUNCIA

1. Con denuncia pervenuta in data 30 luglio 2018, integrata in data 24 settembre 2018, Mytaxi Italia S.r.l. ha segnalato la previsione di clausole di non concorrenza nello statuto della Società Cooperativa Taxi Torino, nonché la loro applicazione da parte della Società, unico gestore di servizi di radiotaxi nel Comune di Torino. Dette clausole di non concorrenza, impedendo l'uso simultaneo da parte dei tassisti aderenti alla cooperativa di più intermediari di servizi di raccolta e smistamento della domanda di taxi nel Comune di Torino, avrebbero avuto l'effetto di ostacolare l'ingresso e lo sviluppo nel mercato torinese di Mytaxi Italia S.r.l., attiva tramite l'omonima *app* Mytaxi (denominata ora FreeNow), e più in generale di ogni altra piattaforma concorrente con la cooperativa.
2. Mytaxi, dopo aver avviato la propria attività a Milano (dall'aprile 2015) e a Roma (dal maggio 2016), ha deciso di estendere i propri servizi alla città di Torino; conseguentemente, a partire dal mese di giugno 2017, ha aperto all'adesione dei tassisti torinesi la propria piattaforma di procacciamento *on line* di servizi taxi.
3. Subito dopo la notizia dell'ingresso di Mytaxi nel mercato torinese, alla fine di giugno 2017, vi è stata la fusione delle due precedenti cooperative di radiotaxi operanti a Torino nella nuova e unica cooperativa Taxi Torino.
4. A seguito della registrazione alla nuova piattaforma Mytaxi, nel giugno 2017, di oltre 40 tassisti torinesi, propedeutica al raggiungimento di una base di tassisti idonea a consentire il lancio ufficiale dell'app, previsto per il settembre 2017, Taxi Torino ha introdotto nel proprio Statuto, nell'agosto 2017, una specifica clausola di non concorrenza che prevede l'esclusione dalla cooperativa del tassista che, pur rimanendo socio, aderisca ad altro soggetto titolare o gestore di diverso sistema tecnologico di intermediazione tra domanda e offerta del servizio taxi o, comunque, ne utilizzi le prestazioni (art. 14.2, lett. f)). Tale nuova clausola si è andata ad aggiungere a quella già presente ad agosto 2017 nello Statuto della cooperativa all'art. 6, riproduttiva dell'obbligo di fedeltà del socio alla cooperativa di cui all' art. 2527 del codice civile.
5. Mytaxi ha denunciato l'immediata applicazione della nuova clausola di cui all'art. 14.2, lett. f), dello Statuto da parte della Società Cooperativa Taxi Torino. In particolare, nel settembre 2017, l'applicazione di tale clausola ha determinato l'esclusione di tre tassisti soci che avevano utilizzato l'app Mytaxi[1]. La clausola è stata poi nuovamente applicata nel maggio 2018, con l'esclusione di altri tre tassisti soci sempre per lo stesso motivo[2].

---

[1] Cfr. doc. 3, all. 7: estratti di delibere del Consiglio di Amministrazione di Taxi Torino, da cui risulta che nel settembre 2017 Taxi Torino ha deciso l'esclusione di tre soci della cooperativa per violazione della clausola di non concorrenza, ai sensi dell'art.14.2, lett. f), dello Statuto.

[2] Cfr. doc. 3, all. 16: estratti di delibere del Consiglio di Amministrazione di Taxi Torino, da cui risulta che nel maggio 2018 Taxi Torino ha deciso l'esclusione di ulteriori tre soci della cooperativa sempre ai sensi dell'art.14.2, lett. f), dello Statuto.

6. Dalle informazioni integrative fornite in data 24 settembre 2018 da Mytaxi a seguito della sua originaria denuncia, emergeva che, dal giugno 2017 al settembre 2018, e in particolare a seguito delle prime tre esclusioni di tassisti dalla cooperativa del settembre 2017, l'andamento del numero delle nuove registrazioni mensili di tassisti torinesi alla piattaforma Mytaxi fosse fortemente decrescente[3], con una riduzione del numero dei tassisti attivi rispetto a quello dei tassisti registrati alla piattaforma in costante diminuzione (quasi il 10% in meno nel corso di un anno); inoltre, sul totale delle licenze taxi presenti a Torino, meno del 5% dei tassisti risultava attivo con Mytaxi a settembre 2018.
7. Infine, Mytaxi ha segnalato di aver diffidato la cooperativa Taxi Torino, sia nel settembre 2017, e ancora nel luglio 2018, a sospendere l'applicazione della nuova clausola di cui all'art. 14.2, lett. f), dello Statuto (e di qualsiasi altra clausola statutaria, regolamentare e/o linea guida interna avente contenuto e/o effetto equivalente alla clausola sopra richiamata) e conseguentemente a rimuoverla, nonché a reintegrare i tassisti esclusi, qualora costoro lo avessero richiesto[4].

II. LE PARTI

II.1. L'impresa denunciata

8. Società Cooperativa Taxi Torino (di seguito, Taxi Torino) è una società cooperativa attiva nella gestione dei servizi di radiotaxi a Torino, sia attraverso un sistema radio sia, dall'estate 2017, tramite l'impiego di una *app* per dispositivi mobili, denominata Wetaxi[5]. Detta società è stata costituita alla fine di giugno 2017 a seguito della fusione tra le due preesistenti società Cooperativa Radio Taxi Torino-Società Cooperativa e Società Cooperativa Pronto Taxi Torinese 5737, che gestivano gli unici due numeri telefonici di ricerca taxi della città (5730 e 5737)[6]. A Taxi Torino aderiscono *[1.400-1.500]*[*] tassisti[7].
Nel 2019 Taxi Torino ha realizzato in Italia un fatturato pari a oltre 8 milioni di euro.

---

[3] A fronte delle 42 iscrizioni registrate nel mese di giugno 2017 la piattaforma registrava solo tre nuove iscrizioni nel settembre 2018; inoltre, per varie mensilità, il dato delle nuove iscrizioni è stato pari a zero (novembre 2017, gennaio, maggio e luglio 2018).

[4] Cfr. docc. 1 e 1 all. 1. Taxi Torino contestava in toto la prima diffida, obiettando che le clausole "*rappresentano la mera traduzione all'interno delle regole statutarie della disciplina civilistica di cui all'art. 2527 c.c., e segnatamente delle disposizioni volte a tutelare il perseguimento del fine mutualistico, tipico di tutte le cooperative*" e che "*non è nella specie riscontrabile alcuna forma di condotta escludente a discapito di Mytaxi o altre piattaforme di intermediazione, posto che i soci, in presenza di valide alternative proposte da terzi, potranno comunque recedere dalla cooperativa, optando per altre modalità e forme di esercizio della propria attività*" (cfr. doc. 1, all. 2). Nella risposta del 25 luglio 2018 alla seconda diffida di Mytaxi, inviata per conoscenza anche all'Autorità, Taxi Torino informava che "*le clausole statutarie deliberate (…) il decorso 3 agosto 2017 - anche sotto il profilo della compatibilità delle norme in materia di concorrenza - sono già oggetto di specifico giudizio arbitrale (…). Per quanto riguarda infine la recente decisione dell'Autorità della Concorrenza e del Mercato* [le decisioni nei mercati dei servizi di raccolta e smistamento della domanda di taxi nei Comuni di Roma (I801A) e Milano (I801B), adottate il 27 giugno 2018] *(…) il CdA della stessa ha già provveduto a deliberare - in merito - la convocazione dell'Assemblea dei soci per il prossimo mese di settembre*". (cfr. doc. 2).

[5] L'*app* Wetaxi è gestita da una società terza con la quale Taxi Torino ha stipulato un contratto in esclusiva.

[6] Cfr. visura della CCIAA di Torino da cui risulta che la società è stata costituita il 20 giugno 2017 ed iscritta nel registro delle imprese il 3 luglio 2017.

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

[7] Cfr. doc. 105 (risposta a richiesta di informazioni): dato aggiornato al febbraio 2020.

II.2 L'impresa denunciante

9. Mytaxi Italia S.r.l. è la filiale italiana di un gruppo fondato nel giugno 2009 (di seguito Mytaxi, sia per la filiale italiana che per il gruppo) che, dal 2014, dopo la fusione con Moovel GmbH, appartiene al gruppo automobilistico tedesco Daimler AG ed è attiva nella gestione dell'omonima *app* Mytaxi per dispositivi mobili, che mette in collegamento diretto tassisti e utenti, in numerosi paesi europei e in alcune città statunitensi. Nel febbraio 2019 Daimler e BMW, altro gruppo automobilistico tedesco, hanno costituito una *mobility joint venture* cui appartiene il nuovo logo Free Now, che ha sostituito il logo Mytaxi[8]. Mytaxi opera in Italia, nelle città di Roma, Milano, Napoli, Catania, Palermo e Cagliari e, con riferimento al caso in esame, anche a Torino dal giugno 2017.
Nel 2019 Mytaxi ha realizzato in Italia un fatturato pari a circa 5 milioni di euro.

III. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

10. In data 10 ottobre 2018, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti di Taxi Torino, al fine di verificare la sussistenza di un abuso di posizione dominante della cooperativa nel mercato della fornitura di servizi di raccolta e smistamento della domanda del servizio taxi nel Comune di Torino.
11. In data 16 ottobre 2018 è stata svolta un'ispezione presso la sede di Taxi Torino[9].
12. Contestualmente al procedimento principale, l'Autorità ha avviato un procedimento cautelare, ad esito del quale, con il provvedimento n. 27434 del 29 novembre 2018, ha deliberato di adottare una misura cautelare con la quale ha ordinato alla Società Cooperativa Taxi Torino di sospendere l'applicazione della clausola di cui all'art. 14.2, lett. f), dello Statuto nelle more della decisione di merito.
13. Nel corso del procedimento sono stati sentiti in audizione i rappresentanti di Taxi Torino e di Mytaxi[10]; le Parti hanno inoltre presentato memorie e scritti difensivi. Durante l'istruttoria le Parti hanno più volte effettuato accesso agli atti del procedimento.
14. La Direzione ha formulato richieste di informazioni alle Parti, che hanno fornito le risposte richieste.
15. A seguito di istanza di Mytaxi, in data 1° ottobre 2019, l'Autorità ha deliberato di prorogare al 30 aprile 2020 il termine di conclusione del procedimento.
16. Nelle date del 17 e 18 marzo 2020 l'Autorità ha deliberato di prorogare al 30 novembre 2020 il termine di conclusione del procedimento.
17. In data 13 ottobre 2020 l'Autorità ha deliberato di prorogare nuovamente il termine di conclusione del procedimento al 31 marzo 2021.

---

[8] Come risulta da un comunicato stampa del 3 giugno 2019 pubblicato sul sito aziendale, la transizione del logo della *app* da Mytaxi a Free Now ha avuto luogo a partire dal giugno 2019 e il *rebrand* completo da Mytaxi a Free Now include un nuovo *look* della *app* e della flotta, nonché nuove campagne pubblicitarie digitali e fisiche. Sia i passeggeri che i tassisti non devono installare una nuova *app* e sono in grado di utilizzare i servizi offerti da Free Now con l'*app* e l'*account* già esistenti. Per comodità di esposizione, tuttavia, nel prosieguo del provvedimento si utilizzerà il logo Mytaxi vigente all'atto dell'avvio del procedimento.

[9] Cfr. doc. 12.

[10] Cfr. docc. 44 e 47.

18. In data 27 gennaio 2021 è stata inviata alle Parti la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (di seguito, CRI)[11];
19. In data 2 febbraio 2021 Taxi Torino ha chiesto una proroga del termine infra-procedimentale per il deposito di memorie scritte e documenti e, conseguentemente, del termine infra-procedimentale di conclusione della fase istruttoria e della data dell'audizione finale, per poter fornire una compiuta rappresentazione degli elementi di fatto e di diritto, nonché al fine di assicurare un pieno ed effettivo esercizio delle prerogative della difesa[12]. L'accoglimento della suddetta istanza è stato deliberato dall'Autorità in data 16 febbraio 2021 e comunicato alle Parti in data 18 febbraio 2021[13].
20. Conseguentemente, sempre in data 16 febbraio 2021, l'Autorità ha deliberato di prorogare al 30 aprile 2021 il termine di chiusura del procedimento.
21. In data 18 marzo 2021 è pervenuta la memoria finale di Taxi Torino[14].
22. In data 22 marzo 2021 le Parti sono state sentite in audizione finale davanti al Collegio[15].

IV. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

IV.1 Il trasporto mediante taxi: cenni sul quadro normativo

23. L'attività di trasporto pubblico locale non di linea mediante taxi è disciplinata dalla legge 15 gennaio 1992, n. 21 ("*Legge-quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea*"), che definisce il servizio di taxi come un servizio di trasporto pubblico non di linea che: "*ha lo scopo di soddisfare le esigenze del trasporto individuale o di piccoli gruppi di persone; si rivolge ad un'utenza indifferenziata; lo stazionamento avviene in luogo pubblico; le tariffe sono determinate amministrativamente dagli organi competenti* [i Comuni n.d.r.] *che stabiliscono anche le modalità del servizio*; *il prelevamento dell'utente ovvero l'inizio del servizio avvengono all'interno dell'area comunale o comprensoriale*" (articolo 2, comma 1). Inoltre: "*la prestazione del servizio è obbligatoria*" (articolo 2, comma 2). Infine, l'esercizio dell'attività "*è soggetta a licenza*" (articolo 8)[16].
24. Il servizio taxi, dunque, presenta le seguenti caratteristiche: (i) obbligo di servizio nei confronti di un'utenza indifferenziata; (ii) obbligo di stazionamento su piazza; (iii) tariffe fissate dalla pubblica amministrazione; (iv) territorialità e obbligo di inizio del servizio nel Comune che ha rilasciato la licenza; (v) servizio a chiamata immediata. Tali caratteristiche differenziano il servizio taxi, dal lato degli obblighi in capo all'offerta, dal servizio di noleggio con conducente (NCC).
25. Alla legge-quadro del 1992 devono conformarsi i regolatori locali, che sono costituiti dalle Regioni e dai Comuni. In particolare, ai sensi dell'articolo 5, tra le competenze delle amministrazioni

---

[11] Cfr. docc. 112.1 e 113.1.
[12] Cfr. doc. 119.
[13] Cfr. docc. 124 e 125.
[14] Cfr. doc. 133.
[15] Cfr. doc. 138.
[16] Di recente, è intervenuta la legge 11 febbraio 2019 n. 12 ("*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 14 dicembre 2018 n. 135, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*"), la quale in sede di conversione del decreto n. 135/18 ha introdotto in esso l'art. 10*bis* ("*Misure urgenti in materia di autoservizi pubblici non di linea*"), recante alcune norme modificative e integrative della legge n. 21/92. Le modifiche e le integrazioni hanno riguardato prevalentemente l'attività di noleggio con conducente.

comunali rientrano: l'individuazione dei fabbisogni di offerta (numero di veicoli); le modalità per lo svolgimento del servizio e, dunque, la regolamentazione in materia di turni; i criteri per la determinazione delle tariffe per il servizio taxi. In attuazione della legge-quadro, i Comuni provvedono a organizzare il servizio e, eventualmente, a stabilire le modalità di raccolta della domanda e smistamento del servizio taxi.

26. In Piemonte la legge nazionale è integrata da una legge regionale[17] e dal Regolamento provinciale unificato per i Comuni dell'area metropolitana torinese, applicato nel Comune di Torino dal 1° gennaio 2007[18].

27. Per quanto di interesse, il Regolamento, all'articolo 24, disciplina lo svolgimento del servizio e le modalità di acquisizione di una corsa. In particolare, ai sensi del comma 3 dell'art. 24 (*Svolgimento del servizio*), la corsa è acquisita, oltre che mediante la richiesta diretta al taxi presso il luogo di stazionamento ovvero in transito, anche: "*mediante sistemi di chiamata via radio o telefono, con attivazione del tassametro dal posto pubblico di stazionamento più vicino al luogo di caricamento del cliente; è facoltà del tassista di inserire il tassametro dal domicilio dell'utente. La centrale radio è tenuta a comunicare al cliente i tempi di attesa*" (lett. b)[19].

28. L'articolo 28 del medesimo Regolamento devolve al Comune di Torino la determinazione dei criteri per la formazione dei turni di servizio, a condizione che ne sia garantita la durata di 24 ore giornaliere e che i suddetti turni di lavoro non siano comunque superiori a 12 ore e abbiano una pausa di riposo, tra un turno e l'altro, di almeno 6 ore. In particolare, l'articolo 28 (*Turni di servizio*), al comma 2, reca: "*I turni di lavoro dovranno essere strutturati in modo da garantire il servizio per 24 ore, salvo casi specifici e motivati di deroga che dovranno essere autorizzati dal Comune di Torino. I suddetti turni di lavoro non potranno essere comunque superiori a 12 ore e dovranno avere una pausa di riposo, tra un turno e l'altro, di almeno 6 ore*".

29. L'articolo 32 (*Tariffe*) prevede che le tariffe per il trasporto taxi siano amministrativamente stabilite: "*Il servizio taxi si effettua (…) dietro pagamento di un corrispettivo calcolato con tassametro omologato, sulla base di tariffe determinate dalla Provincia di Torino*". L'art. 33, infine, consente ai tassisti di stipulare convenzioni con soggetti terzi, pubblici o privati, con possibilità di applicazione di tariffe inferiori a quelle definibili a tassametro e stabilite dall'Amministrazione. L'art. 33 (*Tariffe convenzionate*) stabilisce che: "*i tassisti singoli o associati possono stipulare convenzioni con soggetti terzi, pubblici o privati, allo scopo di pattuire condizioni particolari di pagamento del servizio, nonché pattuire corrispettivi predeterminati, per percorsi prestabiliti, comunque non superiori a quanto definibile a tassametro*".

IV.2 L'articolo 2527 del codice civile: requisiti dei soci

30. La società parte del presente procedimento ha forma cooperativa. Viene dunque in rilievo, per l'esame della fattispecie in esame, l'articolo 2527 del codice civile, rubricato "*requisiti dei soci*".

---

[17] Cfr. legge regionale Piemonte 23 febbraio 1995 n. 24 "*Legge generale sui servizi di trasporto pubblico non di linea su strada*".

[18] Cfr. "*Regolamento per la gestione unificata del servizio pubblico taxi nell'area metropolitana torinese*", approvato con Deliberazione del Consiglio Provinciale n. 85-265268 del 21 giugno 2005, successivamente modificata con le deliberazioni n. 225-1025480 del 28 novembre 2007, n. 40020/2010 del 8 marzo 2011 e n. 91-26636 del 24 settembre 2014.

[19] Essendo il provvedimento comunale risalente al 2007 non sono previste specifiche disposizioni circa le modalità di acquisizione del servizio taxi attraverso le nuove tecnologie via *app*.

31. L'articolo 2527, comma 1, c.c. dispone che "*l'atto costitutivo stabilisce i requisiti per l'ammissione dei nuovi soci e la relativa procedura, secondo criteri non discriminatori coerenti con lo scopo mutualistico e l'attività economica svolta*".
Il secondo comma dispone che: "*non possono in ogni caso divenire soci della cooperativa quanti esercitano in proprio imprese in concorrenza con quella della cooperativa*".

IV.3 I rapporti tra Taxi Torino e i tassisti aderenti

a) Le clausole di non concorrenza

32. Il procedimento istruttorio ha evidenziato la presenza di clausole di non concorrenza nello Statuto di Taxi Torino. Nel dettaglio, sono previsti espliciti obblighi di non concorrenza agli articoli 6, 14.2, lett. a) e 14.2, lett. f), dello Statuto di Taxi Torino.
33. In base all'articolo 6 (*Numero e requisiti*), terzo capoverso, "*I soci devono essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2527 C.C.*"; in base all'articolo 14.2 (*Esclusione*), lett. a), è prevista l'esclusione per il socio "*che perda i requisiti per l'ammissione alla cooperativa, ivi inclusi quelli previsti dall'articolo 2527 C.C.*".
34. Come anticipato, Taxi Torino, a seguito dell'avvio dell'attività di Mytaxi con la propria *app* nel mercato torinese e dell'adesione ad essa di alcune decine di tassisti, nel mese di agosto 2017 ha inserito nel proprio Statuto un'ulteriore clausola, che prevede specificamente l'esclusione nei confronti del socio "*che, pur rimanendo socio della cooperativa, aderisca ad altro soggetto titolare o gestore di diverso sistema tecnologico di intermediazione tra domanda e offerta del servizio taxi o, comunque, ne utilizzi le prestazioni*" (art. 14.2, lett. f))[20].
35. Al riguardo, sono agli atti del procedimento numerosi documenti istruttori che evidenziano il percorso che ha portato la cooperativa all'introduzione della specifica clausola di esclusione di cui all'art. 14.2, lett. f). Dall'esame di questi documenti emerge con chiarezza la forte preoccupazione della cooperativa stessa, sin dal maggio 2017, per l'utilizzo da parte di alcuni soci dei servizi di Mytaxi e la conseguente decisione, da parte degli organi statutari di Taxi Torino, di risolvere in tempi rapidi la questione relativa all'utilizzo promiscuo dei servizi di Mytaxi insieme a quelli della cooperativa. In particolare:
(i) dal verbale del Consiglio di Amministrazione del 12 maggio 2017 della Società Cooperativa Taxi Torinese 5737 (una delle due cooperative che nel giugno 2017 ha poi costituito Taxi Torino tramite fusione con l'altra cooperativa esistente a Torino) risulta che detta cooperativa avvertisse come problematico l'utilizzo dei servizi di Mytaxi da parte dei soci: infatti, con riguardo alla richiesta di quattro soci di aderire a Mytaxi, il Consiglio di Amministrazione della cooperativa decide di incaricare uno studio legale di analizzare l'argomento[21];
(ii) dal verbale dell'assemblea dei soci della neo-costituita Taxi Torino del 18 luglio 2017 emerge la necessità di convocare un'assemblea straordinaria per deliberare le iniziative più idonee a contrastare i soci che utilizzavano anche Mytaxi: "*Molti soci intervengono chiedendo al Consiglio di Amministrazione (…) di prendere provvedimenti, come da art. 2527 comma 2 del c.c., nei*

[20] Cfr. doc. 12.2.24: verbale dell'assemblea straordinaria del 3 agosto 2017, che ha introdotto nello Statuto la clausola di cui al descritto 14. 2, lett. f).
[21] Cfr. doc. 12, all. 2.14, verbale del CDA del 12 maggio 2017: circa il secondo punto all'ordine del giorno, avente per oggetto "*Richiesta soci per adesione MYTAXI*" il verbale riporta che "*il C.d.A. incarica lo studio (…) di analizzare l'argomento sopra citato*".

confronti dei colleghi, che hanno aderito all'app MY TAXI, in chiara concorrenza con lo scopo sociale. Il Presidente, udito l'esposto, informa i presenti della situazione molto delicata che si è creata in funzione all'intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato [22], *e delle sanzioni che verrebbero applicate in base alle scelte che verranno adottate. (…). Dopo ampia discussione i soci a maggioranza chiedono che venga convocata al più presto un'assemblea straordinaria, per poter stabilire insieme la scelta più idonea, nell'interesse dei soci stessi*"[23];

(iii) il Presidente di Taxi Torino, in una *mail* del 19 luglio 2017, si rivolge ai consiglieri di amministrazione, dicendo: "*in seguito all'assemblea tenutasi ieri sera 18/7 e alla richiesta dei soci di convocare un'assemblea straordinaria urgente, tesa a risolvere la problematica relativa all'utilizzo di applicazioni concorrenti e alla conseguente indagine dell'antitrust, siamo a richiedervi un Consiglio di Amministrazione urgente che si terrà venerdì 21 luglio* […]. *Pur comprendendo il poco anticipo, vi chiedo la cortesia di essere tutti presenti, vista l'importanza degli argomenti da trattare*"[24];

(iv) a valle della riunione del Consiglio di Amministrazione del 21 luglio 2017, in una *mail* del 25 luglio 2017, il Presidente di Taxi Torino si rivolge ai consiglieri in ordine alla necessità di approfondire se già esistano o meno clausole statutarie o regolamentari idonee a contrastare o impedire l'utilizzo dell'app Mytaxi da parte dei soci. Nella *mail* si legge: "*dopo aver esaminato la delicata situazione che dovremo trattare durante la prossima assemblea straordinaria, seguendo il consiglio del dottor* [n.d.r. uno dei componenti del Collegio sindacale] *di approfondire se ad oggi esistevano gli strumenti necessari all'interno dello Statuto o del Regolamento appena approvato, per intervenire sui soci, sanzionandoli con sospensioni od eventuali espulsioni nel caso di affiliazione a piattaforme non approvate dal CDA,* [omissis]"[25];

(v) l'assemblea straordinaria si è poi svolta il 3 agosto 2017 e ha deliberato l'introduzione della lett. f) nell'art. 14.2 dello Statuto, che prevede l'esclusione del tassista "*che, pur rimanendo socio della cooperativa, aderisca ad altro soggetto titolare o gestore di diverso sistema tecnologico di intermediazione tra domanda e offerta del servizio taxi o, comunque, ne utilizzi le prestazioni*"[26].

36. Vale evidenziare che detti obblighi di non concorrenza vincolano tutti i tassisti aderenti a Taxi Torino, inclusi quei tassisti che, pur non essendo soci della cooperativa, usufruiscono del servizio di radiotaxi in qualità di meri utenti del servizio offerto. Al riguardo, l'art. 11 dello Statuto stabilisce che: "*è ammesso l'inserimento nell'organico della cooperativa di terzi non soci, denominati Utenti/Sostituti; essi sostituiranno i soci titolari di licenza*"; inoltre, essi "*avranno pari diritti e doveri e dovranno sottostare a tutti gli obblighi previsti per i soci, solo per le assegnazioni delle richieste di servizio, per tutte le altre formalità sarà competenza del titolare di licenza*"[27].

---

[22] Il riferimento è ai due casi avviati dall'Autorità - e all'epoca in corso - nei mercati dei servizi di raccolta e smistamento della domanda di taxi nei Comuni di Roma (I801A) e Milano (I801B).

[23] Cfr. doc. 12, all. 2.17, verbale dell'assemblea del 18 luglio 2017, enfasi aggiunta.

[24] Cfr. doc. 12, all. 2.8, mail del 19 luglio 2017, enfasi aggiunta.

[25] Cfr. doc. 12, all. 2.11, mail del 25 luglio 2017, enfasi aggiunta.

[26] Cfr. doc. 12, all. 2.24: verbale di assemblea straordinaria dei soci del 3 agosto 2107. Taxi Torino ha dunque posto *esplicitamente* un divieto di *tipo assoluto* per i soci ad aderire a Mytaxi o a utilizzarne le prestazioni.

[27] Anche l'art. 5 (*Utenti della cooperativa*) del Regolamento interno, al comma 2, prevede che "*Gli utenti* [terzi non soci] *avranno pari diritti e doveri e dovranno sottostare a tutti gli obblighi previsti per i soci nelle assegnazioni delle richieste di servizio*".

b) Le esclusioni dei tassisti deliberate ai sensi dell'art. 14.2, lett. f) dello Statuto

37. Allo scopo di applicare tempestivamente la nuova clausola di cui all'art. 14.2, lett. f), e dunque di escludere i soci che avevano aderito a Mytaxi, Taxi Torino ha commissionato ad una agenzia un'attività investigativa volta a verificare l'effettivo utilizzo da parte dei propri soci dei servizi offerti da Mytaxi, sia immediatamente prima del lancio della nuova *app* che almeno durante tutto il semestre successivo. Al riguardo, in una *mail* inviata il 28 settembre 2017 dall'agenzia investigativa a Taxi Torino si legge: "*Le trasmetto in allegato parte della documentazione relativa all'attività svolta fino ad oggi. All'interno della cartella troverà la tabella delle corse effettuate dove sono indicati i nominativi dei tassisti che hanno effettuato le corse e l'importo pagato* […]. *Per quanto riguarda il Signor* […] *evidenziamo che sia martedì 26.09 che mercoledì 27.09 lo stesso era presente all'Aeroporto di Torino Caselle con la vettura* […] *loggata MYTAXI. Abbiamo effettuato due corse serali per le quali è stata emessa ricevuta MYTAXI ove è indicato il nominativo del tassista* […] *ed il numero di licenza* […]". Alla *mail* sono allegate due "Tabelle corse" relative ai periodi 19-22 e 26-29 settembre 2017, prove fotografiche e ricevute delle corse effettuate[28].

38. In data 28 settembre 2017 Taxi Torino ha deliberato - ai sensi e per gli effetti della neo-introdotta lettera f) dell'articolo 14.2 - l'esclusione di tre soci per aver aderito a Mytaxi ed aver effettuato il servizio taxi sulla base di chiamate inoltrategli tramite l'app Mytaxi[29].

39. Dagli atti del procedimento risulta poi che i tre tassisti esclusi hanno fatto richiesta di mediazione presso l'ADR Piemonte[30] e che, in merito a tale richiesta, Taxi Torino, nel verbale del CdA del 30 novembre 2017, informava che "*il 7 dicembre 2017 vi sarà l'incontro di Mediazione presso l'Adr Piemonte* [con i soci esclusi] *nel quale incontro verrà richiesto il reintegro dei soci, quindi la revoca del provvedimento di esclusione e la modifica statutaria degli articoli che ne hanno consentito l'esclusione stessa*". Su tale punto il Consiglio di amministrazione della cooperativa all'unanimità deliberava "*di autorizzare il Presidente* […] *ad applicare integralmente lo statuto sociale in sede di mediazione presso l'Adr Piemonte e a non concedere accordi e tenere ferma la posizione presa in assemblea in merito all'esclusione e alla immodificabilità degli articoli statutari*"[31].

40. A distanza di oltre cinque mesi dalle prime investigazioni commissionate da Taxi Torino, volte a verificare la presenza di tassisti aderenti anche a Mytaxi tra i propri soci, in una *mail* del 12 febbraio 2018, inviata dalla medesima agenzia investigativa a Taxi Torino, si legge: "*vista la Vostra necessità di effettuare un'ulteriore attività investigativa come da mandato già sottoscritto e firmato in data 07.09.2017.Vi confermiamo che la nostra Società procederà ad effettuare per cinque giorni n. 5*

---

[28] Cfr. doc. 12, all. 2.13, *mail* del 28 settembre 2017 e allegati, enfasi aggiunta. Peraltro, dal verbale della riunione del CDA del 17 settembre 2017 risulta che uno dei soci, poi escluso, era stato per così dire "avvertito", venendo sospeso per 4 giorni dal servizio radiotaxi fornito dalla cooperativa per aver rimosso dalla propria vettura le placche distintive della cooperativa per sostituirle con quelle distintive di Mytaxi, in modo idoneo a pubblicizzare i servizi di quest'ultima in alternativa a quelli di Taxi Torino, così violando l'art.11 del Regolamento interno. Contestualmente, il predetto socio veniva avvisato, ai sensi dell'art. 33 del Regolamento, dell'obbligo di provvedere, entro le successive 24 ore dalla ricezione della delibera di sospensione, a ripristinare le placche della cooperativa, disponendosi, in difetto, la sospensione dal lancio delle corse fino all'adeguamento a quanto prescritto (cfr. doc. 12, all. 2.18).

[29] Cfr. doc. 12, all. 2.19, verbale del CDA del 28 settembre 2017.

[30] L'ADR Piemonte è l'Organismo di Mediazione che le Camere di Commercio piemontesi hanno costituito presso Unioncamere Piemonte per esercitare in forma associata le attività di mediazione, ai sensi degli artt. 2 e 6, comma 4, della L.580/1993.

[31] Cfr. doc. 12. all. 2.20, enfasi aggiunta.

corse giornaliere utilizzando l'App MY TAXI con lo scopo di verificare se i tassisti Soci della Cooperativa RADIO TAXI TORINO svolgono analoga attività anche per conto dell'azienda MYTAXI ITALIA S.r.l. violando il regolamento interno della Cooperativa"[32]. Dalla documentazione agli atti risulta che l'agenzia ha proseguito con la raccolta e l'invio alla cooperativa di ricevute delle corse effettuate dai tassisti suoi soci tramite l'app Mytaxi[33].

41. A seguito di questa nuova attività investigativa, in data 14 maggio 2018, Taxi Torino ha deliberato l'esclusione di altri tre soci, sempre ai sensi e per gli effetti dell'art. 14.2, lett. f), dello Statuto; anche in questo caso la motivazione dell'esclusione è il fatto che avessero aderito a Mytaxi ed effettuato il servizio taxi sulla base di chiamate inoltrategli tramite l'app Mytaxi[34].

42. Dalle informazioni fornite da Taxi Torino nel corso dell'istruttoria risulta che successivamente al maggio 2018 la cooperativa non ha più applicato l'art. 14.2, lett. f), dello Statuto[35].

c) La disciplina del recesso del socio e la sua applicazione

43. La disciplina del recesso del socio è contenuta nell'art. 14.1 dello Statuto di Taxi Torino, che stabilisce che, oltre che nei casi previsti dalla legge, può recedere il socio "*che abbia perduto i requisiti per l'ammissione*" (art. 14.1, lett. a); "*che non sia più in grado di partecipare al raggiungimento degli scopi sociali* (art. 14.1, lett. b).

44. Inoltre, contestualmente all'introduzione della specifica clausola di esclusione di cui all'art. 14.2, lett. f), Taxi Torino ha introdotto una clausola che stabilisce una specifica causa di recesso, prevedendo che può recedere il socio "*che motivi la domanda di recesso con la decisione di aderire ad altro soggetto titolare o gestore di diverso sistema tecnologico di intermediazione tra domanda e offerta del servizio taxi o di utilizzarne, comunque, le prestazioni*" (art. 14.1, lett. c))[36].

45. Infine, l'art. 14.1, ultimo capoverso, dello Statuto della cooperativa rinvia, per quanto non sia espressamente disposto a livello statutario, alla disciplina codicistica del recesso del socio di cui

---

[32] Cfr. doc. 12, all. 2.1, *mail* del 12 febbraio 2018, enfasi aggiunta.

[33] Cfr. doc. 12, all. 2.10: *mail* del 2 maggio 2018, con cui l'agenzia invia a Taxi Torino copia di una ricevuta di corsa effettuata. Inoltre, il Presidente in una mail del 20 aprile 2018 ad uno dei consiglieri di amministrazione, nell'inoltrare la richiesta di uno dei tassisti, poi escluso, di essere convocato in una data successiva a quella stabilita per la valutazione del proprio comportamento, commenta: *"così abbiamo il tempo per le mele.....marc[i]e"* (cfr. doc. 12, all. 2.9: mail del 20 aprile 2018).

[34] Cfr. doc. 12, all. 2.23, verbale del CDA del 4 maggio 2018.

[35] Cfr. docc. 54 e 105. Dagli atti risulta altresì che nel luglio 2019 Taxi Torino ha deliberato di sospendere l'applicazione dell'art. 14.2, lett. f), fino alla decisione del Consiglio di Stato sull'istanza di sospensiva della citata sentenza di primo grado, presentata dalla cooperativa con il ricorso in appello, comunicando ai soci che avrebbe dato loro notizia "*dell'esito di detta udienza* [cioè dell'udienza sulla sospensiva] *e della data di convocazione dell'assemblea dei soci, in relazione alla situazione che si determinerà a seguito della decisione del Consiglio di Stato*" (cfr. docc. 56.1 e 70.2). Come anticipato in Premessa, il Consiglio di Stato si è poi pronunciato definitivamente sull'appello di Taxi Torino nel marzo 2020, accogliendolo. Sempre dagli atti risulta altresì che nell'agosto 2019 Taxi Torino ha rigettato le istanze di reintegro dei tre tassisti esclusi a settembre 2017 (cfr. doc. 63.2).

[36] Cfr. doc. 12.2.24: verbale dell'assemblea straordinaria del 3 agosto 2017, cit. L'art. 14.1 dispone poi che: "*Il recesso non può essere parziale. Il recesso è ammesso per i soci in regola con gli impegni sociali e con i pagamenti dovuti a qualunque titolo alla società e deve essere motivato. Spetta all'organo amministrativo constatare la sussistenza dei motivi che legittimano il recesso. La dichiarazione di recesso deve essere comunicata alla cooperativa tramite PEC, ovvero con lettera raccomandata con avviso di ricevimento. (…)".*

all'art. 2532, stabilendo che: "*Trovano applicazione le procedure di legge disciplinate dall'art. 2532 C.C.*"[37].

46. Dalle informazioni fornite da Taxi Torino nel corso dell'istruttoria non risulta essere stato esercitato alcun recesso in applicazione della nuova clausola di cui all'art. 14.1, lett. c) (decisione di aderire ad altro soggetto titolare o gestore di diverso sistema tecnologico di intermediazione tra domanda e offerta del servizio taxi)[38].

Tuttavia, dal luglio 2017, ovvero dall'avvio dell'attività di Mytaxi a Torino, fino a febbraio 2020, si sono registrati numerosi recessi (pari a *[30-40]* nel 2017, *[60-70]* nel 2018, *[60-70]* nel 2019 e *[5-10]* nel 2020)[39], benché il numero di tassisti aderenti a Taxi Torino, in tale periodo, sia rimasto sostanzialmente invariato, essendo stato compensato da nuove adesioni[40].

47. In caso di recesso, Taxi Torino restituisce la quota sociale. Non è recuperabile la tassa di ammissione che ammonta, come indicato *infra*, a *[1.500-2.000]* euro[41].

d) Le condizioni economiche per l'uso del radiotaxi e dell'app Wetaxi

48. L'adesione alla cooperativa Taxi Torino e, dunque, l'utilizzo del relativo servizio radiotaxi, prevede a carico del tassista i seguenti costi fissi:

- una tassa di ammissione di *[1.500-2.000]* euro, rateizzabile in 24 mesi;
- una quota sociale pari a *[300-350]* euro annui, rateizzabile in 12 rate mensili;
- un canone mensile pari a *[150-200]* euro + IVA;
- una spesa pari a circa *[500-1.000/1.000-1.500]* euro per il tassametro, la scatola GPS, la stampante e la radio UHF[42].

49. Il costo per lo sviluppo ed integrazione del *software* Wetaxi della società terza Move Plus nel sistema di dispaccio corse Taxitronic è ammontato a *[70.000-80.000]* euro, esclusa IVA, ed è stato sostenuto nel periodo giugno-dicembre 2017 dalla cooperativa, senza alcun aumento del canone mensile dei singoli soci[43].

50. In base al contratto stipulato nel maggio 2017 da Taxi Torino con Move Plus, come modificato dal contratto integrativo e di *addendum* stipulato nel novembre 2017, il costo del servizio Wetaxi per l'utilizzo dell'app Wetaxi è interamente a carico della cooperativa[44].

---

[37] L'art. 2532 cc (*Recesso del socio*) reca: "*Il socio cooperatore può recedere dalla società nei casi previsti dalla legge e dall'atto costitutivo* (comma 1). *Il recesso non può essere parziale* (comma 2). *La dichiarazione di recesso deve essere comunicata con raccomandata alla società. Gli amministratori devono esaminarla entro sessanta giorni dalla ricezione. Se non sussistono i presupposti del recesso, gli amministratori devono darne immediata comunicazione al socio, che entro sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione, può proporre opposizione innanzi il tribunale* (comma 3). "*Il recesso ha effetto per quanto riguarda il rapporto sociale dalla comunicazione del provvedimento di accoglimento della domanda. Ove la legge o l'atto costitutivo non prevedano diversamente, per i rapporti mutualistici tra socio e società il recesso ha effetto con la chiusura dell'esercizio in corso, se comunicato tre mesi prima, e, in caso contrario, con la chiusura dell'esercizio successivo*" (comma 4).

[38] Cfr. docc. 54 e 105.

[39] Il dato è stato rilevato dal mese di luglio per l'anno 2017 e per i mesi di gennaio e febbraio per l'anno 2020.

[40] Cfr. docc. 54 e 105.

[41] Cfr. docc. 54 e 105.

[42] Cfr. docc. 54 e 105.

[43] Cfr. doc. 97. Il costo, inclusa IVA al 22%, è dunque pari a *[80.000-90.000]*.

[44] Nel dettaglio, esemplificando, nel caso di pagamento di una corsa di 10 euro a bordo (in contanti o con carta di credito), il cliente corrisponderà al tassista l'importo della corsa di 10 euro risultante dal tassametro e Wetaxi fatturerà alla

51. Il costo del servizio Wetaxi, inoltre, differisce a seconda che la corsa sia singola ovvero condivisa e, relativamente alla corsa singola, a seconda che il pagamento avvenga a bordo o tramite *app*. Nel caso di corsa singola con pagamento a bordo ovvero tramite *app* sono previste commissioni pari, rispettivamente, a *[0-5]* euro e a *[0-5]* euro per ogni corsa[45]. Nel caso di corsa condivisa con altri utenti, che effettuano percorsi tra loro compatibili, il costo della corsa tramite *app* è pari a *[0-5]* euro per ogni corsa[46].

IV.4 I rapporti tra la piattaforma Mytaxi e i tassisti aderenti

a) Le condizioni contrattuali per l'uso dell'app Mytaxi

52. Il rapporto tra Mytaxi e i tassisti aderenti è regolato sulla base: i) dei "*Termini e Condizioni Generali - Accordo per il servizio di segnalazione Free Now* [ex Mytaxi]" (di seguito l'Accordo); ii) dei "*Termini e Condizioni Generali di Utilizzo della App Free Now* [ex Mytaxi] *per i Tassisti*" (di seguito Termini e Condizioni di Utilizzo dell'app), disponibili sul sito aziendale. Inoltre, "*in aggiunta ai Termini e Condizioni Generali, si applicano le vigenti disposizioni della normativa italiana e le norme specifiche emanate dal Comune in cui il tassista svolge il proprio servizio di taxi*"[47].

53. In forza dell'Accordo e dei Termini e Condizioni di Utilizzo dell'app:

(a) il tassista deve registrarsi presso Mytaxi, fornendo i dati e le informazioni richieste, prima dell'utilizzo dell'app;

(b) i tassisti registrati a Mytaxi non sono soggetti a clausole di non concorrenza nei confronti di altre forme di procacciamento della domanda; essi assumono unicamente l'impegno di accettare un passeggero che usa l'app Mytaxi quando l'app è accesa e il veicolo è libero[48];

(c) il recesso è esercitato con comunicazione scritta, senza necessità di addurre motivi e con effetto immediato[49]. Per il tassista è sufficiente la disinstallazione del *software* dell'app Mytaxi dal proprio dispositivo.

---

cooperativa la commissione relativa alla corsa, che sarà completamente a carico della cooperativa. Nel caso di pagamento di una corsa di 10 euro tramite *app*, il tassista, dopo l'invio della fattura mensile elettronica alla cooperativa, riceverà l'intero importo della corsa di 10 euro a *[omissis]* giorni. Come precisato nell'art. 13 del contratto, Wetaxi pagherà alla cooperativa l'importo della corsa trattenendo il costo dell'applicazione. Le spese di incasso e la commissione del servizio saranno pagate a Wetaxi sempre dalla cooperativa (cfr. doc. 97).

45 Cfr. doc. 97.1

46 Cfr. doc. 97.1, cit.

47 La premessa dei Termini per l'utilizzo delle app reca "*L'utente è soggetto alla normativa applicabile nell'ambito dell'utilizzo dei servizi Mytaxi, in particolare per quanto riguarda le leggi e i regolamenti locali che disciplinano lo svolgimento del servizio taxi, nonché i regolamenti sul sistema tariffario. La prenotazione di un taxi può essere accettata solo nella misura in cui ciò sia permesso e conforme alle vigenti previsioni normative*". V. anche la premessa dell'Accordo.

48 In particolare il punto 2.4 dell'Accordo reca "*l'operatore deve essere pronto ad accettare potenziali passeggeri nelle vicinanze che utilizzano il software Free Now, l'operatore si impegna, conformemente alle disposizioni della normativa di volta in volta applicabile, ad accettare richieste di taxi a lui assegnate, a condizione che il software Free Now sia attivato e il veicolo libero*". Ugualmente, il punto 3.4 dei termini per l'utilizzo delle *app* prevede che: "*poiché l'utente viene indicato, tramite l'app Free Now, come un potenziale conducente ai potenziali passeggeri, qualora esso si trovi nelle loro vicinanze, si impegna, in conformità con le vigenti disposizioni di legge, ad accettare le chiamate allo stesso indirizzate, a condizione che l'app Free Now sia attiva e il suo veicolo disponibile*". Il punto 2.5 dell'Accordo reca: "*l'operatore si impegna altresì ad assicurare che lo status del proprio taxi (libero o occupato) nel software Free Now sia sempre corretto, in modo tale che il potenziale passeggero possa sempre vedere lo status attuale del taxi utilizzando il software Free Now*". V. anche doc. 3.

49 Cfr. art. 9 dell'Accordo.

Quanto ai costi:

(d) non è previsto alcun costo legato all'adesione alla piattaforma[50];

(e) i tassisti pagano alla piattaforma solo una commissione per ogni corsa portata a termine, che attualmente a Torino è pari al 10%[51];

(f) non sono previsti costi di cancellazione/uscita[52].

54. Mytaxi, inoltre, monitora la condotta dei tassisti nei confronti dei clienti tramite il servizio di *rating* offerto ai passeggeri dalla piattaforma[53].

b) Le condizioni economiche per l'uso dell'app Mytaxi

55. Per quanto concerne l'entità della commissione, Mytaxi, nel corso del procedimento, ha precisato che: (i) essa è stabilita centralmente dalla casa madre sulla base di valutazioni strategiche e ha valenza nazionale (al pari, di regola, delle commissioni applicate negli altri paesi europei in cui opera Mytaxi). Pertanto, non vi è un adattamento della politica commerciale di Mytaxi agli specifici mercati rilevanti nell'ambito del singolo Stato membro; (ii) inoltre, la commissione tiene conto del fatto che Mytaxi sostiene i costi per le commissioni di pagamento tramite carta di credito[54]; (iii) la commissione applicata in Italia è comunque più bassa di quella applicata nelle altre nazioni europee in cui opera Mytaxi, eccetto la Germania e la Romania[55].

IV.5 L'attività di raccolta e smistamento della domanda del servizio taxi

56. La raccolta e lo smistamento della domanda del servizio taxi rappresentano attività necessarie a mettere in contatto gli utenti del servizio di trasporto taxi con i fornitori di tale servizio, ovverosia i tassisti.

57. In linea con i precedenti dell'Autorità[56], si osserva che tale attività viene realizzata mediante i tradizionali canali diretti (la richiesta diretta di taxi in transito, nei posteggi e alle colonnine) e le

---

[50] Cfr. docc. 51 e 104. Inoltre, dal sito *internet* (*https://it.mytaxi.com/tassisti.htm*l) risulta espressamente: *"senza costi fissi di registrazione… non ci sono spese fisse né quote mensili o annuali"*. Il punto 1 dei termini per l'utilizzo dell'*app* reca che il software dell'*app Free Now*: "*viene messo a disposizione da parte di Free Now tramite dispositivi abilitati alla navigazione internet, come gli smartphone (…)*" e "*il necessario accesso ad internet non rientra tra i servizi del software. L'utente è l'unico responsabile e sostiene i costi in relazione all'accesso a internet, ai requisiti tecnici, alla configurazione e alla funzionalità del dispositivo per l'utilizzo dell'applicativo e l'aggiornamento del relativo software*". V. anche doc. 3.

[51] Cfr. docc. 51 e 104. La commissione comprende anche il costo delle commissioni bancarie per i pagamenti delle corse effettuati con le carte di credito. Il punto 5 dell'Accordo stabilisce che: "*L'operatore paga una commissione di segnalazione per ciascun passeggero per il quale ha effettuato con successo una corsa grazie all'uso del software Free Now, il cui ammontare è tratto dal listino prezzi pubblicato su www.mytaxi.com*". All'interno dell'*app* ciascun tassista trova il riepilogo dei compensi percepiti per le corse effettuate, al netto della *fee* da pagare alla *app*. Il riepilogo è inviato al tassista settimanalmente.

[52] Cfr. docc. 51 e 104.

[53] Il punto 9 dei Termini per l'utilizzo dell'*app* prevede che: "*L'utente presta il proprio consenso a concedere ai passeggeri, ai quali ha fornito i propri servizi, il diritto di valutare i servizi forniti tramite l'app Mytaxi (riguardanti conducente e veicolo). L'utente, inoltre, acconsente alla pubblicazione delle suddette valutazioni in modalità non anonima sulla homepage www.mytaxi.com e nel software per tutto il periodo di partecipazione dell'utente al servizio Mytaxi*".

[54] Commissioni che ammontano a circa il 2% o anche più nel caso della carta American Express. Peraltro, la commissione applicata in Italia è stata aumentata per la prima volta dal 7% al 10% nel maggio 2019 dopo quattro anni di attività in tale Paese.

[55] Cfr. doc. 51 e 104, risposte alle richieste di informazioni e doc. 47, verbale di audizione.

[56] Cfr. casi I801A (Roma) e I801B (Milano), provvedimenti nn. 27244 e 27245 del 27 giugno 2018, confermati dal Consiglio di Stato, rispettivamente con sentenze nn. 7991 del 14 dicembre 2020 e 8061 del 15 dicembre 2020, e sentenze nn. 3501, 3502 e 3503 del 4 giugno 2020.

piattaforme di intermediazione (inclusive sia delle centrali radiotaxi sia delle più innovative piattaforme basate su applicazioni *software* dedicate).

58. Per quanto riguarda nello specifico il Comune di Torino, nella categoria delle piattaforme d'intermediazione rientrano il servizio radiotaxi di Taxi Torino, l'app Mytaxi e l'app Wetaxi, sviluppata dalla *start up* Move Plus S.r.l. per Taxi Torino sulla base di un contratto di esclusiva stipulato nel maggio 2017 e integrato nel novembre 2017[57].

Nel prosieguo verranno descritti in dettaglio i singoli canali di raccolta e smistamento della domanda.

a) I canali di raccolta e smistamento della domanda

59. Come anticipato, i canali di raccolta e smistamento delle corse taxi possono essere suddivisi in due categorie principali, di seguito descritte.

a.1) I canali diretti

60. Si tratta dei canali tradizionalmente utilizzati, che prevedono la richiesta diretta da parte dell'utenza di un taxi in transito o nei posteggi oppure la chiamata telefonica alle colonnine situate nei posteggi. A Torino un ridotto numero di tassisti utilizza solo i canali diretti, poiché non aderisce a nessun tipo di piattaforma di intermediazione (radiotaxi o *app*), c.d. "tassisti indipendenti", e opera in genere nei posteggi vicini ai grandi attrattori di traffico (stazioni, aeroporti, grandi alberghi, ecc.).

a.2) Le piattaforme di intermediazione

61. In questa categoria rientrano sia i servizi gestiti dalle centrali radiotaxi, sia le piattaforme basate su applicazioni *software* dedicate. In tutti questi casi, infatti, seppur con modalità differenti, le chiamate degli utenti vengono acquisite e smistate dall'intermediario.

62. La domanda di tali servizi, da un versante, è rappresentata dai tassisti (che si possono convenzionare ai vari sistemi di procacciamento della domanda) e, dall'altro versante, dai clienti finali che vogliono utilizzare il taxi. Si tratta dunque di un tipico sistema "a due versanti".

a.2.1) I radiotaxi

63. Il servizio tramite radiotaxi funziona attraverso una centrale operativa che riceve le richieste telefoniche, ricerca via radio e localizza, tra i taxi aderenti al servizio, quello disponibile più vicino al luogo del prelevamento dell'utente al momento della chiamata, assegnandogli la corsa[58]. Tutti i rapporti con l'utente sono gestiti dalla centrale, la quale comunica all'utente la sigla del taxi in arrivo e il tempo che il taxi impiegherà per giungere sul luogo del prelevamento.

64. Oltre a smistare le chiamate provenienti dai singoli utenti, le imprese/cooperative che offrono servizi radiotaxi sottoscrivono anche convenzioni con diverse tipologie di clienti *business* come: aziende, amministrazioni ed enti pubblici, studi professionali e singoli professionisti, strutture alberghiere/ristoranti. Ai clienti convenzionati i radiotaxi offrono generalmente una serie di servizi quali: la fatturazione delle corse, anche personalizzata secondo le esigenze del cliente; l'installazione

---

[57] A Torino non è presente il numero unico comunale e le *app* sviluppate da consorzi di centrali radiotaxi (tipo, *itTaxi*, *appTaxi*) sono utilizzate dalle centrali radiotaxi consorziate: pertanto, ad essi non si faranno ulteriori riferimenti nel prosieguo del provvedimento.

[58] Diversi gestori di radiotaxi non utilizzano più le frequenze radio (impiegate oramai come mera infrastruttura di *back-up*) e si sono dotati di un *software* che utilizza la tecnologia GPRS/GSM, che tramite GPS localizza la posizione dei tassisti.

presso la sede del cliente (spesso alberghi e ristoranti) di *modem* per chiamare il taxi con un canale preferenziale; l'utilizzo dei buoni taxi; promozioni commerciali con sconti sulle tariffe[59].

a.2.2) Le piattaforme di raccolta e smistamento tramite app

65. Nel caso delle piattaforme che funzionano tramite *app*, lo smistamento delle corse avviene attraverso la funzione di geolocalizzazione[60], che consente di individuare in ogni momento il tassista più vicino all'utente che cerca il taxi; i passeggeri richiedono un taxi attraverso l'app installata sullo *smartphone* (o altro dispositivo mobile) e i tassisti ricevono la richiesta sulla loro *app*[61]. Oltre alla prenotazione, l'app Mytaxi offre la possibilità di pagare direttamente tramite il dispositivo mobile, nonché di accedere a un sistema di *rating* dei tassisti che consente ai passeggeri di valutare la qualità complessiva del servizio[62].

66. Anche molti gestori di radiotaxi, come la cooperativa Taxi Torino, hanno iniziato a usare, accanto alla tecnologia che funziona tramite ricezione telefonica delle chiamate, modalità di dispacciamento aggiuntive, incluse *app* dedicate per dispositivi mobili basate sulla geolocalizzazione. Anche l'app Wetaxi è in grado di offrire, oltre alla prenotazione del taxi, altri servizi come la possibilità di pagare il taxi dal proprio *smartphone* o di effettuare una recensione sul servizio[63].

67. Dal lato del consumatore finale, il servizio tramite *app* offerto dal segnalante Mytaxi presenta modalità di funzionamento sostanzialmente analoghe a quelle del servizio reso dalle *app* dedicate utilizzate anche da molti radiotaxi, poiché in entrambi i casi il consumatore installa sul proprio dispositivo mobile un'applicazione *software* con funzione di geolocalizzazione.

68. Dal lato dei tassisti, invece, vi sono delle differenze tra il servizio offerto da una centrale radiotaxi anche tramite *app* e quello offerto dall'app Mytaxi. Innanzitutto, per usare Mytaxi i tassisti non devono acquistare l'attrezzatura *hardware* richiesta dal radiotaxi, ma è sufficiente installare l'apposito *software* (l'app dedicata) su qualsiasi dispositivo mobile o *tablet.* I tassisti soci delle cooperative radiotaxi, invece, per usare i dispositivi *app* offerti dalle stesse devono disporre anche dello strumentario tradizionale. Inoltre, i tassisti aderenti ad un radiotaxi che prevede l'esclusiva sono tenuti a mettere a disposizione del radiotaxi la loro intera capacità (in termini di numero di corse), ad eccezione delle corse acquisite mediante i canali diretti, a prescindere dalla tecnologia di dispacciamento delle corse utilizzata.

a.2.3) La competizione tra piattaforme d'intermediazione

69. Tutte le piattaforme di intermediazione (a prescindere dalla tecnologia di dispacciamento utilizzata, linee telefoniche, *app* o altro) competono tra loro sia dal lato dell'utenza finale sia dal lato dei tassisti.

---

[59] Cfr. doc. 19; v. anche *www.taxitorino.it.*

[60] Si tratta del processo che, in genere attraverso l'uso di un GPS, consente di determinare la posizione geografica di un utente connesso a *internet* con dispositivi portatili come *smartphone* e *tablet*.

[61] Dopo che un tassista ha accettato la richiesta di un utente, il primo vede posizione e nome del cliente, mentre i clienti vedono nome, targa e foto del tassista, così come il tempo stimato per il suo arrivo, e possono seguire l'approssimarsi del taxi su una mappa interattiva.

[62] Come risulta dai "*Termini e Condizioni Generali di Utilizzo della App Free Now [ex Mytaxi] per i Tassisti*", disponibili sul sito aziendale.

[63] Come si evince dalle informazioni disponibili sui siti aziendali di Taxi Torino e di Wetaxi; vedi anche doc. 97.

70. Con riferimento agli utenti finali, esse competono differenziandosi in base alla qualità del servizio[64] e al tipo di promozioni alla clientela. Al riguardo, si osserva come il segnalante Mytaxi, sin dal suo ingresso sul mercato, abbia lanciato diverse campagne promozionali sia a favore degli utenti (sconti tariffari) che a favore dei tassisti (conferimento di alcuni *benefit* al raggiungimento di determinati quantitativi di corse) finalizzate al loro convenzionamento. Anche Taxi Torino, come risulta ad esempio dal sito aziendale, ha talvolta effettuato promozioni a favore sia dei clienti che dei tassisti aderenti[65].

71. Dal punto di vista della domanda proveniente dagli utenti finali, inoltre, la competizione tra piattaforme tiene conto del fatto che vi sono utenti del servizio taxi che utilizzano indifferentemente i vari canali di raccolta e smistamento, pur permanendo alcune categorie di consumatori finali che preferiscono rivolgersi a uno o più canali specifici (ad es. chi non possiede uno *smartphone* o non utilizza spesso le *app* si rivolge ai radiotaxi).

72. Dal lato dei tassisti, le piattaforme competono tra loro differenziandosi in base alle condizioni economiche previste per l'utilizzo delle stesse e ai servizi offerti.

73. Dal punto di vista della domanda proveniente dai tassisti, inoltre, un tassista che aderisce alla piattaforma di Mytaxi è libero di scegliere quanta parte della propria capacità produttiva destinare ad essa – si tratta cioè di una piattaforma "aperta" – mentre i tassisti aderenti a piattaforme "chiuse" lavorano esclusivamente, o in modo assai prevalente, per la piattaforma cui hanno scelto di aderire. Ciò implica che i tassisti che aderiscono a Mytaxi e scaricano l'app (c.d. tassisti registrati) possono utilizzare simultaneamente più canali di raccolta della domanda e più piattaforme di intermediazione; ciascun tassista decide liberamente, ogni giorno, se e con quale frequenza acquisire corse dall'app Mytaxi durante il turno. Non tutti i tassisti aderenti a Mytaxi, dunque, utilizzano l'omonima *app* con la stessa frequenza.

74. Proprio la natura di piattaforma "aperta" di Mytaxi rende necessario introdurre una distinzione tra: (i) tassisti "registrati", ovvero tassisti che hanno scaricato l'app Mytaxi; (ii) tassisti "affiliati", ovvero che usano l'app Mytaxi sporadicamente[66]; ed infine (iii) tassisti "attivi", ovvero che la usano almeno una volta per turno. È importante notare che la frequenza di utilizzo dell'app viene decisa liberamente dai singoli tassisti, che possono utilizzare l'app integrando le richieste provenienti dagli altri canali di raccolta della domanda, in modo da aumentare le opportunità di lavoro e ottimizzare la propria produttività.

75. In definitiva, rispetto ad un modello basato su piattaforme di intermediazione "chiuse" - quale quello adottato da Taxi Torino, che fa affidamento solo sulla propria rete di tassisti, di dimensione sostanzialmente fissa e vincolata, anche tramite clausole statutarie di non concorrenza, a soddisfare tutte le corse che provengono dal radiotaxi e dall'app Wetaxi - in un modello su piattaforme "aperte", come quello adottato da Mytaxi, i tassisti aderenti possono decidere, in ogni momento, in base all'andamento congiunturale e alla localizzazione della domanda, quando accendere l'app e mettere a disposizione della piattaforma una quota variabile della propria capacità (in termini di corse).

76. Tuttavia, condizione necessaria al funzionamento di una piattaforma "aperta" è che ciascun tassista sia libero di affiliarsi ad essa per essere concretamente in grado di offrire, nei modi e tempi

---

[64] In termini di tempi di attesa, confort delle vetture, ecc..

[65] Cfr., ad esempio, *www.taxitorino.it*; *www.wetaxi.it*.

[66] *Almeno* una volta al mese e *meno di* una volta per turno.

prescelti, una quota della propria capacità, integrando l'offerta proveniente dagli altri canali di raccolta.

a.2.4) Ulteriori elementi sulla sostituibilità tra piattaforme

77. Il segnalante Mytaxi ha commissionato a una primaria società indipendente di ricerche di mercato – la SWG S.p.A.[67] – un'indagine volta a verificare se i servizi offerti dalle *app* e dai radiotaxi tradizionali siano percepiti o meno come interscambiabili sia dal lato dei tassisti che dal lato degli utenti finali. L'indagine presenta i dati relativi ad un campione nazionale ma ha anche un *focus* dedicato al mercato torinese. In data 6 febbraio 2020 Mytaxi ha trasmesso agli Uffici dell'Autorità l'indagine, che è stata pertanto inserita agli atti del procedimento[68].

78. L'indagine, per entrambi i versanti della domanda di servizi offerti dalle piattaforme di raccolta e smistamento della domanda di servizi taxi, è stata condotta tramite interviste personali[69] volte a conoscere: *i)* i comportamenti prevalenti sia dal punto di vista del profilo tecnologico che delle abitudini di gestione/utilizzo del servizio taxi; *ii)* le modalità ritenute più appropriate per soddisfare i bisogni di traporto; *iii)* la percezione in termini di sostituibilità dei servizi offerti tramite radiotaxi e *app* di mobilità (aperte o chiuse); *iv)* l'ancillarità, infine, dei servizi offerti dalle *app* aperte rispetto ai servizi radiotaxi tradizionali.

79. Per quanto concerne i tassisti, l'indagine ha consentito di verificare che le *app* di mobilità nel lavoro di tassista sono considerate un vantaggio da oltre l'80% dei tassisti intervistati (l'88% dei tassisti torinesi). Per oltre la metà dei tassisti intervistati (il 66% di quelli torinesi), queste *app* hanno cambiato in meglio il loro lavoro determinando un incremento della clientela, una maggiore velocità e rapidità nel gestire il servizio e più facilità/semplicità di utilizzo del servizio. I principali vantaggi derivanti dalla presenza di una pluralità di fonti di procacciamento della domanda consistono nella possibilità di intercettare più clienti, riducendo i tempi di attesa tra una corsa e quella successiva (circa il 68% degli intervistati, circa il 72% dei tassisti torinesi) e nell'effettivo aumento del lavoro e, di conseguenza, del reddito (circa il 59% degli intervistati, circa il 62% dei tassisti torinesi[70]).

80. Per poco più del 53% dei tassisti intervistati, affidarsi ai centralini radiotaxi oppure alle *app* per procacciarsi clienti è equivalente, poiché l'importante per il tassista è essere raggiungibili dai clienti, tale percentuale sale a circa il 57% per i tassisti torinesi.

Analoga è la percentuale (57%) di tassisti torinesi che, con riferimento alla sostituibilità tra *app*, ritiene che *app* sviluppate da centrali radiotaxi come Wetaxi e *app* aperte indipendenti come Mytaxi

---

[67] SWG S.p.A. è una società fondata a Trieste nel 1981, che progetta e realizza ricerche di mercato, di opinione, istituzionali, studi di settore e osservatori, analizzando e integrando i *trend* e le dinamiche del mercato, della politica e della società. Ha sede, oltre che a Trieste, anche a Milano e Roma ed è membro di ASSIRM, ESOMAR, MSPA ed EphMRA (Sistema di gestione certificato ai sensi della norma UNI EN ISO 9001:2015).

[68] Cfr. docc. 87 e allegati 87.1, 87.2, 87.3 e 87.4.

[69] Le interviste ai tassisti sono state eseguite con metodologia CAPI (*computer assisted personal interviewing*: indagine svolta di persona dove l'intervistatore legge le domande all'intervistato e registra le risposte su un *tablet*, tramite un apposito *software*) su un campione di 206 tassisti operanti in sei capoluoghi di regione con più di 250.000 abitanti di cui 42 a Torino. Le interviste ai consumatori hanno interessato 2.761 individui maggiorenni residenti nei centri urbani italiani (> di 30.000 abitanti) con metodologia mista CATI-CAWI (CATI: *Computer Assisted Telephone Interviewing*: indagine svolta telefonicamente dove l'intervistatore legge le domande all'intervistato e registra le risposte su un *computer*, tramite un apposito *software*; *Computer Assisted Web Interview*: indagine autocompilata svolta *online* dall'intervistato in autonomia), di cui 506 realizzate a residenti nel Comune di Torino.

[70] Le percentuali del 59% e del 62% comprendono sia le risposte "molto" che le risposte "abbastanza" (per Torino, corrispondenti al 19% e a circa il 43%), dando comunque un giudizio positivo in termini di vantaggiosità.

siano equivalenti e interscambiabili (la percentuale è intorno al 50% se si considera il totale degli intervistati).

81. Per quanto concerne poi i servizi aggiuntivi offerti ai tassisti da alcune *app* aperte (ad es. convenzioni bancarie, intermediazione con il cliente morosi, ecc.), la maggioranza dei tassisti intervistati (circa il 69%) ritiene che questi servizi siano utili ma accessori; la percentuale per i tassisti torinesi è di circa il 48%, a fronte di un 7% che non sa fornire una risposta e di un 45% che li considera invece fondamentali ai fini dell'uso dell'app.

82. Passando ai risultati dell'indagine relativi al versante della domanda rappresentato dall'utenza finale del servizio taxi, emerge che radiotaxi e *app* sono considerati canali equivalenti da oltre il 70% degli intervistati, nonché metodi interscambiabili da oltre il 75% di essi (sia per gli utenti diretti, sia per coloro che non usano questi servizi). A Torino, in particolare, oltre il 53% degli intervistati che usa il taxi dichiara di utilizzare sia il numero del radiotaxi sia le *app* quando è alla ricerca di un taxi.

83. Con specifico riferimento poi alla sostituibilità tra *app,* sia per gli utenti diretti sia per coloro che non usano questi servizi, le varie *app* - di proprietà o utilizzate dalle centrali radiotaxi o indipendenti come Mytaxi - sono percepite come interscambiabili (circa 67%), da scegliere a seconda delle necessità. Tale percentuale sale a circa il 74% a Torino[71].

84. Per quanto concerne poi i servizi aggiuntivi (ad es. geolocalizzazione, associazione della carta di credito alla *app* per i pagamenti, conoscenza in anticipo dell'identità del tassista, ecc.) offerti dalle *app* di mobilità ai propri utenti, essi sono percepiti da oltre il 50% degli utenti come utili ma accessori.

85. In conclusione, quindi, con riferimento a entrambi i versanti della domanda di procacciamento di corse – il versante dei tassisti e quello degli utenti finali – l'indagine di mercato condotta da SWG individua una sostituibilità tra piattaforme, siano esse piattaforme tradizionali come le centrali radiotaxi o piattaforme *online.*

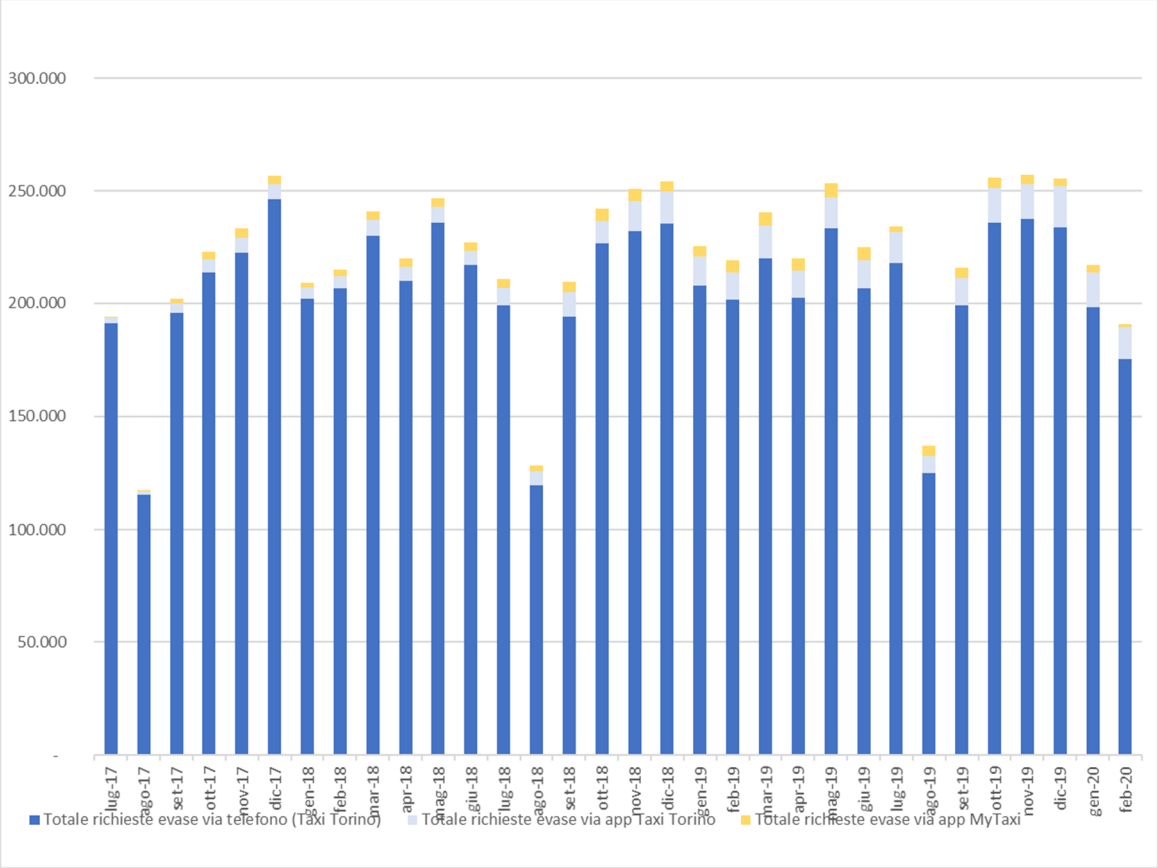
86. A confermare ulteriormente tale sostituibilità tra i due canali concorre l'analisi dei dati - forniti da Taxi Torino e da Mytaxi nel corso dell'istruttoria - sull'andamento delle richieste di corse taxi evase a Torino tramite il canale radiotaxi e tramite il canale *app*, su base mensile, nel periodo luglio 2017/febbraio 2020[72]. Da tali dati, depurati per l'effetto di stagionalità presente in alcuni mesi dell'anno (in particolare quelli estivi), emerge non solo che, nel tempo, pur a fronte di una prevalenza delle corse tramite centrale telefonica, le richieste evase via *app* siano proporzionalmente aumentate rispetto a quelle evase via telefono, ma anche - e soprattutto - un travaso delle corse dal canale radiotaxi a quello *app*, lento ma costante, sia a favore dell'app Wetaxi gestita dalla cooperativa sia dell'app Mytaxi, pari a oltre il 5%. Questo travaso appare attestare una concreta sostituibilità tra le due tipologie di canali per gli utenti finali, che utilizzano in maniera indistinta sia l'uno che l'altro. Per Mytaxi, tra l'altro, deve evidenziarsi che il travaso è ampiamente sottodimensionato in considerazione della circostanza che tale piattaforma è in grado di soddisfare una percentuale ridotta della domanda dei suoi utenti (su questo cfr. *infra* sez. b.2).

---

[71] Sia per gli utenti sia per coloro che non usano *app* di mobilità, queste applicazioni e tecnologie legate ai servizi di mobilità sono percepite come utili per i cittadini (oltre il 70%).

[72] Cfr. rispettivamente docc. 54 e 105, 51.4 e 104.2.

Grafico 1: andamento servizi di intermediazione taxi nella città di Torino nel periodo luglio 2017-febbraio 2020



Fonte: elaborazioni AGCM su dati forniti dalle Parti

Tab. 1 Travaso dal canale radiotaxi al canale app nella città di Torino nel periodo luglio 2017-febbraio 2020

Anno	% richieste evase via telefono	% richieste evase da Mytaxi	%richieste evase da Taxi Torino via app
Media 2017	*[95-100]%*	*[1-5]%*	*[1-5]%*
Media 2018	*[90-95]%*	*[1-5]%*	*[1-5]%*
Media 2019	*[90-95]%*	*[1-5]%*	*[5-10]%*
Media 2020	*[90-95]%*	*[1-5]%*	*[5-10]%*

Fonte: elaborazioni AGCM su dati forniti dalle Parti

b) La dimensione dell'offerta a Torino e la posizione delle Parti

87. Torino è la quarta città italiana per numero di licenze taxi, pari a 1.501 licenze[73]; l'offerta complessiva di taxi è rimasta sostanzialmente invariata dal 2006[74].

b.1) La posizione di Taxi Torino

88. Nel periodo considerato dall'istruttoria, ovvero dall'avvio dell'attività di Mytaxi a Torino fino a febbraio 2020[75], i tassisti in media aderenti a Taxi Torino sono stati *[1.400-1.500]* per il 2017 e per il 2018, [1.400-1.500] per il 2019 e *[1.400-1.500]* per il 2020[76]. Pertanto, Taxi Torino ha detenuto una quota di mercato sostanzialmente stabile e pari a oltre il *[90-95*]% delle licenze presenti a Torino in ciascun anno del periodo considerato[77].

89. Da luglio 2017 fino a febbraio 2020 il numero di tassisti aderenti al radiotaxi è aumentato di *[5-10]* unità[78]. Il saldo tra tassisti in uscita e tassisti in entrata registrato da Taxi Torino è stato lievemente negativo e pari a - *[1-5]* unità per il 2017, a - *[5-10]* unità per il 2018, nullo per il 2019 e lievemente positivo e pari a + *[5-10]* unità per il 2020[79].

90. L'analisi del numero di corse, ricevute ed evase da Taxi Torino nel periodo luglio 2017/febbraio 2020, su base mensile (chiamate telefoniche e chiamate via *app*), evidenzia che, in media, nel corso degli anni 2017, 2018, 2019 e 2020, i tassisti aderenti a Taxi Torino hanno evaso, rispettivamente, *[200-210 mila*], *[210-220 mila*], *[220-230 mila]* e *[200-210 mila]* corse al mese, pari - per ciascun anno considerato - al *[95-100*]% del totale delle richieste di corse ricevute[80]. In particolare, ciascun tassista di Taxi Torino ha effettuato, nel periodo considerato, un numero medio mensile di corse compreso tra 140 e 160 corse[81].

b.2) La posizione di Mytaxi

---

[73] Fonte: Autorità di Regolazione dei Trasporti. Settimo Rapporto annuale al Parlamento, 24 luglio 2020, disponibile su *http://www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2018/09/RA-ART_2018.pdf*., da cui risulta che il numero di licenze taxi attive a Torino al 31 dicembre 2018 era pari a 1.501.

[74] Fonte: Autorità di Regolazione dei Trasporti. Settimo Rapporto annuale al Parlamento, 24 luglio 2020, cit.

[75] Tutti i dati e le informazioni sono aggiornati al 29 febbraio 2020 coerentemente con la data delle richieste istruttorie.

[76] Cfr. docc. 54 e 105, risposte di Taxi Torino a richieste di informazioni. Per il 2017 il dato è stato rilevato da luglio e per il 2020 per i mesi di gennaio e febbraio. I dati riportati nel presente paragrafo e nei paragrafi seguenti sono stati forniti dalla Parte o costituiscono elaborazioni su dati forniti dalla Parte.

[77] Le quote sono state calcolate come rapporto tra il numero di tassisti aderenti a Taxi Torino nei vari anni (media dei dati mensili) e il numero totale di licenze taxi disponibili a Torino; per il 2017 il dato è stato rilevato da luglio e per il 2020 fino a febbraio.

[78] Cfr. docc. 54 e 105, cit. Si tratta della differenza tra il numero di tassisti a luglio 2017 e quello a febbraio 2020.

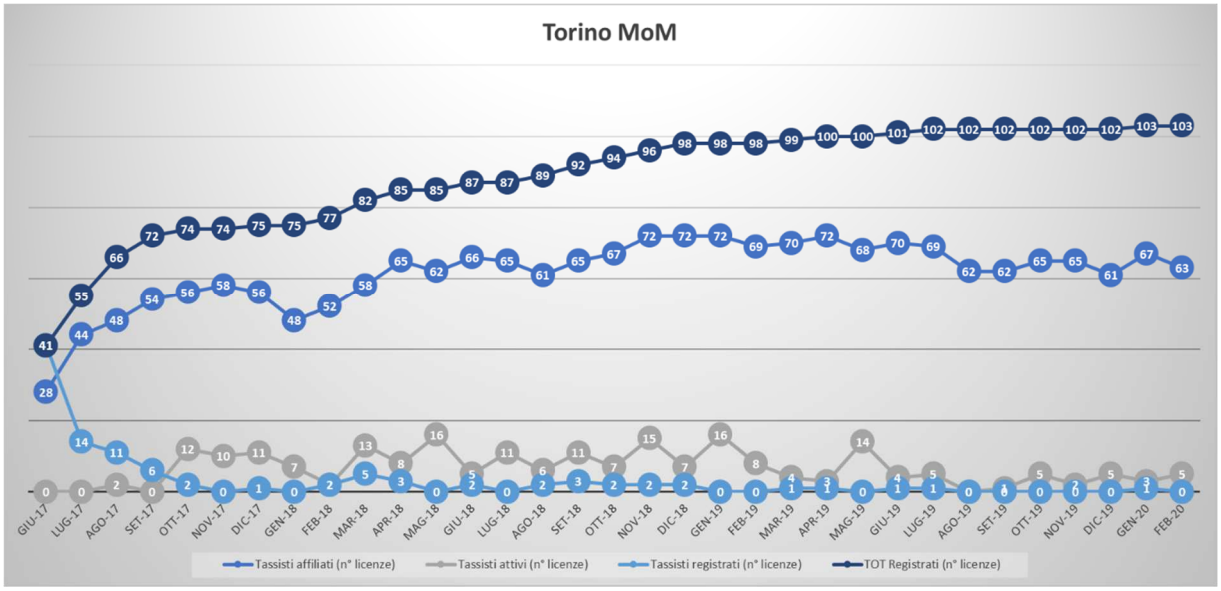
[79] Il saldo riguarda per il 2017 il periodo luglio-dicembre, per il 2018 e 2019 l'intero anno e per il 2020 i mesi di gennaio e febbraio.

[80] Cfr. docc. 54 e 105, risposte a richieste di informazioni.

[81] In particolare, *[140-150]* corse nel 2017 (media su 6 mesi), per un totale di *[800-900]* corse per tassista, *[150-160]* corse nel 2018, per un totale di *[1.800-1.900]* corse per tassista, *[150-160]* corse nel 2019, per un totale di *[1.900-2.000]* corse per tassista, e *[140-150]* nel 2020 (media dei primi due mesi dell'anno) per un totale di *[250-300]* corse per tassista.

91. Mytaxi ha fornito i dati relativi al numero dei tassisti registrati (valore totale e variazione mensile), affiliati e attivi a Torino dal giugno 2017 al febbraio 2020, che vengono riportati nel grafico seguente[82]:

Grafico 2: Tassisti registrati, affiliati e attivi con MyTaxi nel periodo giugno 2017-febbraio 2020



Fonte: Mytaxi

92. Da tali dati emerge che, per quanto concerne le registrazioni alla piattaforma di Mytaxi:
- a giugno 2017, nella fase di pre-lancio della propria *app* a Torino, vi sono state 41 registrazioni a Mytaxi; dopo la modifica statutaria dell'agosto 2017 e le espulsioni dei tassisti, vi è stato una netta caduta del numero delle nuove registrazioni mensili. In numerosi mesi le nuove adesioni a Mytaxi sono state pari a zero (novembre 2017; gennaio, maggio e luglio 2018; gennaio, febbraio e maggio 2019, agosto-dicembre 2019 e febbraio 2020);
- dal suo ingresso a Torino (giugno 2017) al febbraio 2020 si sono registrate a Mytaxi solo 103 licenze (corrispondenti a 106 tassisti), pari a meno del 7% di tutte le licenze attive a Torino.

L'analisi dei dati relativi ai tassisti che hanno utilizzato l'app evidenzia inoltre che:
- i tassisti affiliati e i tassisti attivi non hanno mai superato, dal lancio dell'app, rispettivamente il 4,8 % e l'1% del totale delle licenze[83];
- il numero dei tassisti affiliati e attivi, rispetto al numero dei tassisti registrati, è diminuito: dall'ottobre 2017 (ovvero a seguito delle prime esclusioni) al febbraio 2020 il numero degli affiliati

[82] Cfr. docc. 92.1, 96.1 e 106.1. I dati sono indicati sulla base del numero delle licenze registrate, affiliate o attive, e non sulla base dei nominativi dei tassisti registrati, affiliati o attivi, che includono anche più di un nominativo per licenza in caso di doppie guide/licenze condivise. In altri termini, laddove due tassisti condividono la stessa licenza, questa è conteggiata come singola unità.

[83] In circa i due terzi dei mesi considerati (giugno 2017/febbraio 2020) la percentuale dei tassisti attivi con Mytaxi è stata inferiore allo 0,5% del totale delle licenze.

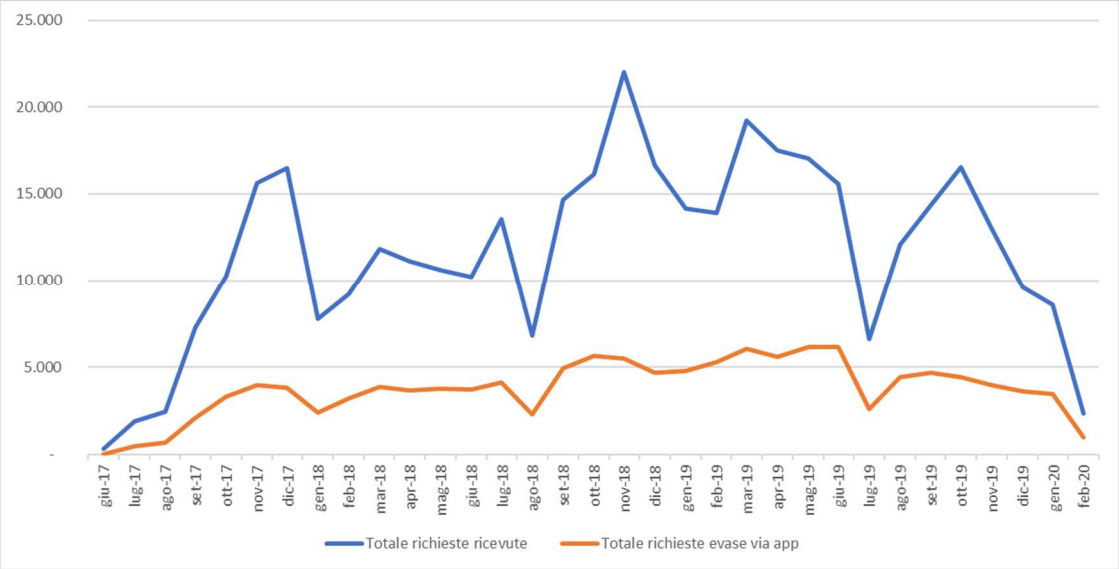
e il numero degli attivi si sono ridotti rispettivamente di circa 15 punti percentuali e di oltre 11 punti percentuali rispetto al numero dei tassisti registrati all'app.

93. Mytaxi, nel corso del procedimento, ha fornito il numero di corse, ricevute ed evase a Torino per singolo mese, a partire dall'ingresso nel mercato torinese (giugno 2017) fino al febbraio 2020. Dai dati risulta che, in media, nel corso degli anni 2017, 2018 e 2019 Mytaxi ha evaso rispettivamente *[2-3 mila*], *[3-4 mila]* e *[4-5 mila]* corse al mese, pari - per ciascun anno considerato – al *[25-30*]%, al *[30-35*]% e al *[30-35*]% del totale delle richieste di corse ricevute[84].

94. La società non è stata pertanto in grado di operare efficacemente sul mercato di Torino e, in particolare, di soddisfare la maggior parte delle richieste di servizio taxi ricevute: dall'avvio del servizio (giugno 2017) a febbraio 2020, il tasso di corse inevase è stato in media pari a circa il *[65-70*]%, con punte in alcuni mesi vicine al *[75-80*]%[85]; il valore più basso, ma isolato, finora registrato è stato del *[55-60*]%[86].

95. In altri termini, rispetto alla cooperativa Taxi Torino, che è in grado di porre in essere un'offerta di dimensioni quantomeno coerenti con l'ampiezza della rispettiva domanda (mantenendo una percentuale di domanda inevasa sempre inferiore all'1%), l'offerta effettiva di servizi che Mytaxi è in grado di esprimere risulta di gran lunga inferiore alla propria domanda.

Grafico 3: richieste ricevute ed evase da Mytaxi nel periodo giugno 2017-febbraio 2020



Fonte: elaborazioni AGCM su dati forniti da Mytaxi

---

84 Cfr. docc. 51.4 e 104.2. Per i soli mesi di gennaio e febbraio 2020, Mytaxi ha evaso in media *[4-5 mila]* corse al mese, pari a circa il *[40-45]%* del totale delle richieste di corse ricevute.

85 Senza considerare il valore di giugno 2017, pari al *[90-95]%* di corse inevase.

86 Registrato a febbraio 2020; quest'ultimo mese, tuttavia, è stato caratterizzato da una brusca riduzione delle richieste di corse.

96. Infine, di particolare interesse appare l'analisi incrociata dei dati concernenti i tassisti aderenti alla cooperativa Taxi Torino[87] e di quelli concernenti i tassisti registrati, affiliati e attivi con Mytaxi nello stesso periodo[88]: da questa analisi si evince un comportamento del tutto differente tra i tassisti soci e quelli non soci di Taxi Torino nei confronti dell'app Mytaxi.
97. Infatti, mentre nel tempo è tendenzialmente cresciuto il numero dei tassisti non soci registrati all'app Mytaxi (61 a ottobre 2017, 77 a settembre 2018, 85 a maggio 2019, 84 a settembre 2019, 83 a dicembre 2019 e 82 a febbraio 2020[89]), il numero di tassisti aderenti a Taxi Torino registrati anche all'app Mytaxi è rimasto esiguo e pressoché immobile nel tempo (13 tassisti a ottobre 2017, 16 a settembre 2018, 15 a maggio 2019, 18 a settembre 2019 e a dicembre 2019, 19 a febbraio 2020), pur rappresentando questi la grande maggioranza dei tassisti torinesi.
98. Una differenza notevole si rileva anche nel tasso di utilizzo dell'app Mytaxi: mentre i tassisti aderenti alla cooperativa che si sono registrati a Mytaxi (cioè che hanno scaricato l'app) di fatto non la utilizzano (la percentuale di coloro che non la utilizzano è pari al 69% nel periodo da giugno a ottobre 2017, all'88% nel periodo da novembre 2017 a settembre 2018, all'87% nel periodo da ottobre 2018 a maggio 2019, all'89% nel periodo da giugno 2019 a settembre 2019, all'83% nel periodo da ottobre 2019 a dicembre 2019 e all'84% nei mesi di gennaio e febbraio 2020) o la utilizzano, al più, in modo sporadico, i tassisti indipendenti che si sono registrati a Mytaxi ne fanno un utilizzo ben più intenso. La percentuale di tassisti indipendenti che utilizza l'app, considerando sia chi ne fa un uso sporadico sia chi la utilizza in modo sistematico, è infatti pari almeno al 70% in tutti i periodi considerati.

[87] Taxi Torino ha fornito un elenco dei tassisti aderenti alla cooperativa, comprensivo dei numeri di licenza e di targa degli stessi, a partire da luglio 2017 fino al febbraio 2020 (indicando anche le modifiche intervenute in tale periodo: nuovi ingressi, recessi, ecc.). Cfr. docc. 54.2, 54.3, 54.4, 86.1 e 86.2 e 108.1, risposte a richieste di informazioni.

[88] Nello specifico a giugno 2017, ottobre 2017, settembre 2018, maggio 2019, settembre 2019, dicembre 2019 e febbraio 2020. Cfr. docc. 51.2 e 51.3, 82.2 e 82.3 e 104.3 e 104.4: risposte a richieste di informazioni.

[89] Dal giugno 2019 al febbraio 2020, la tendenziale crescita ha registrato una lieve battuta di arresto, essendosi verificati in tale periodo 2 nuovi ingressi di non registrati ma 2 tassisti si sono cancellati e 3 sono diventati soci della cooperativa.

Tab. 2: Utilizzo dell'app Mytaxi da parte dei tassisti registrati

	Soci Taxi Torino		Indipendenti	
giugno-ottobre 2017	n.	%	n.	%
Attivi	0	0%	12	20%
Affiliati	4	31%	40	66%
non utilizzano	9	69%	9	15%
Totale	13	100%	61	100%
novembre 2017-settembre 2018				
Attivi	0	0%	10	13%
Affiliati	2	13%	53	69%
non utilizzano	14	88%	14	18%
Totale	16	100%	77	100%
ottobre 2018-maggio 2019				
Attivi	1	7%	13	15%
Affiliati	1	7%	53	62%
non utilizzano	13	87%	19	22%
Totale	15	100%	85	100%
giugno -settembre 2019				
Attivi	0	0%	1	1%
Affiliati	2	11%	60	71%
non utilizzano	16	89%	23	27%
Totale	18	100%	84	100%
ottobre-dicembre 2019				
Attivi	1	6%	4	5%
Affiliati	2	11%	54	65%
non utilizzano	15	83%	25	30%
Totale	18	100%	83	100%
gennaio-febbraio 2020				
Attivi	0	0%	5	6%
Affiliati	3	16%	54	66%
non utilizzano	16	84%	23	28%
Totale	19	100%	82	100%

Fonte: elaborazioni AGCM su dati forniti dalle Parti

V. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

99. Le Parti del procedimento hanno avuto modo di esporre le proprie posizioni sia nel corso delle rispettive audizioni che presentando memorie scritte, dati e informazioni. Le stesse hanno avuto altresì la possibilità di rappresentare le proprie difese depositando ulteriori memorie in vista

dell'audizione finale innanzi al Collegio e nel corso di quest'ultima. Nel seguito si darà conto delle argomentazioni delle Parti, raggruppandole per tematiche.

V.1 La questione preliminare

100. Preliminarmente, Taxi Torino afferma che la riattivazione del procedimento principale a seguito della conclusione del sub-procedimento cautelare, e quindi la decisione finale dell'Autorità, sarebbero limitate dalle statuizioni di carattere giuridico contenute nel giudicato formatosi tra le parti con la sentenza del Consiglio di Stato n. 1547 del 3 marzo 2020 che ha annullato il provvedimento cautelare.

101. L' assoggettamento del "potere di riedizione" all'"effetto conformativo" di un precedente giudicato di annullamento - trattato e definito dal Consiglio di Stato in una pronuncia del 2013[90] - riferito alla presente fattispecie comporterebbe, ad avviso di Taxi Torino, il vincolo per l'Autorità costituito:

- dall'interpretazione applicativa, allo specifico caso in esame, dell'art. 2527 comma 2 del c.c. oggetto della relativa statuizione contenuta nella citata sentenza n. 1547/2020;
- e dalla conseguente declaratoria di piena legittimità che la medesima sentenza contiene relativamente alla clausola statutaria di esclusiva presente nello statuto di Taxi Torino.

102. Le argomentazioni contenute nella CRI sarebbero invece contrastanti con il giudicato già formatosi su tali punti. Le valutazioni ivi sviluppate su ambedue tali aspetti avrebbero infatti come riferimento e presupposto anziché le statuizioni contenute nel detto giudicato (sentenza del Consiglio di Stato n. 1547 del 3 marzo 2020) quelle *antitetiche* rinvenibili in altre sentenze del Consiglio di Stato rese tra parti diverse e con riferimento alla diversa violazione dell'art. 101 del TFUE[91].

V.2 Sul mercato rilevante

103. Taxi Torino ha contestato la definizione del mercato rilevante adottata nel provvedimento di avvio e poi ripresa nella CRI[92]. Con riguardo al mercato del prodotto, la Parte ha rilevato che il mercato dei servizi di intermediazione tramite *app* costituirebbe un mercato distinto rispetto ai tradizionali canali di intermediazione (in particolare le centrali radiotaxi) in quanto:

(i) le due tipologie di canali presenterebbero "*distinte funzionalità oggettive*" (in particolare, le *app* avrebbero alcune specificità che sono assenti nel caso del radiotaxi, come ad esempio la geolocalizzazione, la possibilità di pagamento tramite *app*, il rilascio di un documento contabile sulla corsa effettuata, il *rating* di qualità del tassista, ecc.)[93];

---

[90] Cfr. sentenza Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 2 del 15 gennaio 2013, nella quale viene esaminata la questione del corretto utilizzo degli strumenti di tutela giudiziaria in relazione al caso in cui l'amministrazione reiteri con uguale risultato gli atti di una selezione tecnica già annullati dal giudice amministrativo. Per quanto di interesse, la sentenza, pur ribadendo la possibilità che l'amministrazione proceda ad una riedizione del potere, sottolinea che la successiva azione amministrativa debba attenersi al contenuto della sentenza passata in giudicato. In particolare, in un'ottica di leale e imparziale esercizio del potere pubblico, la P.A. ha l'obbligo di soddisfare la pretesa del ricorrente vittorioso e di non frustrare la sua legittima aspettativa con comportamenti elusivi.

[91] La Parte si riferisce alle sentenze nn. 3501/2020, 3502/2020 e 3503/2020 del 4 giugno 2020 e alle sentenze nn. 7991 del 14 dicembre 2020 e 8061 del 15 dicembre 2020, che hanno confermato la legittimità dei provvedimenti dell'Autorità n. 27245 e n. 27244 del 27 giugno 2018, in Boll. n. 26/2018, relativi rispettivamente ai citati casi I801B (Milano) e I801A (Roma).

[92] Cfr. docc. 18.6, 133, memorie di Taxi Torino e 138.3, verbale audizione finale, presentazione Taxi Torino.

[93] Sul punto la Parte richiama la sentenza n. 1547/2020 del Consiglio di Stato secondo cui "*(…) un siffatto metodo d'intermediazione* [il canale *app*] *non appare in sé del tutto intercambiabile con quelli più tradizionali o, meglio, il cliente*

(ii) trattandosi di mercati a due versanti, le scelte dei soggetti operanti su ciascun versante (nella specie, gli utenti e i tassisti) sarebbero strettamente interrelate, con la conseguenza che le preferenze di consumo degli uni (gli utenti) necessariamente inciderebbero sulle scelte operate dagli altri (tassisti) condizionandole. Quindi, se una parte della clientela considera l'app - tenuto conto delle sue distinte funzionalità - come lo strumento preferenziale e non fungibile con la chiamata via radio, i tassisti per entrare in contatto con tale clientela dovrebbero anch'essi utilizzare preferenzialmente questo strumento di intermediazione e nessun altro.

104. Sul tema del mercato del prodotto rilevante, il segnalante Mytaxi ha evidenziato, al contrario, che le piattaforme di raccolta e smistamento della domanda, a prescindere dalla tecnologia di dispacciamento utilizzata, forniscono tutte i medesimi servizi e soddisfano tutte la medesima domanda: a monte, i tassisti sono interessati a contattare il maggior numero di clienti utilizzando diversi canali per massimizzare le *chances* di acquisizione della clientela; a valle, gli utenti sono interessati a ottenere un taxi, per cui le modalità tecniche di procacciamento sono secondarie rispetto alla necessità di procurarsi il taxi[94].

105. Inoltre, Mytaxi ha sottolineato che la tesi della unicità del mercato dei servizi di intermediazione della domanda di taxi troverebbe ulteriore conferma nell'indagine di mercato commissionata ad una primaria società nazionale indipendente di studi e ricerche (la SWG), condotta secondo un metodo scientifico e dotata di validità empirica, depositata agli atti del procedimento (cfr. *supra* parte IV, sez. IV.5).

106. Al riguardo, Taxi Torino ha obiettato che tale indagine di mercato - oltre ad essere l'unico elemento istruttorio asseritamente idoneo a sanare le carenze sulla definizione del mercato merceologico evidenziate dalla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 1547/20[95] - sarebbe un documento "di parte" e dunque non indipendente[96], che in ogni caso: (i) si baserebbe su un campione di tassisti intervistati assai contenuto[97]; (ii) formulerebbe domande generiche e, a dire di Taxi Torino, non rilevanti ai fini di una corretta individuazione delle caratteristiche dei servizi interessati e della loro supposta fungibilità[98]; (iii) fornirebbe risultati non univoci in merito alle conclusioni sulla sostituibilità dei servizi[99]; (iv) ometterebbe di formulare quesiti idonei a

---

*non è poi così indifferente verso l'uno piuttosto che gli altri. Infatti, questi ultimi sono strutturati in un modo diverso e meno ricco di prestazioni altre o aggiuntive, inverandosi perlopiù nella mera sequenza «chiamata – corsa – pagamento». (…). Una cosa è l'identità di scopo, ben altra è la fungibilità di mezzi; una cosa è la possibilità, per chi usa il metodo dell'*app*, di adoperare altre piattaforme d'intermediazione, ma non è per forza vero il reciproco e così via, stante la mutevolezza dei comportamenti personali dei clienti*".

[94] Cfr. doc. 31, all. 2: verbale di audizione del 14 novembre 2018 dinanzi al Collegio, nell'ambito del procedimento cautelare.

[95] Cfr. *supra* nota 93.

[96] Atteso che l'indagine è stata commissionata dalla stessa Mytaxi, senza che, nel corso del procedimento, sia stata quantomeno assicurata la terzietà del documento e dunque la sua attendibilità.

[97] 42 su 1501 tassisti attivi a Torino (con riguardo ai quali, peraltro, non viene indicato se siano eventualmente aderenti a Mytaxi).

[98] Ad esempio, non verrebbe individuata l'*app* che i tassisti intervistati considerano effettivamente vantaggiosa (potendo anche trattarsi dell'*app* Wetaxi gestita dalla cooperativa).

[99] A dire di Taxi Torino, le maggioranze di tassisti che considerano equivalente affidarsi al radiotaxi e alle *app* per procacciarsi i clienti sarebbero estremamente limitate (53% e 57% rispettivamente a livello nazionale e torinese); la percentuale di tassisti che ha riscontrato un vantaggio in termini di aumento del lavoro e del reddito utilizzando una pluralità di canali non corrisponderebbe al 62%, bensì al solo 19%, che ha risposto "molto" atteso che il restante 42,9% ha risposto "abbastanza".

comprendere quali siano le reali ragioni dell'asserita mancata crescita di Mytaxi, quali ad esempio un livello eccessivamente alto della commissione su ogni corsa intermediata.

107. Inoltre, Taxi Torino ha contestato che la circostanza che le richieste evase via *app* risultino aumentate in proporzione rispetto a quelle evase via telefono sia idonea a dimostrare la sostituibilità tra i due canali, fornendo unicamente un indice del *trend* di espansione delle piattaforme digitali rispetto a quelle radio.

108. Infine, a detta di Taxi Torino, i due canali radiotaxi ed *app* non potrebbero appartenere a un unico mercato del prodotto in quanto la piattaforma *Mytaxi*, ridenominata *FreeNow*, di recente integrata con altri servizi di mobilità urbana[100], non risulterebbe comparabile con il servizio di intermediazione tradizionale tramite radio.

109. Sotto il profilo geografico, il mercato dei servizi di intermediazione tramite *app* presenterebbe, ad avviso di Taxi Torino, una dimensione quantomeno nazionale, in quanto le piattaforme *on-line* adottano di regola politiche commerciali, condizioni di contratto e portali su base nazionale, anche nei casi in cui tale intermediazione interviene sulla prestazione di servizi locali. In particolare, l'offerta di Mytaxi presenterebbe caratteristiche omogenee a livello nazionale (avendo la società adottato politiche commerciali, condizioni contrattuali e portali uniformi a tale livello[101]) e inoltre Mytaxi ha concluso accordi con altri servizi di trasporto operanti su scala nazionale[102].

Inoltre, l'app Mytaxi consentirebbe di prenotare una corsa fino a quattro giorni di anticipo e da luoghi e non necessariamente coincidenti con quello in cui operano i tassisti[103].

110. In ogni caso, la dimensione quantomeno nazionale del mercato dei servizi di intermediazione tramite *app* sarebbe coerente, a dire della cooperativa, con l'orientamento europeo[104] e nazionale[105] relativo ai casi di servizi intermediati da *app*, richiamati nel corso del procedimento: anche in tali casi, come nel caso dell'app Mytaxi, l'utilizzo delle *app* consentirebbe agli utenti finali di localizzare esclusivamente il fornitore del servizio operante nella zona in cui lo stesso si trova.

V.3 Sulla legittimità delle clausole statutarie contestate e sulla loro indispensabilità

111. Taxi Torino argomenta innanzitutto che l'art. 6 dello Statuto, da leggersi in combinazione con l'art. 14.2, lett. a), riprodurrebbe l'obbligo di fedeltà dei soci alla cooperativa di appartenenza, sancito dall'art. 2527 del codice civile e finalizzato alla realizzazione dello scopo mutualistico. Inoltre, la specifica clausola di cui all'art. 14.2, lett. f), che prevede l'esclusione del socio in caso di

---

[100] *Share Now* (servizio di *car sharing*), *Reach Now* (servizi multimodali), *Charge Now* (servizi di ricarica) e *Park Now* (servizi per l'individuazione e pagamento di parcheggi), oltre che dotata di un sistema di integrazione con l'app utilizzata per il trasporto pubblico *Moovit*.

[101] Da ultimo, nel corso del procedimento la stessa Mytaxi ha precisato che la percentuale della commissione sulla singola corsa, pari al 10%, è stabilita dalla "casa madre" a livello nazionale, prescindendo quindi dalle caratteristiche dei mercati locali.

[102] Come, ad esempio, l'accordo con Trenitalia, che consiste, in sostanza, in una promozione reciproca, dei treni da parte di Mytaxi e dei servizi di connessione ai taxi da parte di Trenitalia, con sconti, pubblicità e piattaforme web comuni che facilitino la connessione tra i due servizi.

[103] Taxi Torino evidenzia il caso, ad esempio, di un turista o di un utente *business* che effettua, da una località estera o da un comune diverso da Torino, una prenotazione in anticipo di un dato taxi nell'area di Torino.

[104] Cfr. la decisione dell'Autorità tedesca *Bundeskartellamt*, "*Booking - Expedia*"; la decisione dell'Autorità Spagnola (Informe y propuesta de resolución expediente C/0730/16 *Just Eat/ La Nevera Roja*); la decisione della Competition and Markets Authority Acquisition *Just Eat/Hungryhouse*, del 16 novembre 2017.

[105] Cfr. caso I779, *Mercato dei servizi turistici-prenotazioni alberghiere on line*, provvedimento n. 25940 del 23 marzo 2016.

adesione ad altra piattaforma tecnologica di intermediazione, costituirebbe nient'altro che una *declinazione specifica* dell'obbligo di fedeltà cooperativa di cui all'art. 2527 c.c. (già richiamato dall'art. 6 e dall'art. 14.2 lett. a) dello Statuto), che, al comma 2, impone al socio un obbligo inderogabile di non concorrenza nei confronti della cooperativa.

112. In merito alla portata dell'art. 2527, comma 2, c.c., Taxi Torino afferma che non sarebbe corretto sostenere, con un'interpretazione formale della norma, che socio tassista e cooperativa siano due entità distinte e che il socio che acquisisce servizi da un soggetto concorrente della cooperativa non stia violando l'obbligo di non concorrenza. Infatti, secondo Taxi Torino, l'attività svolta dai tassisti in forma associata, tramite la cooperativa, è *unica*, e consiste nella *veicolazione della propria offerta di servizio pubblico taxi* verso la domanda, mediante l'interconnessione tecnologica di una piattaforma digitale, svolta in forma associata - tramite la cooperativa da essi costituita, partecipata e gestita - ai sensi dell'art. 7, lett. b), della legge n. 21/92. Invero, i tassisti associati alla cooperativa, aderendo anche ad altre piattaforme terze, svolgerebbero la medesima attività di veicolazione della propria offerta di servizio pubblico taxi, mediante l'interconnessione tecnologica di una piattaforma digitale, ponendosi in un rapporto di concorrenza con la propria cooperativa[106],[107].

113. Inoltre, l'esclusività dell'impegno dei soci a favore della cooperativa - stabilita dalle contestate clausole statutarie di non concorrenza sulla base della norma inderogabile di cui all'art. 2527, comma 2, c.c. - sarebbe *indispensabile* per la produzione, la gestione e il mantenimento dei servizi offerti dalla cooperativa. Al riguardo, Taxi Torino osserva che un sistema basato su piattaforme aperte determinerebbe una contrazione delle corse offerte dalla cooperativa ai soci, con conseguente richiesta di questi ultimi di riduzione della quota sociale e l'impossibilità per la cooperativa di continuare ad esistere e operare. In una siffatta ipotesi, il tassista socio, in particolare, chiederebbe un'immediata riduzione della quota sociale in quanto non più proporzionale al vantaggio economico che attualmente ricava dal numero di corse assegnategli (e garantito proprio dalla clausola di esclusiva che si andrebbe ad eliminare), con la conseguenza che la cooperativa non sarebbe più in grado di coprire "*i costi fissi ed esponenzialmente crescenti di gestione*" né di adempiere alle numerose convenzioni in essere con soggetti pubblici e privati[108]. Per quanto precede, l'adesione

---

[106] La differenza non sarebbe nell'attività che risulta identica, bensì, nei soggetti giuridici differenti tramite cui è svolta la medesima attività di veicolazione dell'offerta di servizio taxi verso la domanda.

[107] A sostegno della propria argomentazione in merito alla portata dell'art. 2527, comma 2, c.c. la Parte richiama la citata sentenza del Consiglio di Stato n. 1547/2020 secondo cui "*L'art. 2527, II co., c.c., proprio sull'ammissione dei soci e nel delineare i loro obblighi mutualistici, non consente comunque l'esercizio in proprio di imprese in concorrenza con quella della cooperativa. Detta norma è di sistema, perché condivide con altre (gli artt. 2301 e 2390 c.c.) la ratio del divieto, il quale l'intento di evitare che il socio profitti di vantaggi derivanti dalla partecipazione societaria nello svolgimento di una propria attività concorrenziale con quella della società stessa. In più v'è la specialità del sistema mutualistico, ove detto II co. dell'art. 2527 c.c. va inteso in coerenza col precedente I co., nel senso, cioè, che si vuol garantire l'entrata in società di soggetti potenzialmente interessati alla gestione di servizio della cooperativa ed il correttivo del divieto di concorrenza tende ad evitare che costoro possano nuocere alla Società medesima. Anzi, a differenza di quanto si legge nei testé citati artt. 2301 e 2390 c.c., per i soci cooperatori il divieto è inderogabile, sia in sé, sia per lo svolgimento di attività e non anche di imprese. Il dato ontologico protegge infatti la cooperativa da chi si vuol avvalere della partecipazione a quest'ultima per perseguire un utile personale ai danni di essa, di talché siffatta inderogabilità è il riflesso della maggior meritevolezza dello scopo mutualistico (cfr. Cass., I, 28 settembre 2004 n. 19414); il dato funzionale colpisce, nella specie, il tassista che s'avvale dei servizi di terzi e non della cooperativa, perché così cerca o si sforza di acquisire, grazie a Mytaxi ed al complesso dei servizi da questa offerti (ben più moderni ed accattivanti di quelli originari dell'appellante), un proprio pacchetto clienti. In tal modo, però, egli non considera che li sottrae a sé stesso ed all'appellante, oltre a dover pagare tutti gli emolumenti spettanti a Mytaxi per i servizi da essa acquistati*".

[108] Ciò, con danno immediato e irreversibile anche nei confronti dell'utenza.

del socio a più soggetti di intermediazione sarebbe dunque incompatibile, sul piano delle regole e dell'operatività, con lo scopo mutualistico proprio di una società cooperativa.

114. Taxi Torino evidenzia poi che la specifica clausola di cui all'art. 14.2, lett. f), che prevede l'esclusione del socio in caso di adesione ad altra piattaforma tecnologica di intermediazione, è stata introdotta nello Statuto nell'agosto 2017 a valle del contratto con Move Plus (concluso il 31 maggio 2017) con le due preesistenti cooperative torinesi per l'utilizzo dell'app Wetaxi e della successiva fusione delle suddette cooperative da cui è nata il 3 luglio 2017 Taxi Torino. Pertanto, tale clausola sarebbe stata inserita nello Statuto per proteggere i soci cooperatori da comportamenti opportunistici suscettibili di pregiudicare l'investimento di circa *[80.000-90.000]* euro sostenuto dalla Cooperativa per la nuova *app* Wetaxi[109].

115. Infine, a detta di Taxi Torino la legittimità sotto il profilo *antitrust* della clausola statutaria che impedisce al socio della cooperativa di aderire ad altro intermediario sarebbe confermata anche dalla giurisprudenza europea della Corte di Giustizia: la società si riferisce in particolare al caso *Gøttrup-Klim*[110].

116. Di avviso opposto sul punto è Mytaxi, che ritiene, al contrario, che la nuova clausola di cui all'art. 14.2, lett. f), sia stata adottata allo scopo di contrastare la concorrenza e, nello specifico, il lancio della propria *app* avvenuto a giugno 2017. Taxi Torino avrebbe reagito prontamente all'ingresso del nuovo operatore prima introducendo la citata clausola nell'agosto del 2017, quindi commissionando ad un'agenzia investigativa il compito di individuare i tassisti utilizzatori dell'app Mytaxi e di creare *dossier* dei tassisti "infedeli" e, infine, arrivando, sulla base dei risultati investigativi, a escludere tre soci a fine settembre 2017 e altri tre soci nel maggio 2018 per aver utilizzato una sola volta l'app Mytaxi, con un'evidente finalità dissuasiva nei confronti degli altri tassisti aderenti alla Cooperativa[111].

117. Contrariamente a quanto sostenuto da Taxi Torino, Mytaxi evidenzia poi come la nuova clausola statutaria non sia in alcun modo necessaria e proporzionata al fine di tutelare il buon funzionamento della Cooperativa e, in particolare, l'investimento per l'implementazione dell'app Wetaxi in quanto,

---

[109] Relativamente allo specifico investimento riguardante l'implementazione dell'*app Wetaxi*, nel corso dell'audizione del 13 marzo 2019 con gli Uffici, Taxi Torino ha evidenziato che: "*la ragione principale* [dell'introduzione della specifica clausola di esclusione] *risiede nella conclusione nel maggio 2017 di un contratto di esclusiva con Move Plus Srl per l'utilizzo della sua app di intermediazione, Wetaxi, e quindi a protezione dello specifico e ingente investimento effettuato al riguardo, pari a* [80.000-90.000] *euro, e sostenuto dai soci stessi. Move Plus è una start up del Politecnico di Torino, totalmente estranea al settore del trasporto taxi. Al contrario l'app itTaxi, utilizzata dal Radiotaxi 3570 e da altre società di radiotaxi italiane è per così dire "in house". Perciò, a Roma non è stata avvertita l'esigenza di introdurre una clausola ad hoc per la protezione dell'investimento*" (cfr. doc. 44). Nel corso dell'audizione finale del 22 marzo 2021 Taxi Torino ha ribadito che tale investimento tecnologico di circa *[80.000-90.000]* euro "*è stato finanziato interamente dalla cooperativa mediante il canone sociale che non ha avuto incrementi*" (cfr. doc. 138.3). Infine la cooperativa rimarca che la sentenza del Consiglio di Stato n. 1547/2020 confermerebbe sul punto la propria tesi, evidenziando che: *"la predetta clausola (…) è intervenuta sì dopo, ma soprattutto a causa del contratto di esclusiva con Move Plus (…). Pertanto* [Taxi Torino] *s'è messa così in competizione con Mytaxi sul mercato (…) elidendo in radice ogni pretesto di concorrenza sleale. Quindi detta clausola: a) è intervenuta non* post hoc*, ma* propter hoc *l'ingresso di Mytaxi; b) è stata introdotta in coerenza coi principi ravvisabili nell'art. 2527 c.c.; c) è stata preceduta dal contratto di acquisizione di una piattaforma in varia guisa competitiva con quella di Mytaxi*".

[110] Cfr. caso C-250/92 *Gøttrup-Klim*, sentenza Corte di Giustizia 15 dicembre 1994 e conclusioni AG Tesauro del 16 giugno 1994 in cui il giudice ha affermato che *"ne consegue che tale duplice appartenenza metterebbe a repentaglio nel contempo il buon funzionamento della cooperativa e il suo potere contrattuale nei confronti dei produttori. Un divieto di duplice appartenenza dunque non costituisce necessariamente una restrizione della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato, e può avere addirittura effetti positivi sulla concorrenza*" (par. 34).

[111] Cfr. doc. 3.

da un lato, è imposta da un operatore "superdominante" come Taxi Torino che vincola oltre il 90% dei tassisti attivi nella città di Torino[112] e, dall'altro, è del tutto indimostrato che, in assenza di tale clausola, Taxi Torino non sarebbe stata ragionevolmente in grado di recuperare l'investimento sostenuto.

Anzi, a tale ultimo riguardo, Mytaxi evidenzia che il contratto di esclusiva concluso con Move Plus per l'utilizzo dell'app Wetaxi aveva durata triennale, mentre la clausola di non concorrenza è stata inserita da Taxi Torino nel proprio Statuto che prevede una durata della Cooperativa fino al 2060. Inoltre, nell'ambito della fusione occorsa nel 2017 tra le due cooperative torinesi preesistenti, dalla cui unione è nata Taxi Torino, si erano stimate economie di scala in termini di riduzioni dei costi tra euro 250.000 (stima prudenziale) ed euro 350.000 annui. A oltre tre anni di distanza dall'avvenuta fusione e dall'accordo con Move Plus, si dovrebbe quindi concludere che l'investimento sopportato per l'adesione a Wetaxi sia già stato ampiamente recuperato[113].

118. D'altro canto, il divieto della doppia adesione posto da Taxi Torino come requisito per l'associazione alla Cooperativa porrebbe un limite alla libera concorrenza visto che, per i tassisti, la collaborazione con più intermediari di corse taxi può migliorare la loro produttività e quindi il loro reddito e che, per i clienti, la disponibilità di un solo intermediario sulla piazza torinese si traduce in una minore possibilità di scelta e, quindi, in una riduzione della qualità e grado di innovazione del servizio.

119. Infine, ad avviso di Mytaxi, sarebbe inconferente il riferimento effettuato da Taxi Torino al caso della Corte di Giustizia *Gottrup Klim* allo scopo di sostenere un orientamento giurisprudenziale comunitario favorevole all'adozione di una siffatta clausola. Infatti, differentemente dal caso in esame, nel caso comunitario citato: (i) la cooperativa che imponeva un'esclusiva deteneva una quota di mercato assai più contenuta (30%); (ii) l'esclusiva non impediva ai soci di acquistare prodotti presso soggetti terzi; (iii) le condizioni di mercato avevano consentito a concorrenti della cooperativa di crescere tanto da acquisire una quota di mercato equiparabile. Inoltre, pur differendo sostanzialmente dal caso in esame, in quell'occasione la Corte di Giustizia ha comunque enunciato il principio secondo il quale per sfuggire all'applicazione del divieto di cui all'art. 102 TFUE, una modifica statutaria che vieti ai soci di una cooperativa di partecipare ad altre forme di cooperazione organizzata direttamente concorrenti deve limitarsi a quanto necessario per assicurare il buon funzionamento della cooperativa e sostenere il suo potere contrattuale nei confronti dei produttori[114].

V.4 Sulla restrittività delle condotte

120. Taxi Torino ritiene, innanzitutto, che la CRI sarebbe viziata da un grave difetto istruttorio laddove afferma che l'effetto escludente delle condotte della cooperativa sarebbe ravvisabile nel

---

[112] Peraltro in altri Comuni, ove il mercato si presenta più composito, esistono piattaforme che non prevedono una simile clausola.

[113] Cfr. doc. 138.2.

[114] Cfr. doc. 3: "*Tuttavia, va riconosciuto che una disposizione statutaria di una cooperativa d'acquisto, che limiti la possibilità per i suoi aderenti di partecipare ad altre forme di cooperazione concorrenti e che, in tal modo, li dissuada dal rifornirsi altrove, può avere taluni effetti negativi sulla concorrenza. Ne consegue che, per sfuggire al divieto sancito dall'art. 85, n. 1, del Trattato, le limitazioni imposte dagli statuti delle cooperative di consumo ai loro soci devono limitarsi a quanto è necessario per assicurare il buon funzionamento della cooperativa e rafforzare il suo potere contrattuale nei confronti dei produttori*" (par. 35).

mancato "sviluppo" di Mytaxi "*secondo le proprie potenzialità*". Al riguardo, la Parte rappresenta che tale valutazione non terrebbe conto di dati ed elementi fattuali concreti, atteso che l'Autorità non ha mai acquisito il *business plan* di Mytaxi né si è interrogata su quali fossero le "potenzialità" o gli obiettivi di mercato che Mytaxi si prefiggeva di raggiungere quando ha assunto la decisione di entrare nel mercato torinese[115]. Pertanto, al fine di garantire una corretta istruttoria e le prerogative della propria difesa, Taxi Torino ritiene che l'Autorità avrebbe dovuto acquisire, valutare e mettere a disposizione della Cooperativa, consentendo un apposito contradditorio, copia del *business plan* e degli studi elaborati da Mytaxi in ordine all'ingresso della propria *app* nel Comune di Torino.

121. Tanto premesso, Taxi Torino rileva che la circostanza che Mytaxi abbia registrato un tasso di corse inevase pari in media al 65-70% - a fronte di un tasso di domanda inevasa sempre inferiore all'1% di Taxi Torino - non dimostrerebbe l'asserita natura escludente delle condotte della Cooperativa. Infatti, nella CRI sarebbero stati messi a confronto dati non del tutto omogenei (quelli della centrale radiotaxi e quelli di Mytaxi) e ciò avrebbe portato a non computare correttamente alcune variabili decisive, come il numero di chiamate ricevute e di chiamate evase, necessarie per calcolare il fabbisogno di tassisti di Mytaxi.

Più precisamente, a dire di Taxi Torino, i canali tradizionali dei radiotaxi, sottostimerebbero sistematicamente il numero di richieste ricevute rispetto alle *app*, in particolare nei momenti di picco della domanda (ad es. quando le linee telefoniche sono occupate), mentre con le *app* si possono avere fenomeni di ripetizione ravvicinata di richieste insoddisfatte[116].

122. Infine, secondo la Parte, la CRI fornirebbe una lettura distorta dei dati prodotti da Mytaxi. Il numero di richieste evase da Mytaxi sarebbe rimasto pressoché stabile (con una punta a 40-45% nel primo biennio 2020) "*pur aumentando di mese in mese il numero di richieste ricevute da Mytaxi*": ciò sarebbe in contraddizione con l'asserita staticità del numero di tassisti che usufruiscono dell'app, cui avrebbe dovuto necessariamente corrispondere una diminuzione percentuale delle richieste evase.

V.5 Sulla contendibilità del mercato

123. Taxi Torino si è soffermata sulla natura del nuovo entrante Mytaxi, sottolineando che si tratta di un operatore con un'indiscussa forza di mercato, dovuta alla sua appartenenza al gruppo Daimler/BMW, che dal 2017 al 2019 ha registrato un incremento dei ricavi del 300%, come risulta dai bilanci della società.

124. Inoltre, contestualmente e coerentemente con la modifica statutaria censurata nella CRI, Taxi Torino ha introdotto un'ipotesi *ad hoc* di recesso per giusta causa in favore dei tassisti che vogliano

---

[115] A detta della Parte, questi elementi sarebbero rilevanti per dimostrare che Mytaxi avrebbe un'indiscussa forza di mercato e una importante capacità di penetrare ed affermarsi anche nel mercato torinese e sarebbero pertanto in contraddizione con l'asserito effetto di blocco delle clausole in esame. Peraltro, dall'ultimo bilancio di Mytaxi emerge che "[i]*l presente esercizio è stato caratterizzato da un incremento dei ricavi derivanti dalle commissioni per il servizio di segnalazioni agli Operatori (compagnie di taxi, tassisti) dei potenziali utenti in cerca di un taxi attraverso l'utilizzo dell'app Free Now*": salvo prova contraria, tale incremento dovrebbe riferirsi all'insieme delle aree geografiche in cui opera Mytaxi, ivi inclusa Torino.

[116] Contribuirebbero alla sovrastima della domanda di Mytaxi anche i difetti intrinseci del sistema di geolocalizzazione dell'*app* Mytaxi che portano ad una maggiore incidenza dei casi in cui l'utente non viene trovato nel luogo indicato. Inoltre, andrebbero eliminate dal computo delle chiamate non evase da parte dei radiotaxi le chiamate in convenzione che hanno un tasso di non evasione quasi nullo, poiché i radiotaxi, per non dover pagare le penali previste, tendono a soddisfarle in via prioritaria.

aderire ad altro soggetto di intermediazione (art. 14.1, lett. c). Questa clausola di recesso sarebbe finalizzata a garantire la contendibilità, da parte dei concorrenti della Cooperativa, dell'intera platea dei tassisti che già aderiscono alla stessa. Operatori terzi, come Mytaxi, ben potrebbero contendere la risorsa-tassista alla Cooperativa, offrendo ai tassisti, nel rispetto della concorrenza, condizioni più convenienti.

125. La presenza stessa di una siffatta clausola di recesso e la circostanza che la stessa sia stata più volte utilizzata, dimostrerebbero, per definizione, la piena contendibilità della risorsa-tassista. Le argomentazioni svolte nella CRI sull'esistenza di supposte economie di rete che ne scoraggerebbero l'esercizio non terrebbero quindi conto delle reali dinamiche di mercato. Il c.d. effetto di rete non sarebbe nient'altro che la risultante della messa a fattor comune di lavoro autonomo e risorse da parte dei soci cooperatori che si fonda sui meriti della società cooperativa.

126. A ulteriore riprova dell'assenza di ostacoli nei confronti di altri intermediari che cercano di affermarsi sul mercato, pur in presenza di vincoli di esclusiva da parte di imprese dominanti, Taxi Torino ha richiamato un caso dell'Autorità di concorrenza austriaca, che aveva avviato una procedura per un presunto abuso di posizione dominante nei confronti dei due radiotaxi presenti a Vienna, i quali avevano applicato le clausole di non concorrenza per espellere i tassisti aderenti che avevano fatto uso di *app*. Successivamente, tuttavia, la Corte Suprema austriaca ha ritenuto tale clausola non restrittiva per la concorrenza, poiché essa prevedeva un periodo (di un solo mese) per poter esercitare il recesso[117].

127. Di segno opposto è la posizione di Mytaxi che evidenzia come al di là delle considerazioni fornite dalla Cooperativa, a suo dire parziali e talvolta addirittura fuorvianti, ciò che rileva ai fini del procedimento è il dato fattuale che Mytaxi non è riuscita in 4 anni a totalizzare nemmeno una media di 10 tassisti attivi al mese, mentre Taxi Torino ha stabilmente registrato, dal luglio 2017 al febbraio 2020, un numero di tassisti aderenti pari a 1.400-1.500 unità su un totale di licenze disponibili nel Comune di Torino pari a 1.500-1.580. Ciò costituirebbe una chiara prova dell'effetto di *foreclosure* determinato dal comportamento di Taxi Torino.

128. Mytaxi rileva infine che l'inefficacia della clausola di recesso (art. 14, comma 1, lett. c), introdotta in favore dei tassisti che vogliano aderire ad altro soggetto di intermediazione, è riconosciuta espressamente dalla stessa Cooperativa, che ha affermato che nessun socio ha mai esercitato il recesso ai sensi di tale clausola[118].

V.6 Sul nesso causale tra il tasso di utilizzo dell'app Mytaxi e le clausole statutarie

129. Taxi Torino nega che le clausole di non concorrenza contestate siano la causa dello scarso utilizzo da parte dei tassisti torinesi dell'app Mytaxi.

Al riguardo, il fatto - risultante dall'analisi istruttoria - che i tassisti indipendenti utilizzino maggiormente l'app Mytaxi rispetto ai tassisti soci della Cooperativa sarebbe un argomento inconferente, posto che i primi non sostengono alcun costo dovuto all'appartenenza ad una cooperativa. Secondo Taxi Torino, invece, il vero e unico motivo della scarsa adesione dei tassisti

---

[117] Cfr. caso *BWB-Bundeswettbewerbsbehörde/FD-295 Taxi Apps*, sentenze del Tribunale superiore del Land Vienna, *Oberlandesgericht Wien*, del 22 agosto 2012 e della Corte suprema, *Oberster Gerichtshof*, del 7 giugno 2013.

[118] Cfr. docc. 54 e 105.

torinesi all'app Mytaxi sarebbe l'errata politica commerciale applicata da Mytaxi nei loro confronti[119].

130. In particolare, secondo Taxi Torino, il criterio di remunerazione del servizio, basato su una commissione percentuale sulla corsa (peraltro, di recente aumentata dal 7 al 10%), sarebbe "*del tutto perdente sul piano della concorrenza*" rispetto al diverso criterio di remunerazione del servizio basato sulla quota fissa, proprio delle cooperative. E ciò, per le seguenti ragioni:

(i) il tassista socio partecipa ad un soggetto giuridico che gli consente di fornire a sé stesso, "in autoproduzione" e sulla base di un principio di mutualità, l'intermediazione tra domanda e offerta di servizio taxi, che da solo non avrebbe;

(ii) il tassista socio condivide con gli altri soci proprietà e *governance* della cooperativa, provvedendone alla costituzione del patrimonio (di cui, cessando di essere socio, avrà il controvalore proporzionato alla quota sociale);

(iii) il tassista socio, a fronte del canone fisso mensile, ha diritto ai servizi complementari alla sua attività e, per quanto riguarda l'intermediazione, alle chiamate fornite dal radiotaxi e dall'app Wetaxi[120];

(iv) la domanda di servizio taxi tramite *app* ha un'incidenza ridottissima rispetto a quella radiotaxi;

(v) il canone fisso mensile pagato alla cooperativa dai tassisti aderenti copre tutti i servizi e il costo varabile è nullo, in quanto non c'è un costo specifico di intermediazione; e, in ogni caso, il costo dell'intermediazione non dipende dal numero e dal valore delle corse assegnate. Sicché, il canone mensile fisso massimizza la scelta del livello di impegno da parte del tassista, che avrà interesse a usufruire di tutte le chiamate che gli pervengono dalla cooperativa, sia tramite radiotaxi che *app*[121].

131. Proprio la consapevolezza della scarsa competitività della propria piattaforma di intermediazione sarebbe alla base della scelta di Mytaxi di "*perorare la causa della piattaforma aperta*", piuttosto che contendere a Taxi Torino la risorsa-tassista attraverso l'offerta di condizioni più convenienti. Questa sarebbe anche la ragione per cui nessun tassista socio della cooperativa ha esercitato il diritto di recesso per aderire a Mytaxi, pur essendo espressamente previsto dalla nuova clausola statutaria introdotta nell'agosto 2017.

132. Inoltre, alla valutazione svolta nella CRI secondo cui la politica commerciale di Mytaxi (commissione percentuale sulla corsa pari al 10%) non inciderebbe sullo scarso utilizzo dell'app Mytaxi, posto che ciascun tassista utilizzerebbe detta *app* per acquisire corse "aggiuntive" che non sarebbero altrimenti effettuate, impiegando la propria capacità produttiva in eccesso, Taxi Torino obietta quanto segue. La presunta capacità in eccesso di cui disporrebbe ciascun tassista, desunta dallo studio KPMG[122] - riferito peraltro a città molto diverse da Torino (vale a dire Roma e

---

[119] Ciò, nonostante Mytaxi applichi nei confronti degli utenti forti politiche di sconto e offra innovativi servizi complementari, potendo contare sulla grande disponibilità finanziaria del gruppo cui appartiene.

[120] Secondo Taxi Torino, il tassista che aderisca a Mytaxi affronta un costo che, oltre che produrre vantaggio ad una società da lui non partecipata e non governata, riduce la marginalità della propria corsa effettuata sulla base di una tariffa amministrata predeterminata: quindi, l'utilizzo del servizio è condizionato dalla valutazione di interesse rispetto alla singola corsa.

[121] Al riguardo, appare rilevante che, diversamente da Mytaxi, l'*app* Wetaxi utilizza un sistema diverso che prevede, non già una percentuale, quanto piuttosto un costo fisso pari a 1 euro per ogni corsa. Tale sistema ha riscontrato certamente il favore dei tassisti, stante la grande diffusione dell'*app Wetaxi* nell'ultimo periodo.

[122] Lo studio rileva che il numero di corse medio annuo stimato che un tassista può effettuare in città come Roma e Milano varia tra 1.675 e 3.150.

Milano[123]) - deriverebbe da una stima teorica, e sarebbe basata su uno scenario di "pieno potenziale" che nella realtà non ricorre[124]. Al contrario, ove si prendesse in considerazione lo scenario "base" evidenziato nello studio, che considera 1.650 corse in media all'anno per tassista, "*tale dato rispecchia perfettamente il numero medio di corse annuale seguite dai tassisti aderenti a Taxi Torino*". Taxi Torino ha altresì rilevato che si sarebbe registrato l'ingresso nel Comune torinese di altre *app* di intermediazione taxi, in particolare Uber taxi e inTaxi, quest'ultima utilizzata dai soci della cooperativa 011.9999.

133. Mytaxi, al contrario, ha evidenziato che sarebbero state proprio l'introduzione e l'applicazione della specifica clausola di esclusione ad aver causato lo scarso utilizzo della propria *app*, come risulta dai dati prodotti in istruttoria. Nel corso dell'audizione con gli Uffici del 3 giugno 2019, Mytaxi ha confermato a tale data "*l'effetto di immobilismo pressoché totale sulle registrazioni dei tassisti all'app Mytaxi consolidatosi ulteriormente dopo l'ordinanza di sospensiva del provvedimento cautelare dell'Autorità, nonché le sentenze di annullamento dei provvedimenti finali che hanno interessato i casi di Roma e Milano* [[125]]. […] *le nuove registrazioni sono assai esigue, in numerose settimane addirittura nulle*"[126].

134. Inoltre, coerentemente con le valutazioni della CRI, Mytaxi ha evidenziato come in nessun caso la bassa, se non nulla, adesione dei tassisti alla propria *app*, possa essere attribuita alle condizioni economiche da essa praticate ai tassisti. Ciò in quanto "*il concreto beneficio che i tassisti traggono dall'utilizzo di Mytaxi è quello di ottimizzare la propria capacità produttiva e, dunque, la propria offerta, acquisendo corse aggiuntive che non sarebbero effettuate in assenza di Mytaxi. In altre parole, la doppia adesione, ad un radiotaxi e ad una piattaforma aperta come Mytaxi, consente ai tassisti di massimizzare i profitti*"[127]. Se, dunque, il tassista non sta effettuando una corsa per la Cooperativa, vi sarebbe sempre convenienza ad utilizzare l'app Mytaxi a prescindere dalle condizioni applicate.

---

[123] Tali comuni, contando un numero di abitanti molto più elevato rispetto al comune di Torino, avrebbero un potenziale domanda di utenti taxi molto più elevato.

[124] Atteso che nel mercato di Torino oggi operano almeno quattro soggetti: oltre a Taxi Torino e a Mytaxi, di recente, anche Ubertaxi e inTaxi utilizzata dai soci della cooperativa 011.9999.

[125] Il riferimento è all'ordinanza n. 721/2019 del 31 gennaio 2019 del TAR Lazio relativa al provvedimento cautelare del caso in esame e alle sentenze nn. 5358 e 5417 del 29 aprile 2019 nonché alle sentenze nn. 5359/2019, 5419/2019 e 5418/2019 del 29 aprile 2019 del TAR Lazio relative rispettivamente ai provvedimenti finali dei casi I801A (Roma) e I801B (Milano).

[126] Nell'ottobre 2020, Mytaxi ha riferito di aver incontrato e di incontrare ancora enormi difficoltà nell'inserirsi sul mercato di Torino, in quanto le condotte in contestazione continuano a dispiegare un significativo effetto restrittivo della concorrenza. Al riguardo, ha sottolineato che la delibera di sospensione della clausola censurata, adottata da Taxi Torino nel luglio 2019 a seguito della citata pronuncia di merito del TAR Lazio di rigetto del ricorso della cooperativa avverso il provvedimento cautelare, sospendeva sì la clausola fino alla decisione del Consiglio di Stato sull'istanza di sospensiva della pronuncia del TAR Lazio, ma riguardava solo gli attuali soci e non anche gli ex soci espulsi, ai quali veniva impedito di far di nuovo parte della cooperativa. I dati aggiornati dimostrano, a dire di Mytaxi, come tale comportamento abbia avuto un significativo effetto intimidatorio sui tassisti soci, finalizzato a dissuaderli dall'aderire a Mytaxi (cfr. doc. 104).

[127] Cfr. doc. 47: verbale di audizione.

VI. VALUTAZIONI

VI.1 Il mercato rilevante

a) Il mercato del prodotto

135. Ai fini della valutazione del caso in esame, il mercato rilevante del prodotto è quello della fornitura di servizi di raccolta e smistamento della domanda del servizio taxi. Tali servizi consistono nell'attività necessaria a mettere in contatto gli utenti del servizio di trasporto taxi con i fornitori di tale servizio, i tassisti, e comprendono tutti i diversi canali disponibili, ossia i tradizionali canali diretti e le piattaforme di intermediazione, inclusive sia di centrali radiotaxi che di piattaforme basate su *app* (come, ad esempio, Mytaxi o Wetaxi)[128].

136. Le dinamiche concorrenziali che si realizzano in tale mercato hanno correlazioni anche con le condizioni di concorrenza del mercato distinto, posto a valle, della fornitura del servizio di trasporto taxi, servizio di rilevanza economica soggetto a obblighi di servizio pubblico e caratterizzato dalla presenza di un numero di licenze fissato dall'amministrazione comunale. A tale mercato devono necessariamente attingere gli operatori attivi nel mercato rilevante, sia *incumbent* che nuovi entranti.

137. Con particolare riferimento all'attività di raccolta e smistamento della domanda del servizio taxi realizzata dalle piattaforme di intermediazione, in linea con la prassi dell'Autorità, l'analisi istruttoria svolta nel corso del procedimento - basata sugli elementi fattuali e giuridici raccolti mediante i dati e le informazioni fornite dalle Parti e/o reperibili sul *web*, la regolazione pubblicistica, gli atti negoziali delle Parti, gli studi di mercato, e riportati *supra* (Parte IV, Le Risultanze Istruttorie, parr. 23 e seguenti) - ha evidenziato innanzitutto che tale attività integra un sistema a due versanti in cui la domanda, da un versante, è rappresentata dai tassisti che richiedono servizi di procacciamento delle corse e, dall'altro versante, dagli utenti finali che domandano servizi di trasporto tramite taxi. Inoltre, detto sistema presenta relazioni di sostituibilità tra radiotaxi e *app* su ciascuno dei versanti, indipendentemente dal tipo di tecnologia utilizzata. A tale riguardo, peraltro, si evidenzia che, secondo il consolidato orientamento comunitario e nazionale, la corretta analisi di sostituibilità dei servizi in comparazione (radiotaxi e *app*) non implica che l'acquisto dell'uno piuttosto che dell'altro servizio sia indifferente per la totalità della domanda, quanto piuttosto che il grado della loro sostituibilità sia sufficiente[129].

138. Sulla base delle richiamate risultanze istruttorie, radiotaxi e *app* sono risultati essere canali di intermediazione sufficientemente sostituibili e, in proposito, non vi è alcuna contraddizione con la sentenza del Consiglio di Stato n. 1547/2020, che "*è intervenuta con riferimento ad uno stato del procedimento amministrativo anticipato, avendo pronunciato su un provvedimento amministrativo avente funzione cautelare (…) pertanto, questo Consiglio si è pronunciato sui soli presupposti della*

---

[128] Cfr. Parte IV, Le Risultanze Istruttorie e, in particolare, sez. IV.5, par. 56 e seguenti.

[129] Cfr. in tal senso, ad esempio, la sentenza n. 3502/2020 che richiama in proposito anche l'orientamento comunitario: "*(…) l'Autorità non è chiamata a verificare se l'acquisto dei servizi in comparazione sia indifferente per la totalità dei consumatori e, quindi, determini un'integrale sostituzione della domanda al miglioramento di taluna delle condizioni di vendita del prodotto concorrente: la stessa Commissione europea, nell'ambito della comunicazione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, discorre di sufficiente sostituzione della domanda (punto 18), nozione compatibile con quella di sufficiente grado di intercambiabilità accolta dalla giurisprudenza di questo Consiglio*" (parte III, par. 4.2.2).

cautela, giungendo ad un giudizio negativo, non ravvisando un'autoevidente o logicamente intuitiva piena fungibilità tra le piattaforme, che avrebbe dovuto essere accertata all'esito dell'istruttoria"[130].

Più in particolare, l'istruttoria ha consentito di appurare che, da un lato, i tassisti utilizzano i diversi canali per aumentare le possibilità di presa del cliente; dall'altro, i consumatori, scelgono il canale desiderato in base alle proprie preferenze, dato il contesto di riferimento in cui si trovano ad effettuare la scelta. Una piattaforma di intermediazione, quindi, assume le proprie decisioni strategiche considerando la duplice interazione, con i tassisti da un lato e con i passeggeri dall'altro, e le dinamiche, anche concorrenziali, che si realizzano sul versante dei rapporti tra piattaforme e tassisti hanno effetti pure sul versante dei rapporti tra piattaforme e utenti finali del servizio e viceversa.

139. Nello specifico, per il tassista ciascun canale di dispacciamento rappresenta indistintamente una fonte di approvvigionamento per ottenere una crescita delle occasioni di lavoro: la disponibilità di una pluralità di fonti di approvvigionamento può infatti portare a un ampliamento della sua attività lavorativa e del suo reddito. In particolare, intercettando tutte le tipologie di domanda, sia l'utenza privata che la clientela *business*, su tutti i canali disponibili, il tassista può veder crescere il numero di corse effettuate in ciascun turno.

140. Per il consumatore, rileva invece la possibilità di soddisfare il bisogno di trasporto utilizzando la modalità più appropriata in funzione delle proprie preferenze e delle specifiche circostanze: ad esempio, un utente che si trovi in prossimità di un posteggio troverà più vantaggioso rivolgersi al taxi in fila, un utente che preferisca usare il telefono o che non disponga di uno *smartphone* si rivolgerà al *call center* di un radiotaxi, mentre alcuni utenti, a seconda della localizzazione, della lingua, ecc., possono preferire il ricorso alle *app*. Non è escluso, peraltro, un utilizzo contestuale di più modalità: l'ipotesi tipica è quella dell'utente che, trovandosi in strada, cerca un taxi e al tempo stesso chiama una centrale radiotaxi o contatta un'app sul *web*. Pertanto, anche se alcune categorie di utenti utilizzano con regolarità o in modo più frequente una specifica modalità di raccolta, i vari canali possono essere considerati sostituibili tra loro dall'utenza finale in quanto alternativamente utilizzati per soddisfare il medesimo bisogno[131].

141. Per quanto precede, appaiono quindi prive di fondamento le argomentazioni svolte da Taxi Torino per sostenere l'individuazione di un mercato dell'intermediazione tramite *app* diverso da un mercato dell'intermediazione tramite centrali radiotaxi. Le "distinte funzionalità" che distinguerebbero le *app* dai radiotaxi sotto il profilo del consumatore e, dunque, la mancata considerazione del fatto che per le piattaforme di intermediazione, in quanto sistemi a due versanti, le scelte dei consumatori influenzano quelle dei tassisti (potendo incidere sulle loro decisioni di utilizzo dei servizi offerti da ciascuna piattaforma) non valgono ad escludere la configurabilità di un mercato unico dei servizi di raccolta e smistamento della domanda di taxi che comprenda sia le *app* sia i radiotaxi.

---

[130] Cfr. sentenza n. 3502/20, Parte III, par. 4.2.4; v. anche sentenza n. 1547/20, par. 7.

[131] Cfr. in tal senso le sentenze del Consiglio di Stato nn. 3501, 3502 e 3503 del 4 giugno 2020 e, in particolare, le osservazioni in Diritto sulla definizione del mercato rilevante, Parte III, par. 4.2 e seguenti, nonché le sentenze del Consiglio di Stato n. 7991 del 14 dicembre 2020 e 8061 del 15 dicembre 2020 sulla medesima questione, par. 7.1 e seguenti.

142. Come evidenziato, in primo luogo, i comportamenti abusivi di Taxi Torino oggetto del procedimento ricadono prioritariamente sul versante dei tassisti (e non dei consumatori finali), che si avvalgono delle piattaforme per il procacciamento delle corse; per essi, poiché ciò che rileva è la possibilità di aumentare le occasioni di acquisizione di una corsa, i vari sistemi di dispacciamento, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, sono tutti volti alla soddisfazione dello stesso obiettivo e, quindi, sostituibili tra loro.

143. In secondo luogo, se è vero che per le piattaforme di intermediazione, in quanto sistemi a due versanti, le scelte dei consumatori influenzano le scelte dei tassisti, ciò non rappresenta un elemento ostativo alla configurabilità di un mercato unico dei servizi in esame che comprenda sia le *app* sia i radiotaxi. Infatti, entrambe le tipologie di piattaforma presentano caratteristiche e aspetti qualitativi in grado di stimolare la domanda finale e quindi tali da indurre il tassista a scegliere indifferentemente l'uno o l'altro canale di dispacciamento sulla base degli effetti di rete connessi all'utilizzo da parte dei consumatori finali dei medesimi canali[132]. Al riguardo, nel corso del procedimento, la stessa Taxi Torino ha rivendicato il livello qualitativo particolarmente elevato dei servizi offerti dal radiotaxi che disporrebbe di più tecnologie di smistamento della domanda, di modalità di pagamento più numerose, ecc.[133].

144. Peraltro, la clausola di cui all'art. 14, comma 2, lett. f), dello Statuto di Taxi Torino, che esplicitamente opera anche nei confronti delle piattaforme digitali, e soprattutto le esclusioni dei tassisti utilizzatori di Mytaxi dimostrano che la stessa Taxi Torino ha ritenuto le piattaforme digitali (e nello specifico l'app Mytaxi) in grado di esercitare una concorrenza effettiva e temibile alla centrale radiotaxi e che, quindi, le due tipologie di piattaforma di intermediazione appartengono al medesimo mercato[134].

145. Ad avvalorare un sufficiente grado di sostituibilità tra i due canali concorre anche l'analisi dei dati forniti da Taxi Torino e da Mytaxi sull'andamento delle richieste di corse taxi evase a Torino nel periodo luglio 2017/febbraio 2020[135]. Contrariamente a quanto sostenuto da Taxi Torino, i dati evidenziano, da un lato, che le richieste evase via *app* risultano aumentate in proporzione rispetto a quelle evase via telefono (che rappresentano comunque la maggioranza in valore assoluto), dall'altro che ciò si accompagna ad un travaso lento, ma costante, delle richieste di corse evase dal consolidato canale radiotaxi al più innovativo canale *app*, a favore sia dell'app Wetaxi che dell'app Mytaxi, mostrando una reale e concreta sostituibilità dei due canali. Tale sostituibilità risulta, tra l'altro, ancor più evidente se si considera che il dato è ampiamente sottostimato, interessando prevalentemente

---

132 Cfr. ancora le citate sentenze del Consiglio di Stato di giugno e dicembre 2020, in cui si legge che: "*Il sufficiente grado di intercambiabilità tra le due tipologie di piattaforma di intermediazione, a prescindere dalla tecnologia utilizzata, sia dal lato dei tassisti che dal lato dei consumatori, rende infondate (anche) le contestazioni sollevate … in ordine alla mancata considerazione dell'interrelazione tra le preferenze dei tassisti e dei consumatori. Fermo rimanendo che tale interrelazione è stata riconosciuta dall'Autorità …, come osservato, per entrambe le categorie viene comunque in rilievo il medesimo prodotto e, pertanto, l'atteggiamento dei tassisti non potrebbe essere condizionato da una diversa valutazione di intercambiabilità espressa dai consumatori*" (ad esempio, sentenza n. 3502/20, Parte III, par. 4.3).

133 Cfr. *supra*, in particolare, Parte V, Le argomentazioni delle Parti.

134 Cfr. sentenze del Consiglio di Stato del 4 giugno 2020, cit. "*la stessa circostanza per cui i radiotaxi parti del procedimento hanno ritenuto applicabili le clausole di esclusiva anche in caso di utilizzo dell'app Mytaxi dimostra come la tecnologia impiegata per l'attività di intermediazione non osti alla configurazione di un rapporto di concorrenza tra radiotaxi e piattaforme digitali, entrambi operanti nello stesso mercato rilevante*" (ad esempio, sentenza n. 3502/20, Parte III, par. 4.2.3).

135 Docc 51.4 e 104.2, 54 e 105; cfr. *supra* Parte IV, sez. IV.5.

l'app Wetaxi gestita dalla Cooperativa, in considerazione del fatto che, proprio in ragione della condotta abusiva di quest'ultima, Mytaxi ha sistematicamente scontato una scarsa capacità di soddisfare la domanda degli utenti che utilizzano la sua *app*.

146. A ulteriore sostegno della definizione del mercato rilevante del prodotto basata sugli elementi fattuali e giuridici sopra descritti - e acquisiti agli atti – rilevano, infine, i risultati dell'analisi condotta dalla società indipendente di indagini di mercato SWG, commissionata da Mytaxi, la quale fornisce elementi aggiuntivi coerenti con la suddetta definizione.

Al riguardo appaiono del tutto strumentali le argomentazioni di Taxi Torino tese a screditare il suddetto studio in quanto documento formato su incarico della parte interessata - rispetto al quale non sarebbero, dunque, assicurate terzietà e attendibilità - e comunque non esente, secondo la Parte, da vizi metodologici e contenutistici. Diversamente da quanto sostenuto dalla Parte, occorre evidenziare che l'analisi prodotta da Mytaxi non è l'unico elemento di prova agli atti, ma, come detto, fornisce elementi ulteriori e confermativi rispetto a quelli raccolti nel corso dell'indagine istruttoria, che già attestano un sufficiente grado di sostituibilità tra il canale radiotaxi e il canale delle *app*; d'altra parte, la circostanza che lo studio sia stato commissionato da Mytaxi non può per sé sola influire sull'attendibilità dello stesso, essendo SWG società qualificata e indipendente[136]. Taxi Torino, d'altra parte, non è stata in grado di individuare errori o incongruenze effettive nell'analisi. Diversamente da quanto sostiene la Parte, la città di Torino è invero ampiamente rappresentata nel campione dei tassisti intervistati, che include 42 tassisti torinesi su un totale di 206 tassisti attivi nei sei principali capoluoghi italiani. L'analisi inoltre attesta in maniera inequivoca un sufficiente grado di sostituibilità tra canali, in linea con le altre risultanze dell'istruttoria.

147. Nel merito, per quanto concerne il versante dei tassisti, lo studio di SWG evidenzia che per la maggioranza degli intervistati l'importante è essere raggiungibili dai clienti, per cui affidarsi ai centralini radiotaxi oppure alle *app* per procacciarsi clienti è equivalente. Il 57% per i tassisti torinesi, inoltre, ritiene equivalenti le piattaforme tradizionali e quelle basate su *app*. I tassisti sono inoltre ben consapevoli (oltre l'80%) dei vantaggi che derivano loro dalla presenza di una pluralità di fonti di procacciamento della domanda, quali la possibilità di intercettare più clienti, riducendo i tempi di attesa tra una corsa e quella successiva (circa il 68% degli intervistati, circa il 72% dei tassisti torinesi) e nell'effettivo aumento del lavoro e di conseguenza del reddito (circa il 59% degli intervistati, circa il 62% dei tassisti torinesi[137]).

148. I risultati vanno nella medesima direzione se si guarda al versante della domanda costituita dall'utenza del servizio taxi. L'indagine condotta da SWG, considerando sia gli utenti diretti che coloro che non usano questi servizi, evidenzia che centrali radiotaxi e *app* sono considerati canali equivalenti da oltre il 70% degli utilizzatori intervistati, nonché metodi interscambiabili da oltre il 75% di essi. A Torino, in particolare, oltre il 53% degli intervistati che usa il taxi dichiara di utilizzare sia il numero del radiotaxi sia le *app* quando è alla ricerca di un taxi.

---

[136] Docc. 87 e allegati, cfr. *supra* Parte IV, sez. IV.5. Peraltro, il fatto che lo studio sia stato formato su incarico di Mytaxi "*in generale può non influire sull'attendibilità dell'elemento di prova, essendo ben possibile che l'incaricato operi fornendo garanzie di terzietà e, pertanto, in maniera indipendente da eventuali direttive impartibili dal committente*" (cfr., ad esempio, sentenza n. 3502/2020, Parte III, par. 4.1).

[137] Il giudizio è nel complesso positivo per l'indicato 62% degli intervistati, componendosi di due sotto giudizi entrambi positivi (molto e abbastanza) rispetto alle restanti risposte che esulano da un giudizio di positività.

149. Né, d'altra parte, i servizi aggiuntivi offerti da *app* aperte come Mytaxi appaiono rappresentare elementi di rilevanza tale da confutare la configurabilità di un mercato unico delle piattaforme di intermediazione, sia che si consideri il versante dei tassisti che quello dei consumatori[138].
Il 69% dei tassisti intervistati da SWG ritiene i servizi aggiuntivi offerti dalle *app* aperte come Mytaxi - ad es. convenzioni bancarie, intermediazione con il cliente moroso, ecc. - utili ma accessori (la percentuale per i soli tassisti torinesi è di circa il 48%, comunque superiore rispetto ad un 45% di essi che li considera servizi fondamentali ai fini dell'uso dell'app e a fronte di un 7% che non sa fornire una risposta).
Dal lato dei consumatori, i servizi aggiuntivi offerti dalle *app* aperte come Mytaxi - ad es. geolocalizzazione, associazione della carta di credito alla *app* per i pagamenti, conoscere in anticipo l'identità del tassista, ecc. - sono considerati utili ma accessori da una percentuale di utenti sempre superiore al 50% (sia sul campione nazionale che torinese).

b) Il mercato geografico

150. Per quanto concerne la dimensione geografica del mercato interessato, si ritiene che essa sia locale e corrispondente all'ambito territoriale del Comune di Torino, che ha rilasciato le licenze taxi e da cui origina il traffico dei tassisti che si avvalgono del radiotaxi della società Parte del procedimento.
In primo luogo, si osserva che la domanda di servizio taxi, intermediata da radiotaxi e piattaforme digitali, è soggetta ad una regolazione pubblicistica: i tassisti, in particolare, sono tenuti ad osservare limiti territoriali nello svolgimento della propria attività economica, dovendo avvenire l'inizio del servizio o il prelevamento dell'utente in ambito comunale, ad opera di tassisti titolari di licenze rilasciate dall'ente comunale; pertanto, le condizioni di concorrenza dell'attività di raccolta e smistamento della domanda del servizio taxi dipendono dalle affiliazioni dei tassisti alle piattaforme di intermediazione, computabili soltanto su base comunale[139].
In secondo luogo, l'attività di raccolta e smistamento delle corse è funzionale a garantire l'incontro tra domanda e offerta del servizio di trasporto taxi, il quale è caratterizzato dalla necessità intrinseca di far incontrare "fisicamente" in un dato spazio il tassista con l'utente (l'attività di smistamento con la geolocalizzazione serve proprio ad agevolare le probabilità di tale incontro in ciascuna area geografica locale).
151. Non rileva dunque l'obiezione avanzata da Taxi Torino in merito alla circostanza che l'applicazione di condizioni e termini contrattuali uniformi da parte di Mytaxi sul territorio italiano, nonché la definizione di accordi da parte della stessa con altri servizi di trasporto operanti su scala nazionale, dovrebbero indurre a ritenere il mercato interessato di dimensioni quantomeno nazionali.

---

[138] Cfr. in tal senso, la sentenza del Consiglio di Stato n. 7991 del 14 dicembre 2020 "*l'esistenza di un sufficiente grado di sostituibilità tra le due tipologie di piattaforma di intermediazione può essere predicata anche avendo riguardo alle caratteristiche dei servizi offerti, tenuto conto che da un lato, come emerge dagli atti di adesione ai radiotaxi, l'oggetto principale dell'attività dei radiotaxi è quello di intermediazione, assumendo gli ulteriori servizi natura accessoria, non aventi, quindi, la capacità di caratterizzare il servizio radiotaxi, differenziandolo da quello erogato dalle piattaforme digitali; dall'altro, la fornitura di servizi accessori è comunque riscontrabile anche in capo alle piattaforme digitali, come dimostrato dall'esperienza di Mytaxi che, come osservato sopra, eroga anche servizi aggiuntivi, simili a quelli garantiti dai radiotaxi (…)"* (par. 7.8.3)

[139] Cfr. in tal senso le citate sentenze del Consiglio di Stato di giugno e dicembre 2020.

Né i precedenti internazionali richiamati[140] appaiono conferenti, in quanto relativi a piattaforme che operavano a livello nazionale, ma aggregando operatori attivi su tutto il territorio nazionale. Nel caso di specie, invece, Mytaxi è una *app* sviluppata per funzionare in più città ma che gli utenti utilizzano per cercare tassisti presenti (e abilitati ad operare) nella zona in cui si trovano e in cui si manifesta il loro bisogno di spostamento; al contempo i tassisti che utilizzano Mytaxi servono solo passeggeri localizzati nell'area corrispondente ricompresa nell'ambito comunale in cui operano.

VI.2 L'abuso di posizione dominante di Taxi Torino

152. Come sarà illustrato di seguito, le evidenze agli atti consentono di accertare che i comportamenti posti in essere da Taxi Torino nel mercato rilevante come sopra individuato - e consistenti nella previsione statutaria di obblighi di non concorrenza e nella esclusione dei soci che, utilizzando anche i servizi di Mytaxi, hanno violato detti obblighi – integrano un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE in quanto idonei a produrre un effetto di chiusura del mercato rilevante, ostacolando l'accesso e lo sviluppo di imprese concorrenti e, in particolare, del nuovo operatore Mytaxi.

a) La posizione dominante

153. Taxi Torino detiene una posizione dominante nel mercato della fornitura di servizi di raccolta e smistamento della domanda di taxi nel Comune di Torino. Infatti, in tale Comune sono attive 1.501 licenze taxi e Taxi Torino dispone di una rete stabile composta da *[1.400-1.500]* tassisti pari ad oltre il *[90-95%]* delle licenze presenti in tale Comune.

154. Oltre all'elevatissima e stabile quota di mercato, conferiscono a Taxi Torino una posizione largamente dominante nel mercato rilevante la sostanziale assenza, all'infuori del denunciante, di concorrenti attuali e potenziali e le limitate condizioni di concorrenza esistenti nel mercato a valle del servizio di taxi (cui necessariamente attingono gli operatori attivi nel mercato rilevante, sia *incumbent* che nuovi entranti), caratterizzato dalla presenza di un numero di licenze contingentato e da turni e tariffe fissate dall'amministrazione comunale.

Per le stesse ragioni, gli ulteriori ingressi di *app* di intermediazione taxi nel mercato torinese, quali Uber taxi e l'app inTaxi utilizzata dai soci della cooperativa 011.9999, citati da Taxi Torino in sede di memoria finale, non appaiono allo stato alterare sostanzialmente le descritte condizioni concorrenziali[141].

b) Le condotte abusive

155. Taxi Torino, nel proprio Statuto, ha previsto clausole che stabiliscono un obbligo a carico dei propri soci di non svolgere attività in concorrenza con la cooperativa, ovvero di non aderire ad altro soggetto titolare o gestore di diverso sistema tecnologico di intermediazione tra domanda e offerta del servizio taxi o, comunque, a non utilizzarne le prestazioni.

---

[140] Cfr *supra* Parte IV, § 110.

[141] Peraltro, come si evince dalle informazioni reperibili sul sito internet della piattaforma Wired.it, all'indirizzo *https://www.wired.it/economia/business/2019/04/08/uber-taxi-italia/?refresh_ce=*, Uber Taxi risulta non essere "mai partita" a Torino, essendo la richiesta di corse "scaduta" ovvero "non trovata", e gli stessi tassisti torinesi confermano che, dopo l'ingresso dell'app, gli autisti convenzionati sono "spariti"; con riferimento all'app Intaxi, Torino non è neanche indicata tra le città menzionate nel sito internet della stessa. Cfr. *https://intaxi.it/about/* dove si legge "*Sulla mappa puoi vedere tutti i nostri Taxi in giro per Milano, Roma, Genova, Modena, Udine, Cagliari e Napoli*".

Si tratta, in particolare, della clausola di cui all'art. 6 che, in combinazione con l'art. 14.2, lett. a), riproduce a livello statutario l'obbligo di fedeltà del socio, sancito dall'art. 2527, comma 2, del codice civile, e della specifica clausola di cui all'art. 14.2, lett. f), introdotta nell'agosto 2017. Tali obblighi, in caso di violazione, sono sanzionati con l'esclusione del socio[142].

156. Proprio in applicazione della clausola di cui all'art. 14.2 lett. f), Taxi Torino ha escluso sei tassisti, tre nel settembre 2017[143] e altri tre nel maggio 2018[144], per il solo fatto di aver scaricato l'app Mytaxi e di aver effettuato occasionalmente una corsa sulla base di una chiamata ottenuta tramite tale *app*.

157. Le suddette condotte di Taxi Torino, vincolando i soci, che costituiscono oltre il 90% dei tassisti operanti a Torino, a destinare tutta la propria capacità produttiva alla cooperativa, risultano idonee a impedire od ostacolare ingiustificatamente l'accesso e lo sviluppo di altre piattaforme di intermediazione e, in particolare, del nuovo operatore Mytaxi, nel mercato dei servizi di raccolta e smistamento della domanda del servizio taxi nel Comune di Torino.

b.1) La natura delle clausole statutarie di non concorrenza della società cooperativa e il diritto antitrust

158. Taxi Torino ha invocato la disposizione dell'art. 2527, comma 2, del codice civile per sostenere la liceità, sotto il profilo *antitrust*, delle proprie condotte. Secondo la Parte, ciò sarebbe confermato dalla sentenza del Consiglio di Stato del 3 marzo 2020, n. 1547, che avrebbe ritenuto non configurabile un abuso di posizione dominante in ragione dell'esistenza della citata norma codicistica.

159. Al riguardo, con specifico riferimento alla clausola di cui all'art. 6 (e alla collegata clausola ex art. 14.2, lett. a)), si rileva che il socio di Taxi Torino che si registra a Mytaxi e ne utilizza i servizi non viola la norma di cui all'art. 2527, comma 2, del codice civile. Infatti, come già affermato dall'Autorità in precedenti decisioni[145], la norma di cui all'art. 2527, comma 2, del codice civile,

---

[142] L'art. 6 (*Numero e requisiti*), al terzo capoverso stabilisce che: "*I soci devono essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2527 C.C.*". [L'art. 2527 c.c. (*Requisiti del socio*) dispone, al comma 2, che: "*non possono in ogni caso divenire soci della cooperativa quanti esercitano in proprio imprese in concorrenza con quella della cooperativa*".] In base all'art. 14.2, lett. a), (*Esclusione*) è prevista l'esclusione per il socio: "*che perda i requisiti per l'ammissione alla cooperativa, ivi inclusi quelli previsti dall'articolo 2527 C.C.*". Inoltre, la clausola contenuta nell'art. 14.2 lett. f), che è stata inserita nel mese di agosto del 2017, prevede l'esclusione nei confronti del socio "*che, pur rimanendo socio della cooperativa, aderisca ad altro soggetto titolare o gestore di diverso sistema tecnologico di intermediazione tra domanda e offerta del servizio taxi o, comunque, ne utilizzi le prestazioni*".

[143] Cfr. doc. 12, all.2.19, verbale del CDA di Taxi Torino del 28 settembre 2017.

[144] Cfr. doc. 12, all.2.23, verbale del CDA di Taxi Torino del 4 maggio 2018.

[145] In tal senso, sul punto, cfr. i provvedimenti nn. 27244 e 27245 del 27 giugno 2018, rispettivamente parr. 217 e 190, in cui si osserva che: "*l'articolo 2527, comma 2 - il quale vieta ai soci di svolgere attività in diretta concorrenza con quella della cooperativa - non appare violato dal tassista socio di una cooperativa che, affiliandosi a Mytaxi, non ne diventa socio, ma si limita a svolgere il solo servizio di trasporto*". Peraltro, a conferma di quanto rilevato dall'Autorità, le citate sentenze del Consiglio di Stato del giugno 2020 e del dicembre 2020 evidenziano che: "*Affinché possa integrarsi la violazione del divieto di cui all'art. 2527, comma 2, c.c., occorre, dunque, che due o più imprenditori svolgano contemporaneamente, in un ambito territoriale potenzialmente comune, attività di produzione di beni e servizi intercambiabili, in quanto funzionali al soddisfacimento con modalità analoghe del medesimo bisogno di mercato; operando, per l'effetto, in concorrenza tra di loro. La violazione del divieto de quo, dunque (…), non è rinvenibile allorquando il socio acquisti servizi forniti da operatori economici esercenti attività in concorrenza con quella della cooperativa di adesione, tenuto conto che in siffatte ipotesi il rapporto di concorrenza (vietato dall'art. 2527, comma 2, c.c.) si instaura tra la cooperativa e il terzo fornitore, ma non tra la cooperativa e il socio, che agisce nello svolgimento di un'attività differente. Ne deriva che le clausole di esclusiva (…) precludendo ai tassisti di acquistare servizi di intermediazione forniti da piattaforme in concorrenza con quelle di adesione, non sono riproduttive del divieto sancito*

nella misura in cui vieta ai soci di esercitare, in proprio, attività in concorrenza con quella della cooperativa[146], impedisce agli stessi di svolgere attività di intermediazione in concorrenza con quella della cooperativa, ma non di acquistare servizi erogati da altri operatori di intermediazione, ai quali soltanto deve ascriversi un rapporto di concorrenza con il radiotaxi di appartenenza. Il tassista che si avvale dell'app di Mytaxi si limita a usufruire dei servizi offerti da quest'ultima, svolgendo esso unicamente il differente servizio di trasporto[147].

160. In ogni caso, anche alla luce di una interpretazione più ampia dell'art. 2527 cod. civ., che legittimasse l'imposizione di vincoli all'autonomia dei soci comunque funzionali alla tutela dello scopo mutualistico, la previsione non potrebbe in ogni caso giustificare clausole come quelle adottate e applicate da Taxi Torino che, ponendo a carico dei soci un divieto *assoluto* di aderire a piattaforme concorrenti o di utilizzarne le prestazioni anche solo in via occasionale, risultano chiaramente *sproporzionate* rispetto al fine indicato. Questa conclusione non contraddice la sentenza del Consiglio di Stato n. 1547 del 3 marzo 2020.

Preliminarmente, occorre ricordare che la sentenza in questione si è limitata a pronunciarsi sui soli presupposti del provvedimento cautelare adottato dall'Autorità, con un accertamento per sua stessa natura sommario. La sentenza, del resto, ha espressamente fatto salvo il potere dell'Autorità di completare l'istruttoria e di accertare l'eventuale sussistenza di un illecito *antitrust*.

La stessa pronuncia, inoltre, sottolinea che, anche muovendo dal presupposto che la previsione di cui all'art. 2527 cod. civ. autorizzi l'introduzione di clausole volte a restringere la libertà di approvvigionamento dei soci al dichiarato intento di salvaguardare il perseguimento dello scopo mutualistico, la coerenza delle clausole in questione con le regole poste a tutela della concorrenza resterebbe comunque da valutare alla luce del principio di *proporzionalità* del mezzo rispetto al fine perseguito. Ne consegue che la sentenza del Consiglio di Stato non esclude affatto, come sostiene Taxi Torino, che l'Autorità possa valutare come contrarie all'art. 102 TFUE le clausole statutarie che risultino *sproporzionate* rispetto al fine, dalle stesse asseritamente perseguito, di salvaguardia dello scopo mutualistico, come l'istruttoria condotta ha permesso di verificare rispetto alle clausole adottate da Taxi Torino.

161. Il presente provvedimento non risulta pertanto elusivo della richiamata sentenza, posto che non accerta l'illegittimità delle citate clausole di non concorrenza in sé, bensì per la loro natura assoluta e tenuto conto del contesto in cui le stesse operano, risultando queste sproporzionate rispetto alla tutela dello scopo mutualistico e non limitate alla mera preclusione di indebite riduzioni dell'impegno dei soci in favore della cooperativa.

162. Peraltro, che la cooperativa Taxi Torino fosse ben consapevole del fatto che la sua condotta non fosse giustificata dalla norma di cui all'art. 2527, comma 2, c.c. trova conferma nella documentazione in atti. In particolare, dalla *mail* del 25 luglio 2017 del Presidente del Consiglio di Amministrazione di Taxi Torino ai consiglieri della cooperativa, si evince l'esigenza di introdurre

---

dall'art. 2527, comma 2, c.c., bensì sono state convenute nell'esercizio dell'autonomia negoziale delle parti, ponendo precetti convenzionali preclusivi di attività economiche altrimenti consentite dall'ordinamento" (Cfr., in particolare, sentenza n. 3502/2020, Parte IV, par. 4.8.2).

146 Il legislatore, nel dettare la norma di cui all'art. 2527, comma 2, c.c., ha dunque inteso evitare che il socio approfitti dei vantaggi derivanti dalla partecipazione societaria per svolgere un'attività in concorrenza con quella della cooperativa.

147 L'art. 2527, comma 2, c.c. è *"inapplicabile nel presente giudizio, riguardando fattispecie diversa da quella vietata dalle clausole di esclusiva per cui è controversia*" e da ciò "*ne discende anche l'irrilevanza della questione di compatibilità unionale (…)"* (Cfr. sentenza n. 3502/2020, *ibidem*).

una tutela specifica - rispetto a quella garantita dall'art. 6 dello Statuto (che richiama l'art. 2527, comma 2, c.c.) - che preveda "*sospensioni od eventuali espulsioni nel caso di affiliazione a piattaforme non approvate dal CDA*"[148]. È proprio per tale ragione che pochi giorni dopo viene introdotta nello Statuto della cooperativa la clausola di cui all'art. 14.2, lett. f), che prevede in maniera esplicita l'esclusione nei confronti del socio "*che, pur rimanendo socio della cooperativa, aderisca ad altro soggetto titolare o gestore di diverso sistema tecnologico di intermediazione tra domanda e offerta del servizio taxi o, comunque, ne utilizzi le prestazioni*".

163. D'altra parte, la citata sentenza del Consiglio di Stato n. 1547/2020 di annullamento del provvedimento cautelare[149] precisa che, alla luce di una lettura comunitariamente orientata di siffatte clausole, la loro applicazione dovrebbe essere limitata esclusivamente a quegli impieghi di piattaforme concorrenti che si traducano, *in via immediata e diretta*, in indebite riduzioni dell'impegno del socio a sostenere la cooperativa, consentendo la valutazione della condotta sotto il profilo *antitrust*[150]. A conferma di quanto detto, la citata pronuncia fa salvo l'ulteriore approfondimento istruttorio dell'Autorità, che sarebbe invece da escludersi ove la norma codicistica fosse intesa nel senso di legittimare l'adozione di qualsiasi tipo di misura limitativa dell'attività del socio.

164. Inoltre, nelle successive sentenze di giugno 2020 (Milano) e dicembre 2020 (Roma) relative a casi di clausole di esclusiva utilizzate da centrali radiotaxi, lo stesso Consiglio di Stato, in linea con la giurisprudenza comunitaria, ha confermato che: (i) siffatte clausole - poste a livello statutario a tutela dello scopo mutualistico - devono essere interpretate in senso compatibile con l'ordinamento eurounitario, evitando di riconoscere un significato precettivo lesivo dei principi e delle disposizioni del diritto europeo; (ii) per l'effetto, in quei casi l'Autorità ha accertato l'illiceità del divieto *assoluto* di non concorrenza nel pieno rispetto della disciplina *antitrust*.

In sostanza, il divieto statutario di non concorrenza - per essere compatibile con il diritto eurounitario e, in particolare, nel caso di specie, con l'art. 102 TFUE - non può vincolare la capacità di offerta dei tassisti soci più di quanto sia necessario e proporzionato a garantire il buon funzionamento della cooperativa[151].

---

[148] Doc. 12, all. 2.11 cfr. *supra* Parte IV, sez. IV.3.

[149] Ad esito del quale, cioè, un uso "innocuo" di piattaforme concorrenti da parte del socio è risultato *prima facie* poco verosimile.

[150] Cfr. la sentenza n. 1547/2020 laddove sottolinea che: "*una lettura comunitariamente orientata della clausola de qua può trovare il giusto equilibrio tra l'applicazione diffusa delle norme UE in tema di concorrenza alle cooperative, la salvaguardia dello scopo mutualistico delle cooperative e la tutela del principio di autoresponsabilità e di buona fede nei rapporti tra i soci cooperatori, ove, in sede applicativa di tal clausola l'appellante* [Taxi Torino] *precluda ai propri soci solo quegli impieghi di piattaforme altrui che si traducano, in via immediata e diretta, in indebite riduzioni dell'impegno del socio a sostenere in via esclusiva la cooperativa*" (par. 8.4).

[151] In tal senso cfr. le citate sentenze del Consiglio di Stato del 4 giugno e del 14-15 dicembre 2020: "*In ogni caso, anche l'esistenza di una disposizione normativa interna, eventualmente prescrittiva di un divieto per i soci di acquistare servizi forniti da operatori in concorrenza con la cooperativa di appartenenza, devono essere interpretate in senso compatibile con l'ordinamento unionale, evitando di riconoscere un significato precettivo lesivo dei principi e delle disposizioni del diritto europeo. La Corte di Giustizia (…) ha precisato che le limitazioni alle attività dei soci devono limitarsi a quanto necessario per assicurare il buon funzionamento della cooperativa, garantendo una base commerciale sufficientemente estesa, rafforzando il potere contrattuale della cooperativa, nonché assicurando una certa stabilità della partecipazione societaria (Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 12 dicembre 1995, in causa C-399/93, H.G. Oude Luttikhuis, punto 14; Id., 15 dicembre 1994, in causa C-250/92, Gøttrup-Klim, punto 35). Ne deriva che le disposizioni nazionali, regolatrici delle società cooperative, impositive di divieti di concorrenza a carico dei soci, devono essere intese alla stregua del principio di proporzionalità, potendo ritenersi compatibili con l'ordinamento unionale, ove necessarie per assicurare il buon*

165. In tal senso, appare altresì infondato l'assunto di Taxi Torino secondo il quale la legittimità sotto il profilo *antitrust* della clausola statutaria che impedisce al socio della cooperativa di aderire ad altro intermediario troverebbe conferma nella giurisprudenza comunitaria.

166. Al riguardo, tale giurisprudenza ha in primo luogo chiarito che la natura di società cooperativa dell'impresa e il suo scopo sociale non escludono in linea di massima l'applicazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza ai comportamenti tenuti da siffatta società[152].

In questo contesto, l'interpretazione e l'applicazione estensiva e strumentale dell'obbligo di fedeltà cooperativa, compiute da Taxi Torino, che si traduce in un obbligo di tipo *assoluto* che costringe i tassisti soci a non accettare *in nessun caso* la corsa intermediata da altra piattaforma, è in contrasto con la lettura che il diritto dell'Unione dà di tale obbligo. La giurisprudenza comunitaria ha infatti evidenziato che: "*una clausola di non concorrenza può rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato. Per accertare se una simile clausola rientri nella sfera del divieto sancito da questo articolo, occorre stabilire quale sarebbe lo svolgimento della concorrenza in sua assenza. Per spiegare un effetto benefico sulla concorrenza, l'obiettivo perseguito dall'inserzione di una tale clausola deve esso stesso contribuire al libero gioco della concorrenza. Inoltre, la stessa clausola di non concorrenza deve essere necessaria e proporzionata alla realizzazione di questo obiettivo*"[153].

167. Tale clausola, al contrario, ha trovato applicazione nel caso di specie a prescindere dall'entità del "presunto danno" arrecato alla cooperativa dai tassisti che avevano aderito a Mytaxi: Taxi Torino, infatti, ha escluso sei soci, ad esito di una attività investigativa *ad hoc* commissionata a una agenzia esterna, per il solo fatto di aver semplicemente scaricato l'app di Mytaxi e di aver effettuato occasionalmente una corsa procacciata tramite tale piattaforma. Risulta allora evidente la palese

---

funzionamento della cooperativa, garantendo il vincolo fiduciario con la cooperativa di appartenenza e il perseguimento dello scopo mutualistico". Per l'effetto, con riferimento ai casi esaminati nei procedimenti I801A e I801B, prosegue il Consiglio di Stato, affermando che: *"Alla stregua di tali considerazioni, è possibile evidenziare come l'intervento dell'Autorità sia caratterizzato dal pieno rispetto della disciplina e dei principi antitrust, essendo stata accertata l'illiceità non della clausola di concorrenza in sé, bensì della sua natura assoluta, che ha impedito ai tassisti di destinare in favore di altri operatori -in concorrenza con le parti del procedimento- la quota di capacità produttiva non necessaria ai radiotaxi di appartenenza per lo svolgimento dell'attività di intermediazione*" (ad esempio, sentenza n. 3502/20, Parte IV, par. 4.8.2).

[152] Cfr. CGUE decisione del 15 dicembre 1994, causa C-250/92 – *Gøttrup-Klim Grovvareforreininger c. DanskLandburgs Grovvareselskab AmbA* e Tribunale, decisione del 2 luglio 1992, causa T-61/89 *Dansk Pelsdyravlerforening contro Commissione delle Comunità europee*. La giurisprudenza comunitaria al riguardo evidenzia che: "*benché l'organizzazione di un'impresa nella forma giuridica specifica di una società cooperativa non rappresenti di per se stessa un comportamento restrittivo della concorrenza, una tale struttura organizzativa può, avuto riguardo al contesto nel quale la cooperativa opera, costituire nondimeno un mezzo atto ad influire sul comportamento commerciale delle imprese che ne fanno parte, in guisa da restringere o falsare il giuoco della concorrenza sul mercato nel quale queste imprese svolgono le loro attività commerciali*" (Cfr. Tribunale Causa T-61/89, cit., par. 51). Ne consegue che deve escludersi che: "*l'esercizio di un'attività economica da parte di una società cooperativa sia di massima sottratto all'applicazione delle disposizioni dell'art. 85, n. 1, del Trattato, né che i presupposti di applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza nel settore cooperativo siano, come tali, intrinsecamente differenti da quelli relativi alle altre forme di organizzazione dell'attività economica. Accogliere la tesi contraria significherebbe consentire ad ogni Stato membro di privilegiare un determinato tipo di impresa nella sua organizzazione economica, al solo fine di permettere alle imprese in questione di eludere le norme comunitarie sulla concorrenza applicabili alle imprese. Ne deriverebbe una rottura della parità di trattamento tra operatori economici incompatibile con gli stessi capisaldi dell'ordinamento giuridico comunitario*" (par. 52).

[153] Cfr. Tribunale Causa T-61/89, par. 74; vedi anche la sentenza della Corte di Giustizia 15 dicembre 1994 e conclusioni AG Tesauro del 16 giugno 1994, caso C-250/92 *Gøttrup-Klim*, in cui il giudice ha riconosciuto che *"...una disposizione statutaria di una cooperativa d'acquisto, che limiti la possibilità per i suoi aderenti di partecipare ad altre forme di cooperazione concorrenti e che, in tal modo, li dissuada dal rifornirsi altrove, può avere taluni effetti negativi sulla concorrenza. Ne consegue che, per sfuggire al divieto sancito dall'art. 85, n. 1, del Trattato, le limitazioni imposte dagli statuti delle cooperative di consumo ai loro soci devono limitarsi a quanto è necessario per assicurare il buon funzionamento della cooperativa e rafforzare il suo potere contrattuale nei confronti dei produttori*" (§ 35).

infondatezza della tesi di Taxi Torino, secondo cui la clausola di cui all'art. 14.2, lett. f), sarebbe una mera specificazione dell'obbligo di fedeltà del socio. Se così fosse, infatti, non vi sarebbe stata alcuna esigenza per la cooperativa di introdurla nello Statuto. Si tratta, piuttosto, di una previsione che, vietando la mera adesione di un tassista socio - in qualità di utilizzatore - ad un diverso sistema tecnologico di intermediazione della domanda, va ben oltre l'obbligo di fedeltà cooperativa.

168. Né appare conferente l'argomentazione di Taxi Torino secondo cui l'introduzione nello Statuto dell'art. 14.2, lett. f), sarebbe legata alla tutela dell'investimento realizzato nell'ambito del contratto con Move Plus per l'implementazione dell'app Wetaxi.

Sul punto, si osserva che Taxi Torino si è limitata a fornire i costi del servizio, la cui entità appare tale da non essere in grado di incidere sul buon funzionamento della cooperativa, posto, da un lato, che la quota di mercato vincolata è assai elevata e la clausola ha durata illimitata[154], dall'altro, che, a distanza di quasi quattro anni dalla fusione delle due preesistenti cooperative in Taxi Torino e dalla conclusione del contratto con Move Plus, l'investimento appare recuperato in considerazione della stimata riduzione dei costi connessa alle economie di scala derivanti dalla fusione.

In ogni caso, l'asserita protezione dell'investimento sostenuto per l'utilizzo dell'app Wetaxi non può essere realizzata attraverso una clausola che pone un divieto assoluto di non concorrenza che - come l'istruttoria nel proseguo dimostra - ha prodotto effetti restrittivi della concorrenza.

b.2) La restrittività delle condotte di Taxi Torino: la previsione e l'applicazione delle clausole statutarie di non concorrenza

169. I comportamenti posti in essere da Taxi Torino, e in particolare la previsione delle clausole controverse e la loro applicazione, rappresentano una violazione della concorrenza ai sensi dell'art. 102 del TFUE, in quanto idonei ad influire sul gioco della concorrenza all'interno del mercato rilevante e produttivi di effetti concreti.

170. Al riguardo, si evidenzia innanzitutto che sono agli atti numerosi documenti che dimostrano come l'introduzione della clausola di cui all'art. 14.2, lett. f), lungi dall'essere mossa dall'obiettivo di proteggere l'investimento derivante dal contratto con Move Plus per l'utilizzo dell'app Wetaxi, come sostenuto da Taxi Torino, rispondeva alla precipua esigenza della cooperativa di scongiurare in modo risolutivo e rapido il rischio dell'utilizzo da parte di alcuni soci dei servizi del nuovo operatore Mytaxi. Peraltro, si tratta di documenti anche precedenti al contratto stipulato con Move Plus per l'utilizzo dell'app Wetaxi[155], in nessuno dei quali si fa alcun cenno di tale *app*. Nel verbale dell'assemblea del 18 luglio 2017 è scritto: "*Molti soci intervengono chiedendo al Consiglio di Amministrazione (…) di prendere provvedimenti, come da articolo 2527 comma 2 del c.c., nei confronti dei colleghi, che hanno aderito all'app MY TAXI, in chiara concorrenza con lo scopo sociale. (…). Dopo ampia discussione i soci a maggioranza chiedono che venga convocata al più presto un'assemblea straordinaria, per poter stabilire insieme la scelta più idonea, nell'interesse*

[154] Essendo stata inserita nello Statuto di Taxi Torino che prevede una durata della cooperativa fino al 2060 mentre il contratto di esclusiva concluso con Move Plus per l'utilizzo dell'app Wetaxi aveva durata triennale.

[155] Cfr. doc. 12, all. 2.14: già dal verbale del Consiglio di Amministrazione del 12 maggio 2017 della Società Cooperativa Taxi Torinese 5737 (una delle due cooperative che a fine giugno 2017 ha poi costituito Taxi Torino tramite fusione con l'altra cooperativa esistente a Torino) risulta che detta cooperativa avvertisse come una questione problematica l'utilizzo da parte dei soci dei servizi di Mytaxi: infatti, con riguardo alla richiesta di quattro soci di aderire a Mytaxi, il Consiglio di Amministrazione della cooperativa decide di incaricare uno studio legale di analizzare l'argomento.

dei soci stessi"[156]. Nella *mail* del 19 luglio 2017, il Presidente della cooperativa si rivolge ai consiglieri di amministrazione, dicendo: "*in seguito all'assemblea tenutasi ieri sera 18/7 e alla richiesta dei soci di convocare un'assemblea straordinaria urgente, tesa a risolvere la problematica relativa all'utilizzo di applicazioni concorrenti e alla conseguente indagine dell'antitrust, siamo a richiedervi un Consiglio di Amministrazione urgente che si terrà venerdì 21 luglio (…). Pur comprendendo il poco anticipo, vi chiedo la cortesia di essere tutti presenti, vista l'importanza degli argomenti da trattare*"[157]. A valle della riunione del Consiglio di Amministrazione, con *mail* del 25 luglio 2017, il Presidente chiedeva ai consiglieri di approfondire la questione relativa all'idoneità delle clausole statutarie vigenti a contrastare o impedire l'utilizzo dell'app Mytaxi da parte dei soci[158]. All'esito di tali approfondimenti, il 3 agosto 2017, veniva deliberata dall'assemblea straordinaria l'introduzione nello Statuto della specifica clausola di cui all'art. 14.2, lett. f)[159].

171. L'esigenza di intervenire quanto prima nei confronti dei soci di Taxi Torino aderenti a Mytaxi e di dare un segnale chiaro sulle conseguenze di un simile comportamento, è dimostrato anche dalla decisione di Taxi Torino di avvalersi - ripetutamente nel tempo - di un'agenzia investigativa allo scopo di individuare i tassisti che avessero effettuato anche una sola corsa a favore di Mytaxi, tassisti definiti dalla stessa cooperativa alla stregua di "*mele marc*[i]*e*"[160]. All'esito delle investigazioni, la reazione è stata tempestiva e durissima, portando all'esclusione immediata dei tassisti colpevoli, tre nel settembre 2017[161] e tre nel maggio 2018[162].

172. L'idoneità - e la concreta efficacia - degli obblighi di non concorrenza, come interpretati e applicati dalla cooperativa, a impedire l'ingresso nel mercato o la crescita dei concorrenti risulta con chiarezza dalla documentazione in atti. Sin dall'avvio della sua attività Mytaxi non è riuscita a soddisfare gran parte delle richieste di servizio ricevute, registrando un tasso di corse inevase pari in media a circa il *[65-70]*%. In altri termini, Mytaxi è stata in grado di esprimere un livello di offerta effettiva di gran lunga inferiore alla propria domanda, mentre Taxi Torino, con un tasso di domanda inevasa sempre inferiore all'1%, ha espresso costantemente un'offerta di dimensioni quantomeno coerenti con l'ampiezza della propria domanda. Ciò, a sua volta, ha danneggiato i consumatori, ai quali è stata sostanzialmente preclusa la possibilità di avvalersi di sistemi alternativi di approvvigionamento del servizio taxi, nella misura in cui le loro richieste tramite l'app MyTaxi sono rimaste ampiamente inevase.

173. In un mercato a due versanti, in cui esiste una stretta relazione tra la capacità disponibile dei tassisti a operare con la piattaforma e la domanda di utenti che la piattaforma riceve, il rapporto tra richieste ricevute e richieste evase costituisce un parametro particolarmente utile, in quanto fornisce già un'indicazione degli effetti della restrizione determinata dalle clausole di non concorrenza. Infatti, per una piattaforma aperta, il rapporto chiamate ricevute/evase può ridursi (tendendo a quel livello "strutturale" imputabile esclusivamente a fattori esogeni) solo aumentando in modo

---

156 Cfr. doc. 12, all. 2.17, verbale dell'assemblea del 18 luglio 2017, enfasi aggiunta.

157 Cfr. doc. 12, all. 2.8, mail del 19 luglio 2017, enfasi aggiunta.

158 Cfr. doc. 12, all. 2.11, mail del 25 luglio 2017.

159 Cfr. doc. 12, all. 2.24.

160 cfr. doc. 12, all. 2.9: mail del 20 aprile 2018.

161 Cfr. doc. 12, all. 2.19: verbale del CDA del 28 settembre 2017.

162 Cfr. doc. 12, all. 2.23: verbale del CDA del 4 maggio 2018.

consistente il numero dei tassisti affiliati, in quanto la capacità produttiva che ciascuno di essi può mettere a disposizione della piattaforma - diventando attivo - è limitata.

174. L'effetto restrittivo della concorrenza verificatosi a Torino a seguito della modifica statutaria dell'agosto 2017 è stato amplificato dalle esclusioni dei tassisti che hanno avuto un chiaro effetto disciplinante nei confronti dei tassisti soci, dimostrato da un crollo delle nuove registrazioni mensili all'app Mytaxi, che in numerosi mesi sono state addirittura nulle; inoltre, dall'ingresso di Mytaxi a Torino al febbraio 2020 si sono registrati all'app un numero di tassisti inferiore al 7% di tutte le licenze attive a Torino. Percentuali ancora minori riguardano i tassisti (affiliati e attivi) che hanno utilizzato l'app, i quali non hanno mai superato, dal suo lancio, rispettivamente il 4,8% e l'1% del totale delle licenze. Anche il numero dei tassisti affiliati e attivi rispetto al numero dei tassisti registrati è diminuito nel periodo di riferimento, rispettivamente, di circa 15 punti percentuali e di oltre 11 punti percentuali[163].

175. Infine, gli effetti escludenti della previsione delle clausole statutarie e delle ripetute esclusioni di tassisti aderenti a Mytaxi sono documentati anche dai dati istruttori contenuti nella tabella 2 (cfr. *supra* Parte IV, sez. IV.5, b.2), da cui si evince che l'utilizzo dell'app Mytaxi da parte dei tassisti registrati cala sensibilmente laddove tali tassisti siano vincolati dalle clausole di non concorrenza, in quanto soci di Taxi Torino, rispetto ai tassisti cd indipendenti.

176. Riguardo all'asserita inidoneità delle condotte di Taxi Torino a impedire l'ingresso o la crescita di Mytaxi "*secondo le proprie potenzialità*", la Parte ha preliminarmente addotto un presunto difetto istruttorio, consistente nella mancata acquisizione del *business plan* di Mytaxi, dal quale sarebbe stato possibile desumere i reali obiettivi di mercato che il nuovo entrante si prefiggeva di raggiungere grazie al suo ingresso a Torino. Sul punto, si osserva che tale eccezione appare strumentale e infondata. Infatti, il *business plan* è un documento aziendale che contiene essenzialmente dati previsionali e la cui redazione segue criteri e obiettivi del tutto differenti rispetto ad un accertamento istruttorio, che si basa necessariamente su dati effettivi, relativi all'attività svolta da Mytaxi a partire dal suo ingresso nel mercato. L'acquisizione agli atti del presente procedimento del *business plan* di Mytaxi, e dei dati sulle previsioni di crescita della società in esso contenuti, non avrebbe dunque fornito alcun elemento a favore delle tesi difensive della Parte.

177. Nemmeno si può ritenere accettabile l'eccezione di Taxi Torino che sostiene che i dati sulla mancata evasione delle corse da parte di Mytaxi siano viziati dal fatto che il numero di richieste di corse ricevute da Mytaxi risulterebbe strutturalmente in eccesso, in virtù di una serie di caratteristiche tecniche proprie dell'app[164]. Infatti, i radiotaxi e Mytaxi usano sistemi di rilevazione delle corse sostanzialmente analoghi[165] ed eventuali difficoltà di stima sono comuni ai due

[163] Docc. 51.1 e 104.1, cfr. *supra* Parte IV, sez. IV.5, b.2).

[164] Cfr. *supra* § 121.

[165] Come noto, il sistema su cui si basa la piattaforma di Mytaxi considera la chiamata come "ricevuta" nel momento in cui avvia la ricerca, esattamente come i radiotaxi, mentre non registra le chiamate per "richieste di informazioni/di servizio" perché il tempo di arrivo e il costo stimati sono visibili alla semplice apertura dell'*app*, che non viene registrata come chiamata. Anche il c.d. rischio di moltiplicazione delle chiamate richiamato dalle Parti, legato alla possibilità che gli utenti usino contestualmente più canali di chiamata, è comune sia ai radiotaxi che alle piattaforme aperte.

sistemi[166]. Ad ogni modo, l'asserita sovrastima delle richieste di corse imputabile all'app di Mytaxi non è stata supportata da dati o da alcuna analisi di tipo quantitativo.

178. Quanto, infine, alla circostanza che sarebbe stata fornita una lettura distorta dei dati prodotti da Mytaxi - ravvisabile nella contraddizione tra un numero percentuale di richieste evase da Mytaxi rimasto pressoché stabile nel tempo, "*pur aumentando di mese in mese il numero di richieste ricevute da Mytaxi*", e l'asserita staticità del numero di tassisti che usufruiscono dell'app (cui avrebbe dovuto necessariamente corrispondere una diminuzione percentuale delle richieste evase) - si osserva quanto segue. Le corse richieste, depurate per l'effetto stagionale, lungi dall'aumentare mese per mese, come sostenuto dalla Parte, dopo un andamento positivo nei primi mesi del 2019, rispetto ai medesimi mesi del 2018, sono andate riducendosi, fino a crollare del tutto nel primo bimestre del 2020. Ed è proprio per tale ragione che il dato di corse evase appare più alto in tali mesi (40-45% rispetto a 30-35%), ed è privo tuttavia di attendibilità.

b.3) La contendibilità del mercato: sulla clausola di recesso

179. Taxi Torino ha sostenuto la piena contendibilità dei tassisti soci da parte di un concorrente sulla base della circostanza che le clausole statutarie che disciplinano il recesso, e in particolare la nuova clausola di cui all'art. 14.2 lett. c), consentirebbero di esercitare tale diritto liberamente e senza costi apprezzabili.

180. Sul punto, si evidenzia che Taxi Torino detiene una quota di mercato superiore al 90% e sostanzialmente stabile, in presenza della quale il recesso dalla cooperativa non può certamente costituire per il tassista che intenda aderire a MyTaxi una valida alternativa, atteso che il socio che intenda recedere dovrebbe rinunciare all'elevato volume di utenti intercettati dalla cooperativa, con una riduzione significativa dei propri introiti. Ciò è tanto più rilevante se si considera che vi è una quota ancora consistente di utenti che si rivolge ai tassisti attraverso il canale telefonico. Diversamente da quanto osservato da Taxi Torino, dunque, il tassista che decide di recedere, per poter accedere ad una diversa piattaforma, è costretto a rinunciare all'intera domanda di taxi garantita dal radiotaxi di provenienza[167]. Le significative esternalità negative in caso di uscita da Taxi Torino rendono pertanto il recesso non appetibile e comunque azzardato per il singolo tassista[168].

---

[166] Legate ad esempio a eventuali imprecisioni della geolocalizzazione. Inoltre, come noto, il sistema di Mytaxi non registra come chiamate ricevute anche le chiamate "apparenti" (in quanto fatte solo per stimare il prezzo della corsa o ripetute più volte per avere più probabilità di risposta), né le chiamate a cui il cliente rinuncia (ovvero i casi in cui il cliente non procede alla ricerca del taxi perché il tempo di arrivo stimato è troppo elevato o la connessione internet non è adeguatamente funzionante). Questo tipo di chiamate, peraltro, è equiparabile al segnale occupato e all'assenza di operatori nei radiotaxi.

Peraltro, appare paradossale anche l'obiezione di parte secondo cui il tasso di evasione delle corse dei radiotaxi andrebbe calcolato senza considerare i segmenti della clientela *business*, cui corrispondono tassi di evasione quasi nulli, essendo questa servita in via prioritaria (data la presenza di penali ove non siano rispettati determinati tempi di arrivo). Al riguardo appare altamente improbabile per Mytaxi contrattualizzare tale clientela, atteso che, a causa delle clausole di esclusiva, la società non è riuscita in 4 anni a totalizzare nemmeno una media di 10 tassisti attivi al mese.

[167] A ciò si aggiunga che la quota di iscrizione e le spese per l'attrezzatura sono a fondo perduto e le somme restituite dalla cooperativa (come la quota di capitale sociale) non sono di regola liquidate nell'immediato.

[168] Cfr. in tal senso, ad esempio, sentenza del Consiglio di Stato n. 8061 del 15 dicembre 2020: "*La portata anticoncorrenziale delle clausole di esclusiva, inoltre, non può ritenersi controbilanciata dalla previsione del diritto di recesso, dovendosi valutare – sotto tale profilo – non soltanto la giuridica possibilità dello scioglimento dal vincolo negoziale, ma anche l'effettiva praticabilità del rimedio sotto un profilo economico. (…). A fronte di un mercato saturo caratterizzato dalla fedeltà dei consumatori a un piccolo numero di grandi operatori emergono rilevanti economie di rete,*

181. Peraltro, dalle informazioni fornite dalla stessa Taxi Torino è emerso che non risulta essere stato esercitato alcun recesso in applicazione della nuova clausola statutaria di cui all'art. 14.1, lett. c), che prevede, appunto, il recesso del socio che decida di aderire ad altro intermediario o di utilizzarne comunque i servizi[169].

182. Né infine rileva il precedente austriaco richiamato dalla Parte ai fini della decisione del presente caso, poiché esso presenta elementi di fatto e diritto diversi. Il giudice austriaco ha infatti affermato che la valutazione in merito all'assenza di un effetto escludente delle clausole di non concorrenza, benché accompagnate da facoltà di recesso nel termine di un mese, dipendeva "*dalle circostanze del caso concreto*" - circostanze non ricorrenti nel caso di specie - quali, tra l'altro, che l'esclusiva gravasse sul singolo veicolo (e non sul tassista), così che i tassisti con un parco di più veicoli (situazione possibile in Austria ma non in Italia) non fossero necessariamente vincolati ad una impresa radiotaxi per tutta la loro capacità; che non fosse stato dimostrato che in concreto i vincoli di esclusiva, data la facoltà di recesso con breve termine e senza limiti, fossero idonei a rendere difficile o impossibile a un tassista di rivolgersi a un concorrente; che un considerevole numero di taxi a Vienna non sono vincolati. Si ricorda, su tale ultimo punto, che dalla decisione austriaca citata emerge come a Vienna vi sia un numero di taxi molto elevato, sia in termini assoluti che rispetto alle dimensioni della città (4.500 licenze, per circa 9.000 veicoli) e vi siano tassisti che hanno un parco di più veicoli e siano vincolati da esclusiva solo con un veicolo.

b.4) Il nesso causale tra il tasso di utilizzo dell'app Mytaxi e le clausole statutarie

183. Taxi Torino ha eccepito l'assenza di un nesso causale tra lo scarso utilizzo dell'app Mytaxi da parte dei tassisti torinesi e le clausole statutarie contestate. Invero, secondo la cooperativa, il modesto tasso di attività di Mytaxi deriverebbe, non già dalle suddette clausole statutarie, ma dalle politiche commerciali non competitive applicate dalla società ai tassisti: in particolare, la ragione per cui i tassisti continuerebbero a preferire Taxi Torino rispetto a Mytaxi risiederebbe nel criterio di remunerazione del servizio, calcolato in percentuale sulla corsa, prescelto da Mytaxi, e nel livello della commissione richiesta loro da quest'ultima (ora pari al 10%). La quota fissa mensile applicata da Taxi Torino, al contrario, massimizzerebbe l'incentivo al totale impegno per i tassisti, che avranno interesse ad usufruire di tutte le chiamate che gli pervengono dalla cooperativa.

184. Tale eccezione risulta del tutto infondata. Ciò in quanto il concreto beneficio che i tassisti traggono dall'utilizzo dell'app di Mytaxi è quello di ottimizzare la propria capacità produttiva e, dunque, la propria offerta, acquisendo corse aggiuntive che non sarebbero altrimenti effettuate, impiegando la propria capacità produttiva in eccesso.

---

che dissuadono gli appartenenti alla rete dallo sciogliersi dal relativo vincolo giuridico, per il timore di perderei benefici economici derivanti dalla possibilità di operare con una clientela fidelizzata. (…). Il recesso dal radiotaxi, in particolare, oltre a determinare, in taluni casi, una perdita di costi cd. "affondati" (…) determina, nell'attuale situazione di mercato, la perdita di importanti benefici da economie di rete. (…). A fronte di tali condizioni di mercato, il recesso dal radiotaxi determinerebbe a carico del tassista la perdita dei benefici derivanti dall'appartenenza ad una rilevante rete economica, in grado di assicurare lo smistamento di un considerevole numero di domande di servizio taxi provenienti da una clientela fidelizzata. Per tali ragioni, il recesso dal radiotaxi è stato correttamente ritenuto dall'Autorità un rimedio economicamente inidoneo a controbilanciare le clausole di esclusiva, tenuto conto che difficilmente - a prescindere dalle politiche economiche eventualmente attuabili da nuovi operatori di intermediazione intenzionati a fare ingresso nel mercato - le condizioni di mercato (preesistenti all'ingresso di Mytaxi) permetterebbero al tassista di recedere dal radiotaxi, senza perdere rilevanti benefici da economie di rete suscettibili di influire sui ricavi della propria attività d'impresa (nel significato rilevante in materia antitrust)" (par. 8.9).

[169] Cfr. docc. 54 e 105.

A tale riguardo, l'istruttoria ha verificato la sussistenza per i tassisti torinesi di una capacità di offerta residua e non sfruttata: infatti, il numero medio di corse mensili eseguite dai tassisti aderenti a Taxi Torino - tramite radiotaxi e *app* Wetaxi complessivamente - nel periodo da luglio 2017 a febbraio 2020 è risultato compreso tra 140 e 160 corse, con un totale medio annuo di corse che si attesta tra le 1700 e le 2000 corse[170], ben al di sotto del tetto annuo massimo stimato di corse (3.150) che un tassista può effettuare per città comparabili in termini di caratteristiche e di organizzazione dei turni[171], con conseguente mancato sfruttamento dell'intera capacità produttiva esprimibile da ciascun tassista. Quando il tassista è libero, dunque, è sempre conveniente utilizzare l'app di Mytaxi, a prescindere dalle condizioni applicate[172].

185. Quanto allo studio KPMG, contrariamente a quanto sostenuto da Taxi Torino, si evidenzia che tale studio costituisce un valido *benchmark* di riferimento per il caso in esame, posto che non solo il Comune di Torino, come detto, risulta comparabile in termini di caratteristiche e turni con le città considerate, ma la stessa Taxi Torino riconosce che il numero medio annuale di corse effettuato dai tassisti della cooperativa è in linea con i risultati dello studio.

Lo scenario di c.d. "pieno potenziale" - ritenuto non realistico da Taxi Torino – non è nient'altro che la misura dell'intera capacità produttiva di ciascun tassista attualmente non esprimibile proprio in virtù dei comportamenti posti in essere dalla cooperativa. Al riguardo, lo studio in questione, che rappresenta peraltro solo uno degli elementi su cui si basa l'attività istruttoria, appare indicativo del fatto che un'unica piattaforma non risulta, da sola, sufficiente a soddisfare pienamente la capacità produttiva espressa dai tassisti.

186. Né appare fondata l'argomentazione di Taxi Torino secondo la quale sarebbe la politica commerciale di Mytaxi a scoraggiare l'utilizzo da parte dei tassisti della sua *app*[173]. Dall'analisi istruttoria è emersa una notevole differenza di comportamento tra i tassisti soci della cooperativa e i tassisti non soci rispetto all'utilizzo dell'app Mytaxi, sia in relazione all'andamento delle

---

[170] Cfr. *supra* § 90.

[171] Cfr. "*L'impatto dell'innovazione sulla mobilità non di linea. Regole, Mercato e Finanza pubblica. Report*", 31 maggio 2017, realizzato da KPMG Advisory S.p.A. con il supporto dell'Unione dei Radiotaxi d'Italia e commissionato da Radiotaxi 3570, disponibile su *https://www.uritaxi.it/wpnew/wp-content/uploads/2017/06/Uri_Studio-KPMG_aggto.pdf*. Lo studio rileva che il numero di corse medio annuo stimato che un tassista può effettuare in città come Roma e Milano varia tra 1.675 e 3.150.

[172] Coerentemente, peraltro, con quanto indicato nella sentenza del Consiglio di Stato n. 1547/2020, che, come detto, non esclude un uso "innocuo" di piattaforme concorrenti ma osserva che, allo stadio dell'accertamento cautelare, un tale uso risultava *prima facie* poco verosimile. Vedi anche le sentenze del Consiglio di Stato del giugno e dicembre 2020 secondo cui: "*tali dati evidenziano come presso i radiotaxi non sia impiegata l'intera capacità produttiva esprimibile da ciascun tassista (fino a 3150 corse annuali), registrandosi una quota di detta capacità rimasta inutilizzata e, quindi, vincolata sebbene non necessaria al radiotaxi di appartenenza. Né la parte appellata ha dimostrato diversamente, non avendo provato (…) la necessità di impiegare l'intera capacità produttiva dei propri tassisti per assicurare il buon funzionamento della cooperativa* (8.19, sentenza n. 7991/2020); "*Anche sotto tale profilo, pertanto, risulta violato il principio di proporzionalità, atteso che le clausole di esclusiva, in ragione della loro portata assoluta, vincolano al radiotaxi una capacità produttiva eccedente quella necessaria per lo svolgimento dell'attività economica della piattaforma di intermediazione, registrandosi un numero di corse effettivamente intermediate dai radiotaxi inferiore al complessivo numero di corse effettuabili dai tassisti aderenti*"(8.20, ibidem).

[173] Peraltro, un confronto tra il canone mensile pagato da ciascun tassista aderente a Taxi Torino (cui si aggiunge la quota annua rateizzabile in 12 rate, cfr. *supra* § 48), rapportato al numero medio di corse effettuate mensilmente da ciascun tassista (cfr. *supra* § 90), appare non troppo dissimile, in termini di peso percentuale su una corsa media del costo di 10/12 euro, dalla commissione richiesta da Mytaxi. E ciò a prescindere dal costo di ammissione alla cooperativa, comunque paragonabile a quello di acquisto di un *tablet* o di uno smartphone di ultima generazione necessari per aderire ad una piattaforma tipo quella di Mytaxi.

registrazioni sia con riguardo ai tassi di utilizzo dell'app. Mentre nel tempo è tendenzialmente cresciuto il numero dei tassisti non soci registrati all'app (61 a ottobre 2017, 77 a settembre 2018, 85 a maggio 2019, 84 a settembre 2019, 83 a dicembre 2019 e 82 a febbraio 2020), il numero di tassisti aderenti a Taxi Torino registrati anche all'app Mytaxi (cioè che si sono scaricati l'app sul proprio *smartphone*) è rimasto esiguo e pressoché immobile nel tempo (13 tassisti a ottobre 2017, 16 a settembre 2018, 15 a maggio 2019, 18 a settembre 2019 e a dicembre 2019, 19 a febbraio 2020), pur rappresentando questi la grande maggioranza dei tassisti torinesi. Inoltre, mentre i tassisti aderenti alla cooperativa che si sono registrati a Mytaxi di fatto non la utilizzano (69% nel periodo da giugno a ottobre 2017, 88% nel periodo da novembre 2017 a settembre 2018, 87% nel periodo da ottobre 2018 a maggio 2019, 89% nel periodo da giugno 2019 a settembre 2019, 83% nel periodo da ottobre 2019 a dicembre 2019 e 84% nei mesi di gennaio e febbraio 2020) o la utilizzano, al più, in modo sporadico, i tassisti indipendenti che si sono registrati a Mytaxi ne fanno un utilizzo ben più intenso. La percentuale di tassisti indipendenti che utilizza l'app, considerando sia chi ne fa un uso sporadico sia chi la utilizza in modo sistematico, è pari almeno al 70% in tutti i periodi considerati[174].

187. Al riguardo, la tesi di Taxi Torino, dell'irrilevanza probatoria di un utilizzo maggiore da parte dei tassisti indipendenti dell'app Mytaxi rispetto ai tassisti vincolati dalle clausole di non concorrenza in quanto i primi non sosterrebbero i costi di appartenenza alla cooperativa, appare del tutto priva di fondamento: tali costi legati all'appartenenza alla cooperativa hanno infatti caratteristica di costi "affondati", e per il tassista effettuare una corsa è sempre più conveniente che rimanere inattivo dal momento che in tal modo si riduce l'incidenza media dei costi affondati.

188. La scelta dei tassisti soci della cooperativa di non destinare una quota della propria capacità produttiva a Mytaxi - scelta che invero dovrebbe essere unicamente determinata tanto da variabili economiche quanto dalle condizioni contingenti della domanda, anche in considerazione della localizzazione sul territorio e delle attitudini di ciascun tassista (vicinanza tra tassista e utente, traffico, disponibilità di una corsa in un posteggio, condizioni metereologiche, ecc.) - risulta dunque riconducibile in modo inequivocabile alla presenza dei vincoli statutari di non concorrenza, e in particolare all'applicazione in due specifiche occasioni della clausola di cui all'art. 14.2 lett. f), che prevede l'espulsione dalla cooperativa anche a seguito del mero utilizzo di una piattaforma di intermediazione diversa.

189. Le ripetute esclusioni deliberate dalla cooperativa in applicazione della suddetta clausola, oltre ad arrecare un concreto danno ai tassisti esclusi, hanno infatti inviato un segnale chiaro a tutti i tassisti associati a Taxi Torino, disincentivando non solo l'utilizzo dell'app ma addirittura la mera registrazione dei tassisti alla piattaforma di Mytaxi. Il pericolo per il tassista di vedere risolto il contratto che lo lega a Taxi Torino, costringendolo a sopportare costi molto elevati derivanti dai mancati benefici da economie di rete di cui gode all'interno del radiotaxi, ha rappresentato infatti un potente deterrente alla scelta del singolo tassista di destinare una quota della propria capacità produttiva alla piattaforma di Mytaxi.

190. Infine, dall'analisi istruttoria è emerso che Mytaxi ha effettuato promozioni commerciali, oltre che nei confronti dei consumatori, anche nei confronti dei tassisti; tali promozioni avrebbero potuto costituire per essi un sicuro ulteriore incentivo a registrarsi e a utilizzare l'app, ove l'interpretazione

[174] Cfr. *supra* Parte IV, sez. IV.5.

e l'applicazione dei vincoli statutari fatta da Taxi Torino non avessero portato a un sostanziale blocco all'accesso di nuovi operatori.

191. In definitiva, sulla base dei dati istruttori, è emerso in modo univoco che lo scarso utilizzo dell'app Mytaxi da parte dei tassisti soci sia riconducibile non già alla politica commerciale del nuovo entrante, bensì ai vincoli statutari e alle esclusioni adottate da Taxi Torino.

VI.3 Conclusioni sugli effetti restrittivi delle clausole di non concorrenza

192. L'attività istruttoria svolta ha consentito di accertare che le clausole statutarie di cui all'art. 6 (in combinazione con l'art. 14.2, lett. a)) e all'art. 14.2, lett. f), quest'ultima introdotta nell'agosto del 2017 in concomitanza con l'ingresso di Mytaxi nel mercato torinese, vincolando i soci - che costituiscono oltre il 90% dei tassisti operanti a Torino - a destinare tutta la propria capacità produttiva alla cooperativa, sono risultate idonee a impedire o ingiustificatamente ostacolare l'accesso e lo sviluppo di piattaforme aperte, come quella di Mytaxi, nel mercato dei servizi di raccolta e smistamento della domanda del servizio taxi nel Comune di Torino.

193. In primo luogo, è emerso come la norma di cui all'art. 2527, comma 2, del codice civile, invocata da Taxi Torino per sostenere la liceità sotto il profilo *antitrust* delle suddette clausole statutarie, non possa applicarsi al socio di Taxi Torino che aderisca ad altra piattaforma o ne utilizzi i servizi, non svolgendo questi alcuna attività in proprio in concorrenza con quella della cooperativa; ciò in quanto il tassista che si avvale di altre *app* non effettua attività di intermediazione ma continua a svolgere soltanto l'attività di trasporto, limitandosi a usufruire dei servizi offerti anche da tale piattaforma. In secondo luogo, anche ipotizzando - *quod non* - che l'art. 2527, comma 2, del codice civile ammetta l'adozione di misure volte alla tutela dello scopo mutualistico, esso non potrebbe comunque giustificare clausole quale quelle in esame che, ponendo un divieto *assoluto* di concorrenza, appaiono *sproporzionate* rispetto alla tutela dello scopo mutualistico.

194. Proprio la consapevolezza dell'impossibilità di procedere all'applicazione della clausola di cui all'art. 6 per escludere il socio che aderisca a piattaforme concorrenti o ne utilizzi i servizi ha indotto Taxi Torino a introdurre l'art. 14.2 lett. f) nel proprio Statuto e a darvi pronta applicazione, con la delibera, in due distinte tornate, di sei *esclusioni* nei confronti di tassisti soci, tre a settembre 2017 (solo un mese dopo la sua adozione) e tre a maggio 2018, ad esito di una puntuale e ripetuta attività investigativa commissionata ad un'agenzia terza.

195. L'art. 14.2 lett. f) è intervenuto a vietare e punire con l'esclusione comportamenti (quali la mera adesione di un tassista socio, in qualità di utilizzatore occasionale, a un diverso sistema tecnologico di intermediazione della domanda) in nessun caso in grado di incidere sul corretto funzionamento della cooperativa e sull'assolvimento dei suoi obblighi nei confronti dei soci, e quindi del tutto scollegati dalla pretesa protezione dello scopo mutualistico. Né, d'altra parte, è risultata dall'istruttoria svolta l'asserita necessità, con la citata clausola, di tutelare gli investimenti realizzati per l'implementazione dell'app Wetaxi.

196. D'altra parte, la previsione statutaria del diritto di recesso in caso di adesione ad altra piattaforma di cui all'articolo 14.2 lett. c) dello Statuto non pare poter attenuare l'effetto restrittivo della suddetta clausola. Infatti, date le condizioni di mercato nell'area torinese, e in particolare la quota di mercato detenuta da Taxi Torino pari a circa il 90%, il recesso del tassista dalla cooperativa al fine aderire ad altra piattaforma (come Mytaxi) è fortemente disincentivato dalle elevate esternalità negative connesse alle perdite degli effetti di rete e, nei fatti, risulta poco utilizzato.

197. La portata escludente delle condotte di Taxi Torino è stata ulteriormente accentuata dalla circostanza che il mercato interessato è caratterizzato da rilevanti e inamovibili barriere all'ingresso (limitazione quantitativa dei taxi sulla base di un sistema di licenze amministrative).
198. In un contesto di mercato siffatto, le clausole statutarie in discussione e, in particolare, l'introduzione della clausola di cui all'art. 14.2 lett. f), nonché l'effetto segnaletico determinato dalla sua tempestiva adozione - che ha portato all'immediata esclusione dei tassisti che avevano fatto uso anche in una sola occasione dei servizi offerti dall'app Mytaxi -, hanno impedito ad una piattaforma aperta, come Mytaxi, di svilupparsi sul mercato torinese secondo le proprie potenzialità e di esercitare un'effettiva pressione concorrenziale nei confronti dell'operatore dominante. L'effetto di blocco del mercato indotto dalle condotte di Taxi Torino si è manifestato sin dal momento dell'ingresso del nuovo operatore Mytaxi sul mercato torinese ed è testimoniato, innanzitutto, dall'andamento delle adesioni alla piattaforma e dal suo utilizzo[175], oltre che dalla incapacità di Mytaxi di soddisfare in media circa il *[65-70]*% delle richieste di corse che riceve, proprio a causa delle difficoltà incontrate nell'ampliare la propria rete di tassisti in conseguenza delle clausole.
Ciò, a sua volta, si è riflesso negativamente sui consumatori, che hanno dovuto sostanzialmente rinunciare alla possibilità di avvalersi di modalità alternative di approvvigionamento del servizio taxi, avendo sperimentato la scarsa capacità di Mytaxi di soddisfare le proprie richieste.
199. Tutto ciò considerato, si ritiene che le clausole di cui agli articoli 6 e 14.2 lett. a), secondo la portata attribuitagli dalla Parte, nonché la clausola, introdotta nello Statuto, nell'agosto del 2017, di cui all'art. 14.2 lett. f) e la sua concreta applicazione, che ha determinato l'esclusione di 6 tassisti che si erano registrati a Mytaxi, costituiscano condotte restrittive della concorrenza in violazione dell'articolo 102 del TFUE, in quanto idonee a determinare un consistente e duraturo effetto di blocco nel mercato della raccolta e smistamento della domanda del servizio taxi a Torino - effetto che si è concretamente realizzato - ostacolando la concorrenza effettiva e potenziale, a danno dei tassisti e dei consumatori finali.

VII. IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO TRA STATI DELL'UNIONE EUROPEA

200. Secondo il costante orientamento della giurisprudenza comunitaria, un abuso di posizione dominante è suscettibile di pregiudicare gli scambi tra Stati membri quando, sulla base di una serie di elementi oggettivi di diritto e di fatto, lo stesso possa esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti di scambio tra Stati membri, in una misura che potrebbe nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico. Mytaxi appartiene a un gruppo tedesco, attivo in diversi paesi europei e le condotte oggetto del procedimento sono suscettibili di ostacolarne l'ingresso su mercati italiani. Si ritiene pertanto che la fattispecie in esame, in quanto suscettibile di restringere il commercio fra gli Stati membri, costituisce un abuso di posizione dominante, ai sensi dell'articolo 102 del TFUE.

[175] Dai dati istruttori è infatti emerso che l'utilizzo dell'app Mytaxi da parte dei tassisti registrati cala sensibilmente laddove tali tassisti siano vincolati dalle clausole di non concorrenza, in quanto soci di Taxi Torino, rispetto ai tassisti c.d. indipendenti.

VIII. GRAVITA' E DURATA

201. 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 in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida adottata ad esito di un procedimento istruttorio.

202. Secondo la consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, per valutare la gravità di un'infrazione si deve tenere conto di diversi fattori il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze particolari della stessa. Tra questi rilevano principalmente la natura della restrizione della concorrenza, il ruolo e la rappresentatività sul mercato delle imprese coinvolte ed il contesto nel quale i comportamenti sono stati posti in essere.

Con riferimento al caso di specie, la condotta anticoncorrenziale individuata è stata compiuta dall'impresa largamente dominante sul mercato rilevante della raccolta e smistamento della domanda del servizio taxi a Torino, con una quota pari a oltre il 90%; inoltre, la condotta è stata idonea a determinare un consistente e duraturo effetto di blocco nel mercato rilevante, ostacolando la concorrenza effettiva e potenziale, a danno dei tassisti e dei consumatori finali, producendo altresì effetti concreti.

Sulla base di quanto precede si ritiene, dunque, che il comportamento posto in essere da Taxi Torino debba essere qualificato come una violazione grave della disciplina posta a presidio della concorrenza.

203. Altro elemento da tenere in considerazione è la durata della condotta in esame. Le clausole di esclusiva, in quanto inserite nello Statuto, hanno durata indeterminata nel senso che si applicano finché perdura il rapporto tra il tassista e il radiotaxi e sono pertanto suscettibili di integrare un illecito permanente. Nel mercato in esame, tali clausole hanno acquisito una portata particolarmente restrittiva in seguito allo sviluppo delle nuove tecnologie in grado di aumentare la concorrenza. Per tale ragione, si ritiene che gli effetti restrittivi della violazione si siano manifestati almeno a partire dalla data di ingresso sul mercato del nuovo operatore Mytaxi, nel giugno 2017, e siano tuttora in essere. Pertanto, nel caso di specie, il comportamento abusivo è durato 3 anni, 10 mesi e 27 giorni (dal 1° giugno 2017 alla data della presente delibera).

IX. CRITERI PER LA QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

204. Una volta accertate la gravità e la durata dell'infrazione posta in essere dalla società Parte del procedimento, al fine di quantificare la sanzione da irrogare occorre tenere presente quanto previsto dall'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90[176], nonché i criteri interpretativi enucleati nelle "*Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione*

[176] L'articolo 31 della legge 287/90 stabilisce che per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione delle norme in materia di concorrenza "*si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689*". In particolare, l'articolo 11 della legge n. 689/81 prevede che nel determinare l'importo della sanzione "*si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche*".

dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90" (di seguito, Linee Guida), deliberate dall'Autorità il 22 ottobre 2014.

205. Preliminarmente, si rappresenta che la Parte ha in subordine chiesto che le condotte scrutinate non siano sanzionabili. Tale richiesta non può essere accolta in ragione degli elementi di gravità della violazione sopra riportati.

206. Alla luce dei punti nn. 7 e seguenti delle Linee Guida, l'importo di base della sanzione si ottiene moltiplicando una percentuale del valore delle vendite, determinata in funzione del livello di gravità dell'infrazione, alla durata della partecipazione di ciascuna impresa all'infrazione.

207. In particolare, si prende a riferimento il valore delle vendite dei beni o servizi interessati dall'infrazione realizzate dall'impresa nel mercato rilevante, ossia, nel caso di specie, il fatturato di Taxi Torino derivante dall'attività di radiotaxi nell'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione, cioè nel 2020: nel caso in esame, tuttavia, si avrà riguardo al fatturato realizzato dalla Parte nel 2019, considerato che l'ultimo bilancio di esercizio depositato risulta essere relativo a tale anno[177].

Sulla base di quanto documentato in atti, tale fatturato specifico è pari a *[1-10 milioni di]* euro. Come detto, a tale valore si applica una percentuale determinata in funzione del livello di gravità dell'infrazione stessa. Secondo il punto 11 delle Linee Guida, in particolare, tale percentuale deve essere fissata a un livello che può raggiungere il 30% del valore delle vendite, "*in funzione del grado di gravità della violazione*".

208. Società Cooperativa Taxi Torino nelle proprie argomentazioni difensive ha sostenuto che "*i canoni versati dai soci cooperatori di Taxi Torino, pur esposti quali ricavi della società, non costituiscono a ben vedere un "fatturato"; bensì costituiscono la mera copertura di un costo di competenza dei tassisti soci – i.e. il costo della autoproduzione del servizio mutualistico – che gli stessi finanziano attraverso la relativa quota*"[178]. L'argomento della Parte non appare, tuttavia, condivisibile poiché detti canoni costituiscono un corrispettivo che i tassisti pagano alla società a fronte del servizio di radiotaxi che ricevono. Questo corrispettivo, pertanto, non può non essere imputato ai ricavi della società e quindi al fatturato.

209. Sulla base di quanto precede, in ragione dei sopra individuati elementi di gravità dell'abuso, l'importo della sanzione per Società Cooperativa Taxi Torino è stato fissato nella misura di *[inferiore a 1 milione di]* euro, che rappresentano il *[1-5*]% del valore delle vendite dei servizi di radiotaxi a cui l'infrazione si riferisce.

210. In base al punto 15, l'importo così ottenuto va quindi moltiplicato per il numero di anni di partecipazione all'infrazione. In base al punto 16 "*per le frazioni di anno, la durata sarà calcolata in funzione dei mesi e dei giorni effettivi di partecipazione all'infrazione*". Nel caso di specie, l'abuso ha avuto durata pari a 3 anni, 10 mesi e 27 giorni. Pertanto, l'importo base della sanzione è pari a *[inferiore a 1 milione di]* euro.

211. Ai sensi del punto 34 delle Linee Guida: "*Le specifiche circostanze del caso concreto (…) possono giustificare motivate deroghe dall'applicazione delle presenti Linee Guida, di cui si dà espressamente conto nel provvedimento che accerta l'infrazione*". Nel caso concreto ricorre la circostanza specifica ed eccezionale dell'emergenza sanitaria da Covid-19, ancora in corso, che, con

[177] Cfr. doc. 139.

[178] Cfr. doc. 139.

particolare riferimento al settore del trasporto taxi oggetto del presente procedimento, costituisce una fondata ragione per derogare all'applicazione delle Linee Guida. È fatto notorio, risultante anche dagli atti istruttori, che da marzo 2020 l'emergenza pandemica ha determinato un drastico crollo della domanda di taxi a livello nazionale, e anche a livello locale torinese[179], determinando una gravissima crisi delle imprese del settore. Per tale ragione, ai sensi del punto 34 delle Linee Guida, si ritiene di applicare una riduzione della sanzione nella misura dell'80%.
212. In considerazione di tutto quanto sopra, e tenuto conto del punto 34 delle Linee Guida, l'importo finale della sanzione da irrogare alla Società Cooperativa Taxi Torino è fissato nella misura di 46.045,85 € (quarantaseimilaquarantacinque/85 euro).

Tutto ciò premesso e considerato,

DELIBERA

a) che Società Cooperativa Taxi Torino ha posto in essere un abuso di posizione dominante in violazione dell'articolo 102 del TFUE, consistente nella previsione ed applicazione di clausole statutarie che prevedono specifici obblighi di non concorrenza, che, per le ragioni indicate in motivazione, sono suscettibili di produrre effetti anticoncorrenziali impedendo od ostacolando l'ingresso sul mercato di nuovi operatori;

b) che Società Cooperativa Taxi Torino adotti misure idonee ad eliminare l'infrazione di cui alla lettera a) e si astenga in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata alla lettera precedente;

c) di irrogare alla Società Cooperativa Taxi Torino, per quanto esposto in motivazione, una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 46.045,85 € (quarantaseimilaquarantacinque/85 euro);

d) che Società Cooperativa Taxi Torino, entro centoventi giorni dalla notifica del presente provvedimento, dia comunicazione all'Autorità, trasmettendo una specifica relazione scritta, delle iniziative adottate per ottemperare a quanto richiesto alla lettera b).

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera c) deve essere pagata 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

---

179 Tra gli altri, cfr. *https://www.lastampa.it/torino/2021/03/26/news/clacson-strombazzanti-e-strade-bloccate-la-protesta-dei-tassisti-torinesi-1.40075345*; *https://www.torinoggi.it/2020/03/03/leggi-notizia/argomenti/economia-4/articolo/coronavirus-tassisti-torinesi-in-crisi-in-una-settimana-incassi-crollati-del-70.html*; *https://www.ilsole24ore.com/art/treni-aerei-taxi-bus-e-metro-coronavirus-affossa-trasporti-ACbkKjMB?refresh_ce=1*; *https://www.iltempo.it/roma-capitale/2020/06/14/news/coronavirus-taxi-fermi-soldi-governo-monopattini-23279970/*.https://www.ilmessaggero.it/roma/news/coronavirus_e_taxi_drammatico_calo_del_lavoro_60_di_corse-5082488.html; https://www.radiocolonna.it/news-da-roma/2020/07/20/covid-taxi-in-crisi-ncc-tendono-la-mano-ai-nemici-storici/.

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 a 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. Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

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

Il presente provvedimento 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	IL PRESIDENTE
Filippo Arena	*Roberto Rustichelli*

I854 - SOFAR/FORNITURA INTEGRATORI ALIMENTARI
Provvedimento n. 29654

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 4 maggio 2021;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

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

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

VISTI il Regolamento n. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010 e gli Orientamenti sulle restrizioni verticali (2010/C 130/01);

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LA PARTE

1. SOFAR S.p.A. (di seguito, anche "SOFAR") è una società attiva nella produzione e commercializzazione di prodotti farmaceutici, dispositivi medici e integratori nutrizionali. La società, che ha sede legale in Italia, vanta una considerevole presenza internazionale, sia diretta, con cinque sedi estere (in Lituania, Romania, Svizzera, Russia e USA), sia indiretta, tramite una rete di distributori. Il prodotto di punta della società è l'integratore alimentare probiotico denominato "Enterolactis Plus 30 cps" (di seguito anche "l'Integratore").
2. Il capitale sociale di SOFAR è interamente detenuto da persone fisiche. Nel 2019, la società ha realizzato in Italia un fatturato di oltre 100 milioni di euro.

II. LA SEGNALAZIONE

3. In data 22 settembre 2020 è pervenuta una segnalazione da parte del titolare di una farmacia (di seguito, anche "la Farmacia"), attiva sia tramite negozio fisico sia *online*, che riferiva di presunte condotte anticoncorrenziali messe in atto da SOFAR.
4. In particolare, come risulta dalla documentazione allegata alla segnalazione, a seguito dell'avvio della commercializzazione dell'Integratore tramite la piattaforma Amazon nel gennaio 2020, il segnalante veniva ripetutamente invitato, prima dall'agente di zona, poi dal Trade Marketing Manager di SOFAR, ad allineare il prezzo a quello raccomandato dalla società, pari a 23,60 euro per confezione. Stante il mancato adeguamento del prezzo, la Farmacia ha subito ritardi e blocchi nelle consegne dell'Integratore, giustificati dalla società con problematiche legate all'emergenza pandemica, benché – come osservato dal segnalante – le consegne alla Farmacia di altri prodotti SOFAR risultassero regolari, come pure le consegne dell'Integratore ad altre farmacie situate nella medesima zona.
5. In data 1° giugno 2020, il segnalante è stato poi contattato via *e-mail* dal Chief Executive Officer di SOFAR, che rilevava come la commercializzazione tramite Amazon fosse stata avviata dalla

Farmacia senza informare la società, che invece riserva tale canale di vendita "*a se stessa e solo ad alcuni dei propri distributori*". Inoltre, nell'e-*mail* veniva stigmatizzato che il segnalante avesse posto in essere "*una serie di iniziative di marketing molto aggressive, organizzate in modo sistematico e che sono chiaramente lesive dell'immagine di SOFAR e che sviliscono Enterolactis sia come prodotto che marchio e che possono essere qualificate come atti di concorrenza sleale*" (tali iniziative consistono in periodici abbassamenti sulla piattaforma Amazon del prezzo del prodotto rispetto a quello consigliato). Infine, il CEO di SOFAR minacciava l'interruzione del rapporto commerciale qualora la Farmacia non si fosse allineata all'obiettivo di SOFAR di "*elevare il prodotto per come merita*"; "*per fare un esempio pratico se sistematicamente il prodotto arriva sul mercato con un'iniziativa promozionale saltuaria non abbiamo obiezioni, ma se tale iniziativa è costante, aggressiva, questa iniziativa ha un effetto di pregiudicare gli sforzi e gli investimenti fatti da SOFAR svilendo il prodotto a beneficio di altri, sui quali probabilmente Lei ha deciso invece di avere una marginalità in linea con il mercato. L'effetto se praticato in maniera costante è quello di distorcere la concorrenza e non di favorirla*".

6. A seguito della risposta della Farmacia, che ribadiva la propria libertà di utilizzare tutti i canali di vendita e fissare il prezzo in modo autonomo, SOFAR ha disdetto il contratto di fornitura in data 15 giugno 2020.

III. LE CONDOTTE DI SOFAR

7. Dalla documentazione in atti risulta che SOFAR avrebbe adottato, almeno a partire dal 2020, politiche commerciali relative alle vendite *online* volte a imporre prezzi minimi di rivendita e a ostacolare la commercializzazione dei propri prodotti su piattaforme terze come Amazon.

8. In particolare, SOFAR, anche tramite una sistematica attività di monitoraggio dei prezzi di rivendita dell'Integratore praticati sul canale *Internet* (tanto sui siti delle farmacie *online* quanto sulle piattaforme terze), esigerebbe dai propri rivenditori il rispetto di un prezzo minimo di 23,60 euro per confezione.

9. Inoltre, SOFAR precluderebbe, o quanto meno consentirebbe con modalità discriminatorie, la possibilità degli stessi rivenditori di commercializzare l'Integratore tramite *marketplace* e, in particolare, tramite Amazon. In particolare, la società, in risposta ad una specifica richiesta di informazioni dell'Autorità, ha affermato che, dal gennaio 2019, "*ha iniziato ad implementare un sistema di distribuzione selettiva per garantire l'alto standard qualitativo di Enterolactis plus 30 cps al fine di tutelare la salute dei suoi consumatori e preservare gli investimenti fatti in ricerca e sviluppo. Nell'ambito di tale sistema, SOFAR sta riservando la possibilità di vendere su Amazon ai suoi rivenditori autorizzati più fidati… che condividono la visione di SOFAR, che si impegnano ad evitare lo svilimento sei suoi prodotti…*". Dalle stesse informazioni fornite da SOFAR risulta che, alla fine del 2020, tale possibilità era stata concessa a due soli rivenditori.

10. La mancata osservanza di tali indicazioni comporterebbe, per i distributori inadempienti, il blocco delle forniture.

IV. IL REGOLAMENTO N. 330/2010 DELLA COMMISSIONE DEL 20 APRILE 2010 E GLI ORIENTAMENTI SULLE RESTRIZIONI VERTICALI N. 2010/C 130/01

11. Le condotte segnalate attengono ai rapporti verticali fra SOFAR e la rete distributiva dei propri prodotti, e in particolare dell'Integratore, tramite il canale *online*.

12. La disciplina generale sugli accordi verticali è contenuta nel Regolamento n. 330/2010 e negli Orientamenti sulle restrizioni verticali della Commissione.

13. Nei citati Orientamenti, *Internet* viene considerato un canale di vendita che comporta notevoli vantaggi sia per il distributore, che per il consumatore finale, nonché, in generale, per la competitività e l'integrazione dei mercati: "*Internet rappresenta uno strumento straordinario per raggiungere clienti più numerosi e diversificati rispetto a quanto avverrebbe utilizzando solo metodi di vendita più tradizionali; per questo motivo determinate restrizioni dell'utilizzo di internet vengono trattate come restrizioni delle (ri)vendite. In linea di principio a qualsiasi distributore deve essere consentito di utilizzare internet per vendere i prodotti*".[1]

14. Il Regolamento prevede una presunzione di legalità degli accordi verticali se posti in essere da imprese che detengono quote di mercato inferiori al 30%. Tuttavia, indipendentemente dalle quote di mercato delle parti, non possono essere esentati quegli accordi che contengano restrizioni fondamentali, in ragione della loro idoneità a determinare gravi effetti anticoncorrenziali e un danno per i consumatori; tra di esse rientrano, in particolare, l'imposizione di un prezzo di rivendita minimo o fisso (articolo 4 lettera *a)* del Regolamento), la restrizione relativa al territorio o ai clienti destinatari della vendita (articolo 4 lettera *b)* del Regolamento) e la restrizione delle vendite attive e passive agli utenti finali in un sistema di distribuzione selettiva (articolo 4 lettera *c*)).

15. La presenza in un accordo verticale di una delle restrizioni fondamentali di cui all'articolo 4 determina il sorgere di una presunzione relativa di anticompetitività dello stesso ai sensi dell'articolo 101 par. 1 TFUE[2].

16. Per quanto attiene, nello specifico, alla fissazione di un prezzo fisso o minimo di vendita (cd. *Resale Price Maintenance*, RPM) di cui all'art. 4, lettera *a*), del Regolamento, tale imposizione può essere attuata sia direttamente che anche in modo indiretto, ad esempio attraverso "*minacce, intimidazioni, avvertimenti, penalità, rinvii o sospensioni di consegne o risoluzioni di contratti in relazione all'osservanza di un dato livello di prezzo*"[3]. Inoltre, tali sistemi per fissare i prezzi "*possono essere resi più efficaci se combinati con altre misure volte a individuare i distributori che praticano riduzioni, come l'attuazione di un sistema di controllo dei prezzi*"[4].

17. La ripartizione del mercato per territori o gruppi di clienti costituisce una restrizione fondamentale ai sensi dell'art. 4, lettera *b)* del Regolamento. In proposito, negli Orientamenti si

---

[1] Cfr. punto 52 degli Orientamenti.

[2] Cfr. punto 47 degli Orientamenti ove si legge "*Si presume inoltre che sia improbabile che l'accordo soddisfi le condizioni dell'articolo 101 paragrafo 3, per cui l'esenzione per categoria non si applica. Le imprese hanno tuttavia la possibilità di dimostrare l'esistenza di effetti favorevoli alla concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, in un caso individuale. Qualora le imprese provino che dall'inclusione nell'accordo della restrizione fondamentale derivino probabili efficienze e che in generale tutte le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3, sono soddisfatte, la Commissione dovrà valutare effettivamente il probabile impatto negativo sulla concorrenza prima di decidere in via definitiva se le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3, sono soddisfatte*".

[3] Cfr. punto 48 degli Orientamenti.

[4] Ibidem.

osserva che "*Internet rappresenta uno strumento straordinario per raggiungere clienti più numerosi e diversificati rispetto a quanto avverrebbe utilizzando solo metodi di vendita più tradizionali; per questo motivo determinate restrizioni dell'utilizzo di Internet vengono trattate come restrizioni delle (ri)vendite. In linea di principio, a qualsiasi distributore deve essere consentito di utilizzare Internet per vendere prodotti…il fornitore può esigere il rispetto di standard qualitativi in relazione all'uso di siti Internet per la rivendita dei suoi beni…analogamente, un fornitore può richiedere che i propri distributori utilizzino piattaforme di terzi per distribuire i prodotti oggetto del contratto esclusivamente in conformità delle norme e condizioni concordate tra il fornitore ed i suoi distributori per l'utilizzo di Internet da parte di questi ultimi*"[5].

18. La restrizione di cui all'art. 4, lettera *c*), del Regolamento esclude dal beneficio dell'esenzione le restrizioni delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva, fatta salva la possibilità di proibire ad un membro di tale sistema di svolgere la propria attività in un luogo di stabilimento non autorizzato. All'interno di un sistema di distribuzione selettiva il rivenditore dovrebbe, infatti, essere libero di vendere in modo sia attivo che passivo a tutti gli utenti finali anche mediante *Internet*, ed è considerato restrizione fondamentale "*qualsiasi obbligo che impedisce ai rivenditori designati l'utilizzo di Internet per raggiungere clienti più numerosi e differenziati imponendo criteri per le vendite on-line che non siano nel complesso equivalenti a quelli imposti presso un punto vendita «non virtuale»*"[6].

V. VALUTAZIONI

a) Il mercato interessato

19. Le condotte in esame interessano il mercato della produzione e vendita di integratori alimentari probiotici, ossia degli integratori che contengono, in numero sufficientemente elevato, microrganismi probiotici vivi e attivi, in grado di raggiungere l'intestino, moltiplicarsi ed esercitare un'azione di equilibrio sulla microflora intestinale mediante colonizzazione diretta[7]. Si tratta, in altre parole, di integratori mirati a promuovere e migliorare le funzioni di equilibrio fisiologico dell'organismo e, in particolare, dell'apparato gastro-intestinale.

20. Gli integratori alimentari, che ricadono nella più ampia categoria dei parafarmaci, sono definiti dall'art. 2 del Decreto Legislativo n. 169/2004[8] adottato in attuazione della Direttiva 2002/56/CE. Sulla base della sostituibilità dal lato della domanda, e in particolare della funzione d'uso e delle caratteristiche dei prodotti, gli integratori probiotici appaiono configurare un differente mercato del prodotto rispetto alle altre tipologie di integratori alimentari (es. integratori per sportivi, integratori per il benessere e alla dieta, integratori di bellezza, etc.)[9].

---

[5] Cfr. punti 52 e 54 degli Orientamenti.

[6] Cfr. punto 56 degli Orientamenti.

[7] Cfr. Linee Guida su probiotici e prebiotici emanate dal Ministero della Salute, aggiornate a marzo 2018.

[8] "*Ai fini del presente decreto si intendono per «integratori alimentari» i prodotti alimentari destinati ad integrare la comune dieta e che costituiscono una fonte concentrata di sostanze nutritive, quali le vitamine e i minerali, o di altre sostanze aventi un effetto nutritivo o fisiologico, in particolare ma non in via esclusiva aminoacidi, acidi grassi essenziali, fibre ed estratti di origine vegetale, sia monocomposti che pluricomposti, in forme predosate*".

[9] Cfr., da ultimo, provv. n 25021 del 9 luglio 2014, I718 - ENERVIT-CONTRATTI DI DISTRIBUZIONE.

21. Gli operatori attivi nella produzione degli integratori alimentari probiotici sono essenzialmente imprese farmaceutiche: SOFAR detiene su base nazionale una quota di mercato del *[10-15%]*[*] e risulta il secondo operatore di mercato alle spalle del *leader* Sanofi, seguita da un elevato numero di imprese con quote inferiori.

22. La commercializzazione degli integratori alimentari probiotici avviene prevalentemente attraverso farmacie, parafarmacie e, in misura minore, attraverso la Grande Distribuzione Organizzata (GDO). Rileva notare, soprattutto per farmacie e parafarmacie, il crescente utilizzo del canale *online*, sia tramite propri siti *Internet* sia tramite piattaforme terze.

23. Per quanto riguarda la dimensione geografica del mercato individuato, in linea con i precedenti dell'Autorità[10], si può ritenere, in prima approssimazione, che essa sia nazionale, in considerazione delle differenze in termini di assetti regolamentari e abitudini di consumo esistenti tra i diversi Paesi.

b) Le intese verticali

24. Le condotte segnalate, che riguardano i rapporti commerciali fra SOFAR e la propria rete di distributori *online,* sembrano configurare ipotesi di imposizione di prezzi minimi di vendita (c.d. RPM) e altre restrizioni alle vendite *online* che non appaiono giustificate da esigenze di natura qualitativa[11].

25. Infatti, gli elementi sopra evidenziati inducono a ritenere che le condizioni commerciali adottate da SOFAR, nell'ambito dei rapporti verticali con i propri distributori attivi *online*, siano suscettibili di integrare intese vietate ai sensi dell'art. 101 del TFUE in quanto idonee a limitare lo sviluppo concorrenziale del canale distributivo in esame.

26. In particolare, dalla segnalazione pervenuta sembra che SOFAR abbia adottato un sistema di RPM, quantomeno con riguardo al canale *online*, suscettibile di integrare una violazione dell'articolo 101 del TFUE. Il produttore richiederebbe, infatti, a tutti i rivenditori che operano su questo canale il rispetto di prezzi minimi di vendita, che per l'Integratore è stato fissato da SOFAR in 23,60 euro a confezione. Tale imposizione sarebbe affiancata da una sistematica attività di monitoraggio dei prezzi praticati dai rivenditori sul canale *Internet*.

27. La fissazione di un prezzo minimo è suscettibile di ostacolare lo sviluppo di una concorrenza di prezzo *intra-brand*, impedendo ai distributori di avvalersi di una delle principali leve concorrenziali, con il conseguente effetto di mantenere i prezzi ad un livello più elevato[12].

28. La politica commerciale di SOFAR relativa al canale di vendita *online* appare, infatti, improntata al chiaro obiettivo, come rappresentato dal produttore stesso alla Farmacia, di impedire il proliferare di operazioni commerciali aggressive in relazione ai prezzi proposti al pubblico ("*se sistematicamente il prodotto arriva sul mercato con un'iniziativa promozionale saltuaria non abbiamo obiezioni, ma se tale iniziativa è costante, aggressiva, questa iniziativa ha un effetto di pregiudicare gli sforzi e gli investimenti fatti da SOFAR svilendo il prodotto a beneficio di altri*").

---

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

[10] Cfr. I718 - ENERVIT-CONTRATTI DI DISTRIBUZIONE, cit.

[11] Cfr., fra le altre, le sentenze della Corte di Giustizia del 15 ottobre 1977, causa 26/76, Metro I, del 13 ottobre 2011, causa C-439/09, Pierre Fabre e del 6 dicembre 2017, causa C-230/16, Coty.

[12] Cfr. punto 224 degli Orientamenti.

29. Inoltre, tale imposizione attiene a un canale di vendita, *Internet*, che viene considerato espressamente dalla Commissione quale "*strumento straordinario per raggiungere clienti più numerosi e diversificati*", con notevoli benefici: i) per i distributori, che possono in tal modo raggiungere una più ampia platea di potenziali acquirenti; ii) per i consumatori finali, che vedono aumentate in modo considerevole le proprie possibilità di scelta; iii) e, in generale, per la concorrenzialità e l'integrazione dei mercati[13].

30. Sulla base della documentazione agli atti, non può tuttavia escludersi che un sistema di RPM sia stato previsto dalla società SOFAR anche nell'ambito dei rapporti commerciali con i propri distributori tradizionali.

31. Per quanto attiene alle ulteriori limitazioni alle vendite *online* caratterizzanti i rapporti commerciali fra SOFAR e la propria rete di distributori, si osserva che anche tali previsioni sembrano poter integrare violazioni dell'art. 101 TFUE. In particolare, le limitazioni imposte ai rivenditori alla vendita tramite piattaforme terze, segnatamente tramite Amazon, nella misura in cui sono volte a scoraggiare e/o consentire in modo discriminatorio l'utilizzo di una specifica modalità di vendita *online*, potrebbero integrare restrizioni fondamentali alle vendite di cui all'art. 4 del Regolamento citato.

32. Pertanto, gli elementi agli atti inducono a ritenere che la società SOFAR possa aver adottato, quantomeno a partire dal 2020, condizioni commerciali nei rapporti con i propri distributori *online* suscettibili di costituire intese verticali in violazione dell'articolo 101 del TFUE, in quanto idonee a restringere la concorrenza fra i distributori sul prezzo e a limitare ingiustificatamente le vendite effettuate tramite *Internet*, ostacolando in tal modo lo sviluppo concorrenziale di tale canale distributivo.

c) Il pregiudizio al commercio tra Stati membri dell'Unione europea

33. Secondo la *Comunicazione della Commissione europea 2004/C 101/07 - Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, su GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004*, 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.

34. Alla luce dei principi citati, si rileva che le condizioni commerciali in esame riguardano un mercato che ha dimensione geografica pari, quanto meno, all'intero territorio italiano e attengono ad acquisti effettuabili *online* in linea di principio da tutti i consumatori interessati, a prescindere dalla loro nazionalità. Pertanto, le fattispecie oggetto del presente procedimento appaiono idonee ad arrecare pregiudizio al commercio tra Stati membri.

RITENUTO, pertanto, che le condizioni commerciali applicate da SOFAR nei rapporti con la propria rete di distributori *online*, appaiono costituire un insieme di intese verticali restrittive della concorrenza, in violazione dell'articolo 101 del TFUE;

[13] Cfr. punto 52 degli Orientamenti.

DELIBERA

a) l'avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'art. 14 della legge n. 287/90, nei confronti della società SOFAR S.p.A. per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 del TFUE;

b) la fissazione del termine di giorni sessanta, decorrente dalla notificazione del presente provvedimento, per l'esercizio da parte del rappresentante legale della società citata o da persona da essi delegata, del diritto di essere sentiti, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione Agroalimentari Farmaceutico e Trasporti della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità almeno sette giorni prima della scadenza del termine sopra indicato;

c) che il responsabile del procedimento è la Dott.ssa Bianca Maria Cammino;

d) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione presso la Direzione Agroalimentari Farmaceutico e Trasporti della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità dai legali rappresentanti della società SOFAR S.p.A. o da persona da essi delegata;

e) che il procedimento deve concludersi entro il 30 giugno 2022.

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

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

I856 - COMPARATORI DI PREZZO/SCAMBIO DI INFORMAZIONI POLIZZE RCA
Provvedimento n. 29658

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA dell'11 maggio 2021;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

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

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

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la segnalazione da ultimo integrata in data 5 marzo 2021, relativa all'esistenza di una presunta intesa tra i principali operatori che forniscono servizi di comparazione di prezzo e le principali imprese assicurative attive in Italia, relativa alla vendita diretta di polizze per la responsabilità civile auto;

VISTE le informazioni in proprio possesso e la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. 6Sicuro S.p.A. è una società attiva, anche tramite il sito *internet www.6sicuro.it*, nel mercato della comparazione e commercializzazione di offerte relative a servizi di varia natura, quali quelli assicurativi, finanziari, di telefonia mobile, di *internet* mobile, ADSL, *Pay-tv*, noleggio auto, nonché quelli di fornitura di energia elettrica e gas naturale. 6Sicuro S.p.A. è controllata da Assiteca S.p.A. Internazionale di brokeraggio assicurativo che ne detiene la totalità del capitale sociale.

2. CercAssicurazioni.it S.r.l. è una società attiva, anche tramite il sito *internet www.segugio.it*, nel mercato della comparazione e commercializzazione di offerte relative a servizi di varia natura, quali quelli assicurativi, finanziari, di telefonia mobile, di *internet* mobile, ADSL, *Pay-tv*, noleggio auto, nonché quelli di fornitura di energia elettrica e gas naturale. CercAssicurazioni.it S.r.l. è controllata dal Gruppo Mutui online S.p.A. che ne detiene la totalità del capitale sociale.

3. Daina Finance Ltd, Rappresentanza Generale per l'Italia è una società operante in regime di stabilimento, anche per il tramite del sito *internet www.comparameglio.it*, nel mercato della comparazione e commercializzazione di offerte relative a servizi di varia natura, quali quelli assicurativi, finanziari, di telefonia mobile, di *internet* mobile, ADSL, *Pay-tv*, noleggio auto, nonché quelli di fornitura di energia elettrica e gas naturale.

4. Facile.it Broker di assicurazioni S.p.A. è una società attiva, anche tramite il sito *internet www.facile.it*, nel mercato della comparazione e commercializzazione di offerte relative a servizi di varia natura, quali quelli assicurativi, finanziari, di telefonia mobile, di *internet* mobile, ADSL, *Pay-tv*, noleggio auto, nonché quelli di fornitura di energia elettrica e gas naturale. Facile.it Broker di

assicurazioni S.p.A. è controllata da Foscolo Midco S.a.r.l. che ne detiene la totalità del capitale sociale.

5. Admiral Intermediary Services S.A. è un intermediario assicurativo del gruppo Admiral attivo in Italia in regime di libertà di stabilimento e operante, tramite il marchio registrato ConTe, nella distribuzione di polizze assicurative ramo danni, con particolare riferimento a quelle per auto, moto e ciclomotori. Admiral Intermediary Services S.A. è iscritta all'elenco degli intermediari assicurativi dell'Unione Europea istituito presso l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni.

6. Allianz Direct S.p.A. (già Genialloyd S.p.A.) è una società del gruppo Allianz, attiva nel mercato italiano della vendita di polizze assicurative ramo danni. Allianz Direct S.p.A. vende anche direttamente tali polizze, tra le quali figurano anche quelle per auto, moto e ciclomotori, sia mediante il proprio sito *internet www.allianzdirect.it*, sia mediante i portali *online* gestiti dalle società che operano nel mercato della comparazione e commercializzazione di offerte relative a servizi assicurativi. Allianz Direct è controllata da Allianz S.p.A. che ne detiene la totalità del capitale sociale.

7. B2C Innovation S.p.A. è una impresa assicurativa attiva nel mercato italiano della vendita di polizze assicurative ramo danni, dove opera anche con il marchio registrato 24hassistance. B2C Innovation S.p.A. vende anche direttamente tali polizze, tra le quali figurano anche quelle per auto, moto e ciclomotori, sia mediante il proprio sito *internet www.24hassistance.com*, sia mediante i portali *online* gestiti dalle società che operano nel mercato della comparazione e commercializzazione di offerte relative a servizi assicurativi. B2C Innovation S.p.A. è controllata da Duepuntozero S.r.l. che ne detiene la maggioranza del capitale sociale.

8. Bene Assicurazioni S.p.A. è una società del Gruppo assicurativo Bene, attiva nel mercato italiano della vendita di polizze assicurative ramo danni. Bene Assicurazioni S.p.A. vende anche direttamente tali polizze, tra le quali figurano anche quelle per auto, moto e ciclomotori, sia mediante il proprio sito *internet www.bene.it*, sia mediante i portali *online* gestiti dalle società che operano nel mercato della comparazione e commercializzazione di offerte relative a servizi assicurativi. Bene Assicurazioni S.p.A. è controllata da Bene Holding S.p.A. che ne detiene la maggioranza del capitale sociale.

9. Compagnia Italiana di Previdenza, Assicurazioni e Riassicurazioni S.p.A. è una società del gruppo societario Reale Group, attiva nel mercato italiano della vendita di polizze assicurative ramo danni. Compagnia Italiana di Previdenza, Assicurazioni e Riassicurazioni S.p.A. vende anche direttamente tali polizze, tra le quali figurano anche quelle per auto, moto e ciclomotori, sia mediante il proprio sito *internet www.italiana.it*, sia mediante i portali *online* gestiti dalle società che operano nel mercato della comparazione e commercializzazione di offerte relative a servizi assicurativi. Compagnia Italiana di Previdenza, Assicurazioni e Riassicurazioni S.p.A. è controllata da Società Reale Mutua di Assicurazioni S.p.A. che ne detiene la totalità del capitale sociale.

10. Compagnia Assicuratrice Linear S.p.A. è una società di Unipol Gruppo S.p.A. attiva nel mercato italiano della vendita di polizze assicurative ramo danni. Compagnia Assicuratrice Linear S.p.A. vende anche direttamente tali polizze, tra le quali figurano anche quelle per auto, moto e ciclomotori, sia mediante il proprio sito *internet www.linear.it*, sia mediante i portali *online* gestiti dalle società che operano nel mercato della comparazione e commercializzazione di offerte relative a servizi assicurativi. Compagnia Assicuratrice Linear S.p.A. è controllata da UnipolSai Assicurazioni S.p.A. che ne detiene la totalità del capitale sociale.

11. FIT S.r.l. Società Benefit è una società del Gruppo assicurativo Bene, attiva nel mercato italiano della vendita di polizze assicurative ramo danni, tra le quali figurano anche quelle per auto, moto e ciclomotori, anche per il tramite dei portali *online* gestiti dalle società che operano nel mercato della comparazione e commercializzazione di offerte relative a servizi assicurativi. FIT S.r.l. Società Benefit è controllata da Bene Assicurazioni S.p.A. che ne detiene la totalità del capitale sociale.

12. Genertel S.p.A. è una società del gruppo Assicurazioni Generali attiva nel mercato italiano della vendita di polizze assicurative rami danni e vita. Genertel S.p.A. vende anche direttamente tali polizze, tra le quali figurano anche quelle per auto, moto e ciclomotori, sia mediante il proprio sito *internet www.genertel.it*, sia mediante i portali *online* gestiti dalle società che operano nel mercato della comparazione e commercializzazione di offerte relative a servizi assicurativi. Genertel S.p.A. è controllata da Genertellife S.p.A. che ne detiene la totalità del capitale sociale.

13. HDI Assicurazioni S.p.A. è una società del Gruppo HDI attiva nel mercato italiano della vendita di polizze assicurative rami danni e vita. HDI Assicurazioni S.p.A. vende anche direttamente tali polizze, tra le quali figurano anche quelle per auto, moto e ciclomotori, sia mediante il proprio sito *internet www.hdiassicurazioni.it*, sia mediante i portali *online* gestiti dalle società che operano nel mercato della comparazione e commercializzazione di offerte relative a servizi assicurativi. HDI Assicurazioni S.p.A. è controllata da HDI International AG che ne detiene la maggioranza del capitale sociale.

14. Prima Assicurazioni S.p.A. è un intermediario assicurativo che distribuisce polizze assicurative ramo danni di Great Lakes Insurance SE (società del gruppo Munich Re), Wakam, iptiQ EMEA P&C S.A. – Italia e iptiQ EMEA P&C S.A. – Germania. Prima Assicurazioni S.p.A. distribuisce anche direttamente tali polizze, tra le quali figurano anche quelle per auto, moto e furgoni, sia mediante il proprio sito *internet www.prima.it*, sia mediante i portali *online* gestiti dalle società che operano nel mercato della comparazione e commercializzazione di offerte relative a servizi assicurativi. Prima Assicurazioni S.p.A. è controllata da First Technologies Holding S.p.A., che ne detiene la maggioranza del capitale sociale.

15. Quixa Assicurazioni S.p.A. è una società del gruppo AXA, attiva nel mercato italiano della vendita di polizze assicurative ramo danni. Quixa Assicurazioni S.p.A. vende anche direttamente tali polizze, tra le quali figurano anche quelle per auto, moto e ciclomotori, sia mediante il proprio sito *internet www.quixa.it*, sia mediante i portali *online* gestiti dalle società che operano nel mercato

della comparazione e commercializzazione di offerte relative a servizi assicurativi. Quixa Assicurazioni S.p.A. è controllata da AXA Assicurazioni S.p.A. che ne detiene la totalità del capitale sociale.

16. Verti Assicurazioni S.p.A. è una società del gruppo MAPFRE, attiva nel mercato italiano della vendita di polizze assicurative ramo danni. Verti Assicurazioni S.p.A. vende anche direttamente tali polizze, tra le quali figurano anche quelle per auto, moto e ciclomotori, sia mediante il proprio sito *internet www.verti.it*, sia mediante i portali *online* gestiti dalle società che operano nel mercato della comparazione e commercializzazione di offerte relative a servizi assicurativi. Verti Assicurazioni S.p.A. è controllata da MAPFRE Internacional S.A. che ne detiene la totalità del capitale sociale.

17. Zurich Insurance Public Limited Company – Rappresentanza Generale per l'Italia è una società del gruppo Zurich, attiva in regime di stabilimento nel mercato italiano della vendita di polizze assicurative rami danni e vita. Zurich Insurance Public Limited Company – Rappresentanza Generale per l'Italia vende anche direttamente tali polizze, tra le quali figurano anche quelle per auto, moto e ciclomotori, sia mediante il proprio sito *internet www.zurich.it*, sia mediante i portali *online* gestiti dalle società che operano nel mercato della comparazione e commercializzazione di offerte relative a servizi assicurativi.

II. I FATTI SEGNALATI

18. L'Autorità ha ricevuto una segnalazione, da ultimo integrata in data 5 marzo 2021, in base alla quale, almeno a partire dal 2012, i principali operatori che forniscono servizi di comparazione di prezzo e le principali imprese assicurative avrebbero scambiato informazioni sensibili nel mercato italiano della vendita diretta di polizze per la responsabilità civile auto (RCA).

19. Oggetto della segnalazione sono i comportamenti delle principali società attive nel mercato italiano dei servizi di comparazione di polizze assicurative nonché i comportamenti della maggior parte delle principali imprese assicurative presenti anche sulle piattaforme di comparazione le quali, almeno dal 2012, avrebbero coordinato le proprie strategie commerciali nella vendita diretta di polizze RCA, praticando ai consumatori finali sconti attenuati grazie alla conoscenza reciproca delle condizioni di vendita offerte sui portali di comparazione.

20. Tale coordinamento avrebbe avuto luogo attraverso un intenso e regolare scambio di informazioni strategiche relative alle condizioni economiche di vendita diretta delle polizze RCA. In particolare, le parti avrebbero, costantemente e con regolarità, con modalità che sono cambiate nel tempo, scambiato informazioni sensibili, attraverso la condivisione di *report* elaborati e distribuiti dalle società di comparazione di prezzo, riguardanti, tra l'altro, il posizionamento dei concorrenti sui portali di comparazione, la differenza con il premio quotato dai concorrenti, i dati dei consumatori e quelli dei preventivi. Tali scambi avvenivano con cadenza periodica regolare e venivano discussi, tra i comparatori e le singole imprese assicurative, anche durante apposite sessioni di *business review*. Lo scambio di informazioni avrebbe avuto luogo anche durante il periodo del primo *lockdown* imposto dal Governo per contrastare il diffondersi del virus Covid-19, in modo da evitare che la drastica riduzione del traffico dei veicoli causato dalle misure di confinamento inducesse le compagnie a praticare sconti sui premi ritenuti eccessivamente elevati.

III. LE VALUTAZIONI

Il mercato rilevante

21. Si osserva preliminarmente che, per consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato[1], nella valutazione di un'intesa la definizione del mercato rilevante è essenzialmente volta a individuare le caratteristiche del contesto economico e giuridico nel quale si colloca l'accordo o la pratica concordata tra imprese. Tale definizione è, dunque, funzionale alla delimitazione dell'ambito nel quale l'intesa può ristringere o falsare le dinamiche concorrenziali e alla decifrazione del grado di offensività dell'illecito.

22. Ciò premesso, i servizi oggetto della fattispecie segnalata interessano la vendita diretta di polizze RCA, nella quale sono attivi numerosi e qualificati operatori, appartenenti a gruppi multinazionali, tra i quali figurano alcune delle Parti del presente procedimento. In particolare, le imprese assicurative si servono della propria rete di consulenti, che opera anche tramite *call center*, sia in modalità *inbound* che *outbound*.

23. Lo scambio di informazioni in cui sarebbe consistita l'intesa segnalata, si è altresì caratterizzato per il coinvolgimento delle principali società di comparazione di prezzo, le quali avrebbero elaborato e distribuito con cadenza periodica i *report* contenenti le informazioni sensibili da un punto di vista concorrenziale. Nella vendita diretta di polizze RCA il ruolo di tali operatori è divenuto di primario rilievo in quanto in media i consumatori, prima di procedere all'acquisto, sono soliti confrontare i vari prodotti assicurativi mediante la formulazione di richieste di preventivo per il tramite dei portali *online* gestiti dai comparatori di prezzo.

24. Dal punto di vista geografico, i fatti segnalati hanno riguardato l'intero territorio nazionale che si connota per l'omogeneità delle condizioni di offerta a parità di rischio assicurato e dei requisiti richiesti per la fornitura dei servizi assicurativi in questione.

La qualificazione della fattispecie

25. Dalle informazioni disponibili si può desumere l'esistenza di un'intesa consistente in uno scambio di informazioni relativo alle condizioni di vendita diretta delle polizze RCA, intercorso tra le principali società che offrono servizi di comparazione di prezzo, ossia 6Sicuro S.p.A., CercAssicurazioni.it S.r.l., Daina Finance Ltd, Rappresentanza Generale per l'Italia, Facile.it Broker di assicurazioni S.p.A. e la maggior parte delle principali imprese assicurative attive in Italia, vale a dire Allianz Direct S.p.A., Admiral Intermediary Services S.A., B2C Innovation S.p.A., Bene Assicurazioni S.p.A., Compagnia Assicuratrice Linear S.p.A., Compagnia Italiana di Previdenza, Assicurazioni e Riassicurazioni S.p.A., FIT S.r.l. Società Benefit, Genertel S.p.A., HDI Assicurazioni S.p.A., Prima Assicurazioni S.p.A., Quixa Assicurazioni S.p.A., Verti Assicurazioni S.p.A. e Zurich Insurance Public Limited Company – Rappresentanza Generale per l'Italia. Tale scambio di informazioni sensibili, risalente almeno al 2012, risulterebbe tuttora in corso.

26. Lo scambio di informazioni sarebbe avvenuto tramite la distribuzione periodica, con cadenza perlopiù giornaliera o settimanale, di *report* contenenti informazioni relative, tra l'altro, ai premi delle polizze RCA quotati sui portali di comparazione di prezzo di Facile, Segugio, ComparaMeglio

[1] Cfr. tra gli altri, Consiglio di Stato, 3 giugno 2014, nn. 2837, 3167 e 3168, Logistica Internazionale; Consiglio di Stato, 24 ottobre 2014, nn. 4230, 5274, 5276, 5278, Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici.

e 6Sicuro, al posizionamento delle imprese assicurative sui portali di comparazione, ai dati dei consumatori che avevano formulato la richiesta di preventivo, ecc..

27. Lo scambio di informazioni sensibili, altrimenti non accessibili in maniera massiva e con le medesime modalità di fruizione, anche temporale, era volto a consentire alle imprese assicurative di praticare ai consumatori finali premi più elevati per le polizze RCA, tramite l'attuazione di politiche di sconti attenutati dalla conoscenza delle strategie commerciali e dalla politica di prezzo praticata dai concorrenti nel segmento della vendita diretta. La costante disponibilità di una elevata quantità di informazioni recenti, granulari e monitorabili avrebbe artificiosamente aumentato la trasparenza dal lato dell'offerta con conseguente alterazione del comportamento economico e della politica di prezzo delle imprese assicurative in ordine alla vendita diretta di polizze RCA. I comparatori di prezzo, tra l'altro, avrebbero anche organizzato sessioni di *business review* con lo scopo di rendere le compagnie assicurative edotte riguardo alle possibilità di utilizzo dei dati sensibili oggetto di scambio. Lo scambio di informazioni avrebbe avuto luogo anche durante il periodo del primo *lockdown* imposto dal Governo per contrastare il diffondersi del virus Covid-19.

28. Tali condotte appaiono, dunque, idonee a determinare un'alterazione delle dinamiche competitive tra le imprese assicurative attive in Italia nella vendita diretta di polizze RCA, risultando pertanto suscettibili di integrare gli estremi di una violazione della normativa *antitrust*. Ciò trova conferma nelle Linee Guida comunitarie relative agli accordi di cooperazione orizzontale[2], anche in ragione della sensibilità delle informazioni condivise, tra cui figurano elementi di prezzo; per cui le condotte descritte appaiono suscettibili di configurare una fattispecie di intesa segreta, contraria alla normativa *antitrust* comunitaria.

L'applicabilità del diritto dell'Unione europea

29. I comportamenti sopra descritti sono potenzialmente idonei a pregiudicare il commercio intracomunitario e, pertanto, appaiono integrare gli estremi per un'infrazione dell'articolo 101, par. 1, TFUE in base a quanto previsto nella 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, dal momento che appaiono idonee a compartimentare i mercati nazionali.

30. In tal senso, si osserva che l'intesa in parola riguarda l'intero territorio nazionale e coinvolge la quasi totalità degli operatori che erogano servizi di comparazione di prezzo, nonché le principali imprese assicurative, appartenenti a gruppi multinazionali che operano a livello mondiale.

31. Pertanto, la fattispecie oggetto del presente procedimento, apparendo idonea ad arrecare pregiudizio al commercio tra Stati membri, deve essere valutata ai sensi dell'articolo 101 TFUE.

RITENUTO, pertanto, che le condotte sopra descritte, poste in essere dalle società 6Sicuro S.p.A., CercAssicurazioni.it S.r.l., Daina Finance Ltd, Rappresentanza Generale per l'Italia, Facile.it Broker di assicurazioni S.p.A., Allianz Direct S.p.A., Admiral Intermediary Services S.A., B2C Innovation S.p.A., Bene Assicurazioni S.p.A., Compagnia Assicuratrice Linear S.p.A., Compagnia Italiana di Previdenza, Assicurazioni e Riassicurazioni S.p.A., FIT S.r.l. Società Benefit, Genertel S.p.A., HDI Assicurazioni S.p.A., Prima Assicurazioni S.p.A., Quixa Assicurazioni S.p.A., Verti Assicurazioni S.p.A. e Zurich Insurance Public Limited Company – Rappresentanza Generale per l'Italia, appaiono

[2] Cfr. le *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, pubblicate in GUUE C11 del 14.1.2011.

suscettibili di configurare un'intesa orizzontale restrittiva della concorrenza, in violazione dell'articolo 101 del TFUE;

DELIBERA

a) l'avvio dell'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti delle società 6Sicuro S.p.A., CercAssicurazioni.it S.r.l., Daina Finance Ltd, Rappresentanza Generale per l'Italia, Facile.it Broker di assicurazioni S.p.A., Allianz Direct S.p.A., Admiral Intermediary Services S.A., B2C Innovation S.p.A., Bene Assicurazioni S.p.A., Compagnia Assicuratrice Linear S.p.A., Compagnia Italiana di Previdenza, Assicurazioni e Riassicurazioni S.p.A., FIT S.r.l. Società Benefit, Genertel S.p.A., HDI Assicurazioni S.p.A., Prima Assicurazioni S.p.A., Quixa Assicurazioni S.p.A., Verti Assicurazioni S.p.A. e Zurich Insurance Public Limited Company – Rappresentanza Generale per l'Italia, per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 del TFUE;

b) la fissazione del termine di giorni sessanta decorrente dalla notificazione del presente provvedimento per l'esercizio da parte dei legali rappresentanti delle parti, o di persone da essi delegate, del diritto di essere sentiti, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione "Credito, Poste e Turismo" della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità almeno quindici giorni prima della scadenza del termine sopra indicato;

c) che il responsabile del procedimento è il dott. Luca Biffaro;

d) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione presso la Direzione "Credito, Poste e Turismo" della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità dai rappresentanti legali delle parti, nonché da persone da essi delegate;

e) che il procedimento deve concludersi entro il 31 ottobre 2022.

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

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE

C12370 - EQT FUND MANAGEMENT/ANTAS
Provvedimento n. 29651

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 4 maggio 2021;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la comunicazione della società EQT Fund Management S.A. r.l., pervenuta il 7 aprile 2021 e successivamente integrata nelle date 14 e 15 aprile 2021;

VISTA la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. EQT Fund Management S.A. r.l. (nel seguito anche "EFMS") è una società lussemburghese responsabile della gestione di più fondi, tra cui EQT Infrastrutture III, il fondo che controlla le società G+E Gete Holding GmbH (nel seguito anche "G+E") e Appena GmbH (nel seguito anche "Appena").
I fondi EQT sono attivi in diversi settori tra i quali quello sanitario, delle telecomunicazioni, dei media, dei prodotti di consumo e delle tecnologie industriali. G+E è invece attiva nella fornitura di energia ed in particolare nel settore degli appalti di servizi energetici per l'industria ed in quello immobiliare in Germania e in Europa, coadiuvando i clienti nella scelta di soluzioni energetiche efficienti e sostenibili.
Le società di EQT e tutti i fondi di EQT controllati da EFMS, nel 2019, hanno realizzato in Italia un fatturato pari a circa *[700-1.000]*[*] milioni di euro.

2. Antas S.p.A. (nel seguito, anche "Antas") è una società attiva nella fornitura di servizi per la gestione dell'energia, ivi inclusi i servizi di cogenerazione, *project financing* e *facility management*, nonché i servizi per le energie rinnovabili e l'efficientamento energetico. La società è altresì attiva, per il tramite della propria controllata Energy Wave S.p.A., nei mercati della vendita al dettaglio di gas naturale e nella vendita al dettaglio di elettricità ai clienti domestici connessi in bassa tensione.
Antas ha realizzato nel 2019, in Italia, un fatturato pari a circa *[100-511]* milioni di euro.

[*] Nella presente versione alcuni dati sono stati omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza e segretezza delle informazioni.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

3. L'operazione in esame riguarda l'acquisizione da parte di EFMS, attraverso G+E, dell'intero capitale sociale di Antas.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

4. L'operazione comunicata, in quanto comporta l'acquisizione del controllo di un'impresa, costituisce un'operazione di concentrazione, ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*), della legge n. 287/90.
Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90, non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE 139/04, ed è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge, in quanto il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, dall'insieme delle imprese interessate è stato superiore a 511 milioni di euro e il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, da almeno due delle imprese interessate è superiore a 31 milioni di euro.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

I mercati rilevanti e gli effetti dell'operazione

5. In ragione dell'operatività della società *target*, l'operazione di concentrazione interessa i mercati dei servizi per la gestione dell'energia e della realizzazione di interventi di efficientamento energetico. L'operazione interessa inoltre i mercati della vendita al dettaglio di gas naturale liquefatto e della vendita al dettaglio di elettricità a clienti domestici.

Il mercato dei servizi di consulenza e progettazione in materia di efficienza energetica che danno diritto al rilascio di titoli di efficienza energetica

6. Il servizio energia (così come disciplinato dal Decreto Legislativo 30 maggio 2008, n. 115) ricomprende sia le attività di efficientamento energetico che quelle relative alla manutenzione e conduzione degli impianti energetici, comprensive della fornitura di energia. Tale servizio si rivolge sia a condomini e ad altri immobili privati (centri commerciali, centri direzionali con uffici, installazioni industriali, ecc.), sia ad edifici pubblici per i quali è oggetto di specifici appalti. I servizi di efficientamento energetico, consistenti nei servizi di consulenza e progettazione degli interventi di efficienza energetica che danno diritto al rilascio di titoli di efficienza energetica[1], possono essere svolti da imprese specializzate (cd. ESCo) e sono stati talvolta considerati, anche in precedenti dell'Autorità, come un mercato distinto[2]. In questa sede, tuttavia, non è necessario definire con maggior precisione i confini del mercato o dei mercati interessati perché ciò non cambierebbe l'esito della valutazione.

---

[1] I titoli di efficienza energetica ("TEE", noti anche come Certificati Bianchi) sono rilasciati dal GSE in favore delle società di distribuzione di energia elettrica e del gas naturale e delle loro controllate, nonché delle Energy Service Companies (c.d. ESCo) in ragione della realizzazione di interventi di risparmio energetico. I grandi distributori di gas o di energia elettrica che hanno degli obblighi specifici di risparmio energetico (c.d. "soggetti obbligati") possono poi assolverli o effettuando direttamente interventi di miglioramento dell'efficienza energetica che comportino il rilascio da parte del GSE, di TEE corrispondenti ai risparmi conseguiti, o avvalendosi di TEE offerti sul mercato dagli altri soggetti cui tali titoli possono essere rilasciati (cd. "soggetti volontari").

[2] Cfr., da ultimo, C12308 - SNAM 4 EFFICIENCY/MIECI-EVOLVE, Provvedimento n. 28329 del 4 agosto 2020.

7. Il mercato del servizio energia, in ragione delle caratteristiche della domanda e dell'offerta, nonché dell'assenza di vincoli amministrativi che limitino l'esercizio dell'attività ad un ambito locale, può essere ritenuto di dimensione geografica nazionale. Secondo le Parti, il valore complessivo di tale mercato può esser stimato in circa 50 miliardi di euro. Per quanto riguarda il valore del solo servizio di efficientamento energetico, esso può essere approssimato da quello dei corrispondenti TEE: dai dati forniti dal GSE, risulta che nel 2019, in Italia, sono stati negoziati TEE per un valore di oltre 1,4 miliardi di euro.

8. Sia sul mercato del servizio energia sia nell'attività di efficientamento energetico risultano attivi tanto il gruppo acquirente (per il tramite della società Apleona) quanto la società acquisita Antas. Rispetto al valore del mercato del servizio energia, la quota congiunta delle Parti non raggiunge l'1% del totale. Anche laddove si considerasse l'intero fatturato delle Parti come riferito al solo servizio di efficientamento, la *merged entity* risulterebbe al massimo avere una quota di poco superiore al 10%. In ogni caso, quindi, l'operazione non sembra idonea a incidere significativamente sul grado di concorrenza dei mercati interessati.

I mercati della vendita al dettaglio di gas naturale e di energia elettrica

9. La società acquisita Antas è attiva per il tramite della propria controllata Energy Wave anche nella vendita al dettaglio del gas naturale e di energia elettrica. In particolare, secondo le informazioni fornite dalle Parti, Antas opera nella vendita di gas naturale a clienti finali di piccole dimensioni con consumi inferiori a 200.000 mc/anno, mercato che ha dimensioni tendenzialmente inferiori a quella nazionale, e nella vendita al dettaglio di energia elettrica ai clienti domestici connessi in bassa tensione, mercato che nella prassi decisionale dell'Autorità è considerato di dimensione geografica locale.

10. In entrambi i mercati della vendita di gas ed energia elettrica al dettaglio, Antas è presente con una quota di mercato assolutamente marginale, mentre l'acquirente non è ivi attiva. Pertanto, con riferimento a tali mercati, l'operazione comunicata determina la mera sostituzione di un operatore con un altro.

Alla luce delle considerazioni che precedono, la concentrazione in esame non appare idonea a determinare la costituzione di una posizione dominante né nel mercato del servizio energia o dei servizi di efficientamento energetico, né in quelli della vendita al dettaglio di gas naturale e di elettricità a clienti domestici.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non comporta, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante nei mercati interessati, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza;

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministro dello Sviluppo Economico.

Il presente provvedimento sarà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE	IL PRESIDENTE
Filippo Arena	*Roberto Rustichelli*

C12371 - GAMENET GROUP/LOTTOMATICA VIDEOLOT RETE-LOTTOMATICA SCOMMESSE
Provvedimento n. 29652

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 4 maggio 2021;

SENTITO il Relatore Dottor Michele Ainis;

VISTO il Regolamento (CE) n. 139/2004;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la decisione della Commissione Europea del 15 marzo 2021, C(2021) 1871 *final*, di rinvio del caso M.10126 APOLLO MANAGEMENT/LOTTOMATICA VIDEOLOT RETE/LOTTOMATICA SCOMMESSE, a seguito di una richiesta motivata ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 4, del Regolamento CE n. 139/2004 e dell'articolo 57 dell'accordo sullo Spazio Economico Europeo;

VISTA la comunicazione di Gamenet Group S.p.A., pervenuta in data 9 aprile 2021, successivamente integrata e precisata nelle date del 21, 26 e 27 aprile 2021;

VISTA la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue

I. LE PARTI

1. Gamenet Group S.p.A. (di seguito, "Gamenet" o "Acquirente") è una società attiva, anche attraverso le sue controllate, nell'esercizio del gioco lecito in Italia mediante apparecchi da intrattenimento e divertimento (*Amusement with Prizes*, "AWP" e *Videolotteries* "VLT"), scommesse e giochi *online*, sulla base di concessioni rilasciate dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (di seguito l'"ADM"). Gamenet inoltre gestisce sale da gioco e AWP di sua proprietà.
Gamenet è una società controllata al 100% da Gamma Bidco S.p.A. (di seguito, "Gamma Bidco"), a sua volta controllata da alcuni fondi di investimento gestiti da società collegate ad Apollo Management L.P. (di seguito e insieme, "Apollo"[1]), che fa capo ad Apollo Global Management Inc., società *leader* nella gestione di investimenti alternativi a livello mondiale.
Gamenet è l'unica società tra quelle controllate dai fondi di investimento gestiti da società collegate ad Apollo a essere attiva nel mercato della raccolta di giochi e scommesse in Italia.

2. Gamenet, nel corso del 2019, ha realizzato un fatturato di circa *[700-1.000]*[2] milioni di euro[3], interamente realizzato nel territorio italiano. Gamma Bidco, nel corso del 2020, ha realizzato un

[1] Con il termine "Apollo" si fa riferimento, infatti, ad Apollo Management L.P., alle sue società collegate e ai fondi di investimento gestiti dalle sue società collegate.

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

[3] Bilancio consolidato relativo all'anno 2019.

fatturato di circa *[100-511]* milioni di euro[4], interamente realizzato nel territorio italiano. Apollo, nel corso del 2019, ha realizzato un fatturato complessivo a livello mondiale di circa *[100-200]* miliardi di euro, di cui circa *[30-40]* miliardi di euro generati in Europa e circa *[3-4]* miliardi di euro in Italia[5].

3. Lottomatica Videolot Rete S.p.A. (di seguito, "LVR" o "*Target*") detiene una concessione rilasciata dall'ADM per la realizzazione e conduzione della rete per la gestione telematica del gioco lecito mediante AWP e VLT. Il 100% del capitale sociale di LVR è detenuto da IGT Lottery S.r.l. (già "Lottomatica Holding S.r.l."[6]; di seguito, "IGT Lottery" o "Venditore").
IGT Lottery è, tramite imprese controllate, concessionaria esclusiva della raccolta del Lotto e del 10 e Lotto, delle lotterie istantanee (es. Gratta e Vinci) e delle lotterie tradizionali, nonché concessionaria non esclusiva delle scommesse a totalizzatore e a quota fissa, dei concorsi pronostici, dei giochi a distanza e della raccolta tramite apparecchi da intrattenimento e divertimento di tipo AWP e VLT. IGT Lottery è controllata da International Game Technology PLC (di seguito "IGT"). IGT è sottoposta al controllo di De Agostini S.p.A., società attiva nei settori dell'editoria, dei media, dei giochi e servizi e della finanza, che è a sua volta controllata da B&D Holding S.p.A.. LVR è attiva, tramite una propria controllata, anche nella gestione di sale giochi.

4. LVR, nel corso del 2020, ha realizzato un fatturato di circa *[100-511]* milioni di euro in Italia[7] e nel 2019 di circa *[100-511]* milioni di euro[8]. LVR non realizza fatturato al di fuori del territorio italiano.

5. Lottomatica Scommesse S.r.l (di seguito, "LS" o "*Target*") detiene concessioni rilasciate dall'ADM per l'esercizio della raccolta da scommesse attraverso punti vendita fisici nonché per l'esercizio della raccolta a distanza (*online*) da giochi di abilità con vincita in denaro e scommesse. Il 100% del capitale sociale di LS è detenuto da IGT Lottery, che – come visto *supra* per LVR – è riconducibile a B&D Holding S.p.A.

6. LS, nel corso del 2020, ha realizzato un fatturato di circa *[100-511]* milioni di euro in Italia[9] e nel 2019 di circa *[100-511]* milioni di euro[10]. LS non realizza fatturato al di fuori del territorio italiano.

---

[4] Bilancio consolidato relativo all'anno 2020. Facendo seguito all'acquisizione nel 2020 della totalità delle azioni di Gamenet da parte di Gamma Bidco, quest'ultima è la società tenuta alla redazione del bilancio consolidato.

[5] Il fatturato di Apollo per il 2020 non è ancora disponibile.

[6] L'assemblea straordinaria dei soci tenutasi in data 26 febbraio 2021 ha deliberato di modificare la denominazione sociale di "Lottomatica Holding S.r.l." in "IGT Lottery S.r.l.", con efficacia a decorrere dal 15 marzo 2021.

[7] Bilancio di esercizio relativo all'anno 2020.

[8] Bilancio di esercizio relativo all'anno 2019.

[9] Bilancio di esercizio relativo all'anno 2020.

[10] Bilancio di esercizio relativo all'anno 2019.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

7. In data 6 dicembre 2020, Gamenet, nella qualità di Acquirente, e IGT Lottery, nella qualità di Venditore, hanno stipulato uno *Share Sale and Purchase Agreement*, in forza del quale Gamenet acquisirà l'intero capitale sociale di LVR e LS.

8. L'Operazione prevede che IGT Lottery mantenga le altre sue attuali attività italiane, ovvero la gestione delle lotterie nazionali, del gioco del Lotto e del Gratta e Vinci.

9. A seguito dell'Operazione, Gamenet acquisirà il 100% delle azioni di LVR e delle quote di LS. Ne deriva che Apollo, in quanto controllante di Gamenet, deterrà indirettamente il 100% del capitale sociale di LVR e LS.

10. Nel contratto di compravendita sono presenti delle restrizioni nella forma di un patto di non concorrenza e di clausole di non sollecitazione.

II.1. Il patto di non concorrenza

11. In relazione al patto di non concorrenza, con la sottoscrizione del contratto al venditore e alle altre società del gruppo IGT non è consentito svolgere alcuna attività in concorrenza con l'acquirente sul territorio italiano per un periodo di 3 anni. È tuttavia permessa l'acquisizione, diretta o indiretta, di partecipazioni in società in Italia che operano in concorrenza con le società *Target* a condizione che: a) le attività che saranno in concorrenza con le società *Target* non contribuiscano per oltre il 20% all'EBITDA realizzato dal complesso delle attività che verranno acquisite; b) in ogni caso, non potrà essere oggetto di acquisizione alcun ramo d'azienda in concorrenza con le società *Target* nel canale *online*, ad eccezione dei giochi direttamente riconducibili alle concessioni del Gratta e Vinci e del Lotto, che saranno mantenute sotto il controllo del venditore.

II.2. Le clausole di non sollecitazione

12. Le clausole di non sollecitazione previste nel contratto di compravendita sono sia a carico del venditore sia a carico dell'acquirente.

13. L'accordo prevede che il venditore si impegni, anche a nome del gruppo IGT, ad astenersi dal sollecitare attivamente l'impiego dei principali dipendenti delle società *Target* per un periodo di 2 anni. Nell'accordo *de quo*, poi, il venditore e le altre società del gruppo IGT si impegnano a non sollecitare, per un periodo di 3 anni, alcune persone fisiche con l'incarico di rappresentanti di vendita presso l'acquirente, anche nel caso in cui sia cessato il rapporto di lavoro con quest'ultimo e non sia avvenuto il loro trasferimento presso le società *Target*.

14. Inoltre, il medesimo accordo prevede che l'acquirente e le altre società del suo gruppo sottoscrivano una clausola di non sollecitazione dei principali dipendenti rimasti in capo al venditore per un periodo di 2 anni.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

15. L'operazione oggetto di comunicazione presenta dimensione comunitaria. Infatti:

a) eccede le soglie previste dall'articolo 1, comma 2, lett. a), del Regolamento CE n. 139/2004, in quanto il fatturato mondiale realizzato dall'insieme delle Parti nel 2019 è superiore a € 5 miliardi;

b) eccede le soglie previste dall'articolo 1, comma 2, lett. b), del Regolamento CE n. 139/2004, in quanto il fatturato realizzato individualmente nell'Unione europea da Apollo e dalle Società *Target*

supera la soglia di € 250 milioni, e Apollo non ha realizzato in Italia (unico Stato membro in cui sono attive le Società *Target*) oltre i due terzi del suo fatturato nell'Unione europea.

16. Tuttavia, in data 15 marzo 2021, la Commissione Europea, su richiesta delle Parti, ha deciso di rinviare interamente l'operazione all'Italia, in applicazione dell'articolo 4, paragrafo 4, del Regolamento CE n. 139/2004 e dell'articolo 57 dell'accordo sullo Spazio Economico Europeo. L'operazione deve quindi essere valutata ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 4, del Regolamento CE n. 139/2004, applicando la legislazione nazionale in materia di concorrenza.

17. Per quel che concerne le restrizioni sopra descritte si rappresenta quanto segue. Il patto di non concorrenza e le clausole di non sollecitazione a carico del venditore sopra descritte costituiscono restrizioni direttamente connesse e necessarie alla realizzazione dell'operazione, in quanto strettamente funzionali alla salvaguardia del valore delle società acquisite, a condizione che esse siano limitate merceologicamente ai servizi offerti dalle imprese acquisite e che abbiano una durata non eccedente il periodo di due anni[11]. Per quanto riguarda le clausole di non sollecitazione a carico dell'acquirente, tali restrizioni non possono ritenersi accessorie all'operazione comunicata nella misura in cui non appaiono funzionali alla necessità di preservare il valore delle società oggetto di acquisizione.

IV. LE INFORMAZIONI ACQUISITE

18. A seguito della comunicazione della presente operazione, l'Autorità ha acquisito le informazioni di seguito illustrate dall'ADM[12] e dai principali operatori attivi, nel canale fisico, nella raccolta da apparecchi AWP e VLT e da scommesse, al fine di disporre di un quadro conoscitivo idoneo a verificare se la tradizionale definizione del mercato rilevante consente di cogliere adeguatamente le dinamiche competitive tra gli operatori.

IV.1 Il settore della raccolta dei giochi e delle scommesse

19. In Italia, il settore dei giochi e delle scommesse ha registrato - fino al 2020 - una costante crescita, passando da un valore della raccolta di 88,2 miliardi di euro nel 2015 a 110,5 miliardi nel 2019[13], registrando così un aumento di circa il 25%.

20. A tale riguardo, la crescita del settore registrata nel quinquennio precedente al 2020 è stata determinata in particolare dalla continua espansione del canale *online*. Infatti, se nel 2015 il gioco "a distanza" pesava per circa il 19% del totale raccolto, nel 2019 la sua incidenza è risultata pari al 33%. Sebbene non siano ancora stati diffusi i dati ufficiali dell'ADM relativi al 2020, è probabile che la pandemia da Covid-19 abbia determinato una significativa contrazione della raccolta complessiva tramite punti di gioco fisici, limitata solo in parte dallo sviluppo del canale *online*.

21. L'attività di raccolta da gioco è svolta sulla base della titolarità di diritti concessori, della durata di 9 anni, che sono assegnati tramite gare distinte a seconda della tipologia di gioco[14]. Tutti

---

[11] Si veda al riguardo la "*Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni*" (2005/C 56/03), pubblicata in GUCE del 5 marzo 2005, paragrafo 18 e ss.

[12] Cfr. Audizione del 15 aprile 2021.

[13] Cfr. ADM, Libro Blu 2019 e 2017.

[14] Inoltre, se per i giochi numerici - Lotto, Superenalotto e Gratta e Vinci - è prevista l'aggiudicazione ad un unico operatore, Lottomatica, le gare relative alle altre tipologie di giochi consentono l'assegnazione di un numero limitato diritti ad una pluralità di operatori.

i prodotti, ad eccezione dei giochi numerici e le lotterie, sono offerti in concorrenza tra più concessionari.

22. La regolamentazione svolge un ruolo preminente nel settore della raccolta dei giochi e mira a tutelare l'utente finale attraverso una serie di regole che, a seconda della tipologia di gioco, possono fissare: *i)* il valore minimo e massimo della giocata, *ii)* la durata del gioco, *iii)* livelli di *pay out* minimi, vale a dire l'ammontare minimo delle somme raccolte che vanno restituite ai giocatori tramite le vincite. In questo contesto, la raccolta da apparecchi da intrattenimento e divertimento (AWP e VLT) rappresenta una delle attività maggiormente regolamentate, prevedendo tutti i vincoli all'offerta dei concessionari sopra richiamati. Si tratta di vincoli che hanno un impatto sulla natura e l'ampiezza del confronto concorrenziale che può svilupparsi tra concessionari.

23. Con particolare riferimento al canale fisico, la normativa nazionale prevede anche dei vincoli relativi all'ubicazione dei punti di gioco, potendo essere questi ultimi collocati ad una distanza minima da luoghi di aggregazione ritenuti sensibili, tra cui chiese, scuole e ospedali. In questo contesto, a partire dal 2015, quasi tutte le Regioni, in quanto competenti in via concorrente con lo Stato in materia di salute, hanno legiferato in materia, determinando una sostanziale eterogeneità tra disposizioni regionali che non è stata ancora superata, nonostante l'accordo raggiunto nel 2017 in sede di Conferenza Stato-Regioni, col quale sono state fatte salve le leggi regionali che avevano fissato in precedenza vincoli più stringenti rispetto a quelli stabiliti dall'accordo stesso. Alle leggi regionali si sono poi affiancate diverse ordinanze comunali che hanno introdotto, *inter alia*, tipologie di luoghi sensibili ulteriori rispetto a quelli previsti dalle disposizioni regionali, nonché vincoli di orario.

24. Secondo le Parti, la raccolta da giochi e scommesse rappresenta, in linea con i precedenti dell'Autorità, un unico mercato del prodotto, in ragione dell'elevato grado di fungibilità tra giochi per l'utente. Questi ultimi tenderebbero, infatti, nella maggior parte dei casi a rivolgersi a una pluralità di giochi[15]. Inoltre, la chiusura delle sale gioco a causa della pandemia da Covid-19 avrebbe indotto molti fruitori di apparecchi da intrattenimento e divertimento a rivolgersi ad altre tipologie di gioco fruibili presso punti vendita generalisti (bar, tabaccherie) rimasti aperti anche durante i *lockdown*; tra questi, in particolare il Gratta e Vinci ha infatti riportato una crescita del 40% rispetto al medesimo periodo nel 2020.

25. In relazione alle specificità proprie di ciascun gioco e sulla possibilità di definire per ciascuno di essi dei mercati del prodotto distinti, un operatore di rilievo ha osservato che "*ciascun segmento di gioco (apparecchi, scommesse, lotterie, giochi online) ha le proprie peculiarità e connotazioni specifiche, tendenzialmente, anche il profilo dei relativi utenti abituali può ritenersi, quantomeno in linea generale, almeno parzialmente diverso, pur essendo possibili sovrapposizioni per alcune tipologie di utenti"*. Inoltre, un eventuale deterioramento dell'offerta, in particolare nell'ambito delle scommesse, non comporterebbe "*automaticamente*" un trasferimento della domanda verso altre tipologie di giochi.

26. Al riguardo, un altro importante concessionario ritiene che un peggioramento dell'offerta delle scommesse proposta tramite rete fisica difficilmente comporterebbe il passaggio ad altri giochi,

[15] Da una ricerca di mercato prodotta dalle Parti emergerebbe in particolare che il 67% dei giocatori degli apparecchi da intrattenimento e divertimento gioca anche al Gratta e Vinci; il 50% dei giocatori dei giochi *digital* (casinò, *poker*, giochi di abilità) sono anche scommettitori *online*; il 47% degli scommettitori in punti fisici giocano anche al Gratta e Vinci. Cfr. Allegato F4.17 del Formulario, "Settore del gioco in Italia: profilo dei giocatori e segmenti di mercato".

in quanto verrebbe meno il fattore abilità, vale a dire la possibilità per il giocatore di influenzare l'esito del gioco sfruttando le proprie competenze come nel caso delle scommesse. In questo contesto rileverebbe, sempre secondo lo stesso concessionario, anche il diverso profilo di giocatori raggiunti dalle diverse tipologie di gioco. Infatti, i giocatori di scommesse sarebbero in prevalenza uomini (90%), mentre i giocatori di lotterie si suddividerebbero in maniera simmetrica tra i due sessi (51% donne, 49% uomini). Inoltre, gli scommettitori sarebbero in prevalenza persone sotto i 35 anni (46%), mentre il coinvolgimento della fascia più giovane della popolazione nel caso delle lotterie sarebbe decisamente più limitata (solo il 22%). Sempre in relazione al profilo degli scommettitori, anche un altro operatore ha confermato come questi ultimi siano principalmente di sesso maschile e di età relativamente giovane, a differenza di altri giochi che si caratterizzerebbero per un bacino di utenza soprattutto femminile (bingo di sala) e un'età media superiore (lotterie).

27. Per altri due operatori, invece, gli utenti non presenterebbero profili di spiccata prevalenza su determinati tipi di gioco. Ad esempio i cc.dd. giochi di casinò e *online*, rappresenterebbero una valida alternativa di gioco rispetto agli apparecchi AWP e VLT.

28. Ad ogni modo, le sovrapposizioni tra le Parti si realizzerebbero solo per alcuni giochi, e in particolare nella raccolta da: *i)* apparecchi da intrattenimento e divertimento (VLT e AWP); *ii)* scommesse[16]; *iii)* giochi *online* o *digital* (casinò, *poker*, bingo e giochi di abilità *online*). Tenuto conto della posizione di mercato delle Parti nell'offerta delle diverse categorie di giochi, sono stati svolti approfondimenti con particolare riguardo alla raccolta da apparecchi e da scommesse.

IV.2 La raccolta da apparecchi AWP e VLT

29. La tipologia di gioco principale nel settore dei giochi e delle scommesse è quello degli apparecchi da intrattenimento e divertimento. Sulla base degli ultimi dati ufficiali diffusi dall'ADM, relativi al 2019, l'ammontare delle giocate complessivamente raccolte tramite le AWP e VLT è stato pari a 44,7 miliardi di euro, pari al 42% del totale complessivamente raccolto nel settore.

30. Tuttavia, già prima della pandemia, era iniziata una progressiva contrazione della raccolta riferita a tali giochi, che nel 2015 ammontava a 48,2 miliardi (-7%)[17]. Nel 2020, secondo i dati forniti dalla Parte, il valore della raccolta da apparecchi è stata pari a 18,7 miliardi di euro.

31. Nell'ambito di tale tipologia di giochi, la diffusione del numero di apparecchi AWP è nettamente superiore rispetto a quello delle VLT, anche in ragione della recente introduzione sul mercato di queste ultime. Al 2019 infatti, le AWP rappresentavano circa l'82% degli apparecchi in circolazione[18]. In termini di raccolta in valore, i due segmenti sono invece confrontabili.

32. Sotto il profilo merceologico, l'ADM ha rilevato inoltre come si stia assistendo nel corso del tempo ad uno spostamento consistente della domanda dagli apparecchi AWP verso gli apparecchi VLT.

---

[16] Secondo le Parti non occorrerebbe effettuare una segmentazione merceologica ulteriore sulla base della tipologia di evento oggetto di scommessa. La crescita delle scommesse virtuali proprio nei periodi in cui il palinsesto di eventi sportivi è più ridotto rappresenterebbe infatti un'indicazione della sostituibilità tra le principali tipologie di pronostici, e segnatamente tra quelle sportive, ippiche e virtuali.

[17] Cfr. ADM, Libro Blu 2019 e 2017.

[18] Cfr. ADM, Libro Blu 2019 - Appendice.

33. L'attività di raccolta tramite apparecchi di tipo AWP e VLT è subordinata al rilascio di una concessione non esclusiva, e attualmente il numero di concessionari è pari a undici[19]. Ogni concessionario è titolare di un certo numero di diritti, attribuiti tramite gara, i quali definiscono il numero di apparecchi che possono essere installati dal concessionario sul territorio italiano.

34. Nella filiera di gioco, operano diversi soggetti: *i)* il concessionario che, sulla base dell'assegnazione tramite gara di un certo numero di diritti associati a singoli apparecchi, collegano questi ultimi alla propria rete telematica; *ii)* i gestori, che si occupano dell'installazione e della manutenzione degli apparecchi presso i punti vendita fisici indiretti - vale a dire non rientranti nella titolarità dei concessionari; *iii)* gli esercenti, in particolare dei punti vendita generalisti, dove sono ubicati gli apparecchi collegati alla rete del concessionario.

35. Gli apparecchi da intrattenimento e divertimento possono essere di proprietà del gestore o del concessionario. Accade di frequente che le AWP siano di proprietà di gestori indipendenti, che poi le collocano presso gli esercenti. Nel caso delle VLT, viceversa, gli apparecchi sono in genere di proprietà dei concessionari o messi a disposizione dai produttori.

36. Per quanto riguarda la regolamentazione, fino al 1° gennaio 2016 la disciplina di settore non prevedeva un tetto al numero di apparecchi AWP attivabili da ciascun concessionario (a seguito di nulla osta all'esercizio, c.d. NOE), mentre le VLT attivabili potevano variare da un minimo del 7% a un massimo del 14% rispetto al totale dei NOE complessivi per AWP. Con la legge 28 dicembre 2015, n. 208 (di seguito, "Legge di Stabilità 2016") non è stato invece più consentito il rilascio di nuovi NOE, se non sostitutivi di NOE relativi ad apparecchi di tipo AWP già in esercizio[20]. Tale Legge di Stabilità ha anche disposto una riduzione dei NOE complessivi, non inferiore al 30% e da realizzarsi entro il 31 dicembre 2019, da applicarsi al numero dei NOE (pari a 378.000) attivi al 31 luglio 2015[21]. Successivamente il D.L. 24 aprile 2017, n. 50, convertito dalla legge 21 giugno 2017, n. 96[22], ha previsto la riduzione del numero dei NOE per gli apparecchi AWP prendendo a base di riferimento gli apparecchi detenuti dai concessionari al 31 dicembre 2016 e apportando una riduzione del 34,9%.

37. Inoltre, la normativa nazionale ha disposto un numero massimo di apparecchi VLT o AWP installabili all'interno di uno stesso punto vendita in ragione della superficie disponibile e della categoria merceologica di riferimento[23].

38. Al fine di individuare l'ambito territoriale entro il quale si esplicano le dinamiche concorrenziali tra gli operatori nell'offerta di apparecchi da gioco, sono state acquisite informazioni in merito a: *i)* le modalità di definizione dell'offerta da parte dei concessionari, nella prospettiva di individuare le principali leve competitive e la loro eventuale differenziazione su base geografica; *ii)* il grado di movimentazione geografica dei diritti riferiti ai singoli apparecchi.

---

[19] Le concessioni andranno formalmente in scadenza nel marzo 2022. Per l'eventuale aggiudicazione, al pari delle concessioni relative alle scommesse tramite rete fisica, i potenziali assegnatari devono risultare in possesso di requisiti minimi in termini di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa.

[20] Cfr. l'art. 1, comma 922, della Legge di Stabilità 2016.

[21] Cfr. l'art. 1, comma 943, della Legge di Stabilità 2016 cit.

[22] Cfr. l'art. 6-*bis*, comma 1, del decreto legge convertito.

[23] Cfr. *inter alia*, legge 13 dicembre 2010, n. 220 e ss. mm. e int. e dai relativi decreti attuativi di ADM, ivi incluso il Decreto del Direttore generale dei Monopoli di Stato prot. n. 2011/30011/Giochi/UD del 27 luglio 2011, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale 12 agosto 2011, n. 187.

39. Con riguardo alle modalità di definizione dell'offerta da parte dei concessionari, Gamenet ha rappresentato come la regolamentazione riduca significativamente gli spazi tipici della concorrenza nei confronti degli utenti. In particolare, il *pay out* – che rappresenta la percentuale delle vincite degli utenti rispetto alle somme giocate – si attesta per tutti i concessionari in prossimità del livello minimo previsto dalla legge[24] a causa dell'elevato livello di tassazione[25] che riduce la possibilità di fissare *pay out* superiori al minimo di legge. Pertanto, non si registrerebbero nemmeno differenze nei livelli di *pay out* a livello locale.

40. In tema di *pay out*, tutti i concorrenti hanno confermato come esso sia allineato ai minimi di legge, in particolare per le AWP, e sia sostanzialmente uniforme su base nazionale[26].

41. Gamenet ha rappresentato come il restante elemento di differenziazione dell'offerta sia individuabile nel livello di qualità dei servizi erogati presso i punti vendita, che però non costituisce tanto un elemento competitivo definito dai concessionari quanto dai gestori dei punti vendita, che sono generalmente soggetti diversi. Le informazioni acquisite in merito da altri operatori indicano come la definizione della qualità dei servizi connessi all'offerta di gioco (ristorazione, sicurezza, accoglienza) possa essere rimessa ai gestori dei punti vendita ovvero possa essere fissata nell'ambito dei rapporti contrattuali con i gestori. In questo caso, si tratterebbe comunque di una leva competitiva definita in maniera omogenea a livello nazionale.

42. Gamenet ritiene che la concorrenza nel segmento della raccolta da apparecchi di gioco VLT e AWP si realizzi su base nazionale anche in considerazione della circostanza per cui i diritti relativi a VLT e AWP possono essere trasferiti agevolmente da un luogo all'altro, senza che sia necessario ottenere alcuna autorizzazione da parte delle amministrazioni locali competenti, purché nel rispetto delle norme in materia di distanza minima dai luoghi sensibili.

43. In tale contesto, Gamenet ha rappresentato che lo spostamento dell'ubicazione degli apparecchi tra regioni e anche tra province sarebbe frequente. Al riguardo, dai dati forniti dalla Parte, negli ultimi anni il numero di movimentazioni dei diritti relativi alle proprie VLT – rispetto al parco apparecchi installato – è stato mediamente pari a livello regionale al 46% nel 2016, al 51% nel 2017, al 31% nel 2018 e al 38% nel 2019.

---

[24] I tassi minimi di *pay out* per le VLT e le AWP sono attualmente fissati per legge, rispettivamente, all'83% e al 65%, Cfr. art. 1, comma 732, della legge 27 dicembre 2019, n. 160. In particolare, sulla base dei dati prodotti da Gamenet (All. F4.17 del Formulario), il *pay out* offerto dai propri apparecchi si è costantemente ridotto tra il 2018 e il 2020, e i leggeri scostamenti rispetto ai tassi minimi di legge sono dovuti, nel caso delle AWP, all'esigenza di assicurare che il singolo apparecchio "paghi" il *pay out* minimo garantito per legge tenuto conto della volatilità dei giochi, e nel caso delle VLT, dalla circostanza che i giochi caricati sugli stessi sono realizzati da importanti operatori internazionali che impiegano del tempo ad adeguare il *pay out* dei loro giochi al minimo consentito dalla normativa italiana.

[25] La tassazione, consistente nel cosiddetto prelievo erariale unico ("PREU") per gli apparecchi da intrattenimento e divertimento si calcola sulla raccolta complessiva (ossia sul 100% delle giocate), invece che sul margine di profitto. Secondo la Parte, a fronte di numerosi aumenti del PREU imposti dal legislatore negli ultimi anni, il tasso minimo di *pay out* è stato soltanto leggermente ridotto in poche occasioni. Inoltre, poiché la differenza tra raccolta e la somma di *pay out* e PREU deve coprire non solo i costi dei concessionari, ma anche quelli degli altri operatori della filiera (esercenti e gestori), il margine di manovra per fissare *pay out* superiori al minimo indicato per legge si riduce in maniera significativa.

[26] In merito al fatto che siano fissati a livello nazionale, un primario operatore ha chiarito come la piattaforma di gioco delle VLT non consente di impostare diversi *pay out* per il medesimo gioco, talché il *pay out* tende ad essere lo stesso su tutto il territorio nazionale, mentre per quanto riguarda le AWP sarebbe facoltà dei gestori stabilirne i *pay out* ma, in ragione dell'elevata tassazione, essi non si discosterebbero dai minimi di legge.

44. Inoltre, la riallocazione degli apparecchi sarebbe facilitata anche dalla presenza di un certo numero di diritti non utilizzati, il che consentirebbe, secondo la Parte, di collocare gli apparecchi in qualsiasi luogo immediatamente, senza la necessità di trasferire apparecchi già presenti sul mercato e quindi senza intraprendere le attività necessarie a interrompere i rapporti esistenti con i gestori dei locali dove sono ubicati gli apparecchi.

45. Peraltro, l'assenza di una rigida compartimentazione in mercati locali del segmento in oggetto deriverebbe anche dal fatto che i punti di gioco fisici sono, per quanto riguarda le AWP, perlopiù di natura pluri-concessionaria, potendo essere installati sia nei punti vendita generalisti (bar, tabacchi) – che per definizione non sono di natura esclusiva – sia in punti fisici dedicati di proprietà di terzi, luoghi di gioco che rappresentano la stragrande maggioranza nella rete fisica dei concessionari e dove sono generalmente ubicati apparecchi collegati alla rete di più concessionari.

46. In relazione alla ricollocazione dei diritti concessori, i concorrenti hanno rappresentato come tale spostamento possa risultare particolarmente difficile a causa delle discipline regionali e locali, che comportano una progressiva riduzione dei punti di gioco fisici. Al riguardo un operatore ha osservato come le regolamentazioni regionali impediscano ai concessionari di penetrare in ambiti regionali in cui le relative discipline non consentono di fatto nuove aperture. Nell'esperienza di due operatori, però, sono stati intrapresi tentativi di trasferimento dei diritti, proprio a causa di sopravvenute normative subnazionali che, talvolta retroattivamente, hanno reso impossibile l'allocazione di tali licenze.

47. L'ADM, nel richiamare come i diritti concessori siano associati ai singoli apparecchi, ha chiarito come i concessionari possano collocarli senza restrizioni territoriali – fatte salve le distanze minime dai luoghi sensibili – sull'intero territorio nazionale, e anche qualora la titolarità degli apparecchi sia stata ceduta a terzi, questi ultimi possono rivolgersi a qualunque concessionario attivo sul territorio.

48. In relazione al profilo geografico del mercato, per la maggioranza degli operatori il confronto competitivo si realizza pressoché esclusivamente su base nazionale, anche se uno dei quattro concessionari che hanno espresso tale posizione sul punto ha precisato che l'offerta dei giochi "caricati" sugli apparecchi può essere eventualmente differenziata sulla base delle offerte dei concorrenti all'interno di ambiti territorialmente circoscritti. Altri due operatori hanno dichiarato come il loro ambito di operatività risulti più limitato rispetto al territorio nazionale, anche se per uno di essi ciò dipenderebbe da scelte organizzative interne.

IV.3 La raccolta da scommesse

49. Nel 2019, le scommesse, effettuate sia tramite la rete fisica di giochi sia tramite il canale *online*, hanno registrato un valore della raccolta di circa 15 miliardi di euro, pari a poco meno del 14% del totale complessivamente raccolto nel settore. Sempre sulla base degli ultimi dati pubblicati dall'ADM, il peso delle scommesse a distanza (53%) ha superato, seppure in minima parte, l'incidenza delle scommesse effettuate tramite rete fisica.

50. Negli ultimi anni si è assistito a un consistente sviluppo delle scommesse, che hanno raddoppiato il valore delle giocate raccolte tra il 2015 ed il 2019, passando da 7,3 a circa 15 miliardi di euro.

51. È possibile distinguere le scommesse in funzione della tipologia dell'attività oggetto di scommessa tra scommesse sportive, ippiche e virtuali. In ogni caso, secondo la maggior parte degli

operatori, un giocatore abituale medio tende a scommettere indistintamente su diverse tipologie di eventi.

52. Al fine di poter effettuare la raccolta da scommesse all'interno di punti vendita, l'operatore deve innanzitutto aggiudicarsi la gara pubblica per la concessione, e successivamente deve allocare i titoli autorizzatori ottenuti associandoli a ciascun punto vendita[27].

53. Come per gli apparecchi da intrattenimento e divertimento, anche i luoghi dove si effettua la raccolta da scommesse possono essere punti vendita generalisti (bar, tabacchi), esercizi in cui la commercializzazione dei giochi pubblici rappresenta esclusivamente un'attività accessoria oppure punti vendita dedicati (agenzie di scommesse).

54. Per operare nel canale *online* delle scommesse è necessaria l'aggiudicazione di una concessione distinta rispetto a quella che consente l'operatività tramite i punti di gioco fisici; per contro, la concessione relativa alle scommesse *online* permette di offrire anche altri giochi a distanza.

55. Al fine di acquisire elementi utili ai fini della definizione del mercato rilevante e dell'analisi degli effetti dell'operazione, sono state raccolte informazioni in merito: *i)* al ruolo delle scommesse *online* come possibile vincolo competitivo sull'offerta di scommesse tramite rete fisica; e *ii)* alle dinamiche concorrenziali tra operatori, nella prospettiva di individuare l'ambito territoriale entro il quale l'offerta di tale tipologia di gioco viene definita.

56. Gamenet ritiene che il canale *online* eserciti un rilevante vincolo concorrenziale sui punti vendita fisici di scommesse e, dunque, che la concorrenza nel segmento delle scommesse si esplichi a livello nazionale. Sul punto, le Parti sottolineano l'elevato grado di penetrazione del canale *online* rispetto al canale fisico, testimoniato ad esempio dal fatto che nel 2019 la raccolta da scommesse sportive *online* avrebbe rappresentato il 62% del valore complessivo della raccolta da scommesse sportive. In questo contesto la pandemia avrebbe incrementato ulteriormente l'incidenza dell'online nell'ambito delle scommesse sportive, portandola nel 2020 al 76%.

57. Inoltre, secondo Gamenet, dal punto di vista della domanda, il canale fisico e quello *online* sarebbero pienamente sostituibili nella misura in cui – secondo i dati prodotti da una indagine di mercato commissionato dalla società[28] – quasi un terzo degli scommettitori *online* tende anche a scommettere attraverso la rete fisica (agenzie di scommesse, punti vendita generalisti). La percentuale di scommettitori che si avvalgono del canale fisico e utilizzano anche il canale *online* sarebbe più ridotta, pari a circa al 16%.

58. Sulla possibilità del canale *online* di esercitare un vincolo competitivo sulla rete fisica di scommesse, è stato in generale osservato come un peggioramento dell'offerta nel canale delle agenzie fisiche indurrebbe con ogni probabilità gli utenti a ricorrere al canale *online.*

---

[27] Tutte le concessioni relative alle scommesse tramite rete fisica sono scadute il 30 giugno 2016 e si trovano quindi in regime di *prorogatio*. Tuttavia, l'eterogeneità delle normative regionali in tema di distanza minima dei punti di gioco fisici rende difficile procedere all'indizione delle gare per l'assegnazione di diritti alla raccolta da gioco tramite rete fisica (comprese quelle relative agli apparecchi AWP e VLT), dunque ritarderà l'indizione delle nuove gare. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, gli operatori, avrebbero difficoltà ad esercitare effettivamente i diritti concessori aggiudicati a causa del quadro normativo estremamente difforme tra Regioni. Pertanto, finché il Legislatore non interverrà per fornire omogeneità in tema di distanza dei punti di gioco dai luoghi sensibili, tale situazione di stallo non potrà essere risolta. Le concessioni riguardanti le scommesse *online*, invece, sono oggetto di una gara distinta, che consente anche l'offerta degli altri giochi *online*.

[28] Cfr. Allegato F4.17 del Formulario.

59. Sull'effetto prodotto dalla pandemia, la maggior parte degli operatori non è allo stato in grado di valutare se quest'ultima abbia determinato uno spostamento a carattere permanente della domanda. Al riguardo, due operatori ritengono con ragionevole certezza che la pandemia causerà un trasferimento permanente della domanda verso il canale *online*, stimabile nell'ordine del 10% - 20% dei volumi di raccolta. Altri operatori, si sono invece limitati a registrare che per il momento la riduzione della raccolta riguardante il canale fisico non è stata pienamente compensata dall'incremento delle scommesse *online*. In ogni caso, alcuni concorrenti, hanno affermato di attendersi in futuro un ruolo trainante da parte del canale *online*, nonché una crescita della multicanalità dei giocatori.

60. Per quanto riguarda le condizioni dell'offerta, le quote praticate dai concessionari – vale a dire le probabilità fissate dai *bookmakers* prima di ogni evento in relazione ad un determinato esito di una scommessa – sarebbero le stesse sia sul canale fisico che sul canale *online*, in particolare prima dell'inizio degli eventi (cc.dd. scommesse "*pre-match*")[29]. Secondo quasi tutti gli operatori le quote definite nel canale fisico ed in quello *online* sarebbero le stesse a parità di tipologia di evento e di prodotto. Soltanto per un concessionario le quote non sarebbero sempre uguali nei due canali, in ragione di differenze in relazione al livello di tassazione e alla struttura dei costi. Più in generale, l'offerta di scommesse, non solo in termini di quote ma anche in relazione al numero di eventi, sarebbe pressoché identica.

61. In ogni caso, anche al di là del ruolo del canale *online*, ad avviso di Gamenet la concorrenza nelle scommesse si esplicherebbe a livello nazionale in considerazione del fatto che le quote nella rete fisica sono fissate a livello nazionale dai concessionari, non sussistendo alcuna variabilità delle quote a livello regionale[30]. Inoltre, come con riguardo alla raccolta da apparecchi da intrattenimento e divertimento, il concessionario non si occuperebbe di stabilire gli *standard* qualitativi delle agenzie della rete fisica.

62. Tra le principali leve concorrenziali definite a livello nazionale, sono state citate le quote, la gamma degli eventi, i *bonus* eventualmente offerti e la qualità dei punti vendita. Su quest'ultimo aspetto, ancorché alcuni primari operatori abbiano dichiarato di fissare contrattualmente gli standard qualitativi dei punti fisici non di proprietà, tale variabile competitiva sarebbe definita a livello nazionale.

63. Al fine della valutazione del contesto competitivo nelle scommesse, inoltre, le Parti osservano come, nell'ambito della rete fisica operano anche dei soggetti privi di concessione sulla base di titoli abilitativi conferiti da altri Stati membri UE. Tali soggetti, che operano come centri trasmissione dati ("CTD") di *bookmaker* esteri, sarebbero nella sostanza assimilati dai giocatori agli operatori legali titolari dei diritti concessori, al punto che i punti fisici ad essi riconducibili si attesterebbero

---

[29] Per alcuni operatori, si possono invece registrare scostamenti tra le quote offerte sul canale fisico e su quello online per quanto riguarda le scommesse sugli eventi in corso (cc.dd. scommesse "*live*"). Il fatto che il *payout* delle scommesse *online* sia generalmente più elevato è dovuto alla circostanza che, in tale canale, prevalgono le giocate sui singoli eventi, rendendo più probabile la vincita mentre, presso i punti vendita fisici, prevalgono le giocate multiple, che offrono vincite di entità superiore, ma la cui probabilità di realizzazione è molto più bassa, riducendo quindi i *payout*, vale a dire le somme restituite ai giocatori come vincite.

[30] La variabilità dei *pay out* a livello regionale sarebbe da ascrivere ad un fenomeno statistico: più piccolo è il campione statistico considerato (proporzionale ai volumi espressi dalla regione), maggiore è la volatilità del *pay out*.

attualmente a circa 4.500 unità[31]. In relazione alla presenza di operatori attivi sul territorio nazionale senza la titolarità di una concessione, l'ADM ha confermato non soltanto l'esistenza di tale fenomeno, ma anche la sua non trascurabile portata.

V. VALUTAZIONE DELL'OPERAZIONE

64. L'operazione in esame interessa l'attività di raccolta del gioco e scommesse, con particolare riguardo alla raccolta del gioco tramite gli apparecchi di tipo AWP e VLT, delle scommesse su eventi sportivi, ippici e virtuali e la raccolta proveniente dai giochi *online*.

65. In passato, l'Autorità ha tendenzialmente considerato come appartenenti ad un unico mercato del prodotto le attività di raccolta di tutti i giochi pubblici, che si presenterebbero allo scommettitore/consumatore come variazioni del medesimo servizio e che, pur dotati di specificità, si disporrebbero in un "*continuum*", al quale non risulterebbe possibile applicare rigide compartimentazioni sotto il profilo merceologico[32]. Inoltre, sotto il profilo geografico, le attività citate, in ragione in particolare dell'ambito di validità territoriale dei titoli concessori, sono state ritenute di dimensione nazionale[33].

66. Tenuto conto delle possibili evoluzioni del settore, che, come si è visto, prima dell'emergenza sanitaria era in forte crescita, l'Autorità ha ritenuto necessario effettuare una nuova valutazione dei mercati rilevanti, anche coinvolgendo i principali operatori di mercato e l'ADM che li regola, effettuando le richieste di informazioni e le audizioni delle quali si è dato già conto. Sotto il profilo merceologico, le analisi svolte e le informazioni acquisite hanno condotto a ritenere che sia necessario pervenire ad una definizione del mercato differente rispetto a quella finora adottata, basata su una distinzione merceologica della raccolta da giochi pubblici in funzione della tipologia di gioco. In particolare, ai fini della valutazione della presente operazione, è possibile individuare 3 mercati rilevanti distinti:

i) apparecchi da intrattenimento e divertimento di tipo AWP e VLT[34], la cui raccolta è gestita tramite le reti telematiche dei concessionari;

---

[31] La modalità operativa di *bookmaker* esteri che hanno anche una presenza fisica sul territorio italiano è stata considerata legittima sulla base di pronunce della Corte di Giustizia UE. Tra i soggetti che operano tramite CTD figurano Stanleybet (titolare di una concessione per l'esercizio del gioco a distanza, ma non per l'esercizio di punti vendita fisici), Aleabet e Sogno di Tolosa (titolare del marchio Betn1).

[32] Cfr., per tutti, C12188- Gamenet/Goldbet, del 13 settembre 2018, in Boll. 36/2018 e provv. n. 27316; C12052 – TCP LUX EURINVEST/INTRALOT HOLDING & SERVICES del 15 giugno 2016 in Boll. n. 23/16 e provv. n. 26080, C10938B – GLOBAL ENTERTAINMENT-GLOBAL WIN/RAMI DI AZIENDA DI SNAI del 25 luglio 2012, in Boll. n. 30/12 e provv. n. 23773, C10920 - SISAL MATCH POINT/BBET-RAMO DI AZIENDA DI BILLENNIUM del 3 febbraio 2011, in Boll. n. 5/2011 e provv. n. 22088; C10688 – LOTTOMATICA SCOMMESSE/RAMO DI AZIENDA DI AQUILIA del 28 luglio 2010, in Boll. n. 30/10, provv. n. 21437.

[33] *Ibidem*.

[34] Le AWP sono apparecchi da intrattenimento e divertimento che garantiscono vincita in denaro non superiore a 100 euro a fronte di una giocata a partita dal valore non superiore ad 1 euro. La distribuzione della vincita in denaro è inoltre immediata. Le VLT si differenziano dalle AWP in quanto terminali internet multi gioco, sono connesse ad un sistema di controllo centrale che calcola il cumulo del premio (*jackpot* di sala o *jackpot* di rete) e prevedono la sostituzione della scheda di gioco interna. Le puntate, per ogni partita, variano da un minimo di 0,50 a un massimo di 10 euro, a seconda del gioco scelto, e la vincita massima per ogni partita è pari a 5.000 euro.

ii) scommesse sportive, ippiche e su eventi virtuali[35];

iii) giochi *online* (di abilità e di carte, bingo online).

67. Si ritiene che ogni tipologia di gioco identifichi un mercato del prodotto distinto per una serie di ragioni.

68. In primo luogo, ciascuna tipologia di gioco tende a presentare un proprio bacino di utenti particolarmente fidelizzato[36]. Inoltre, come è emerso da un'indagine di mercato prodotto dalla Parte[37], sono presenti delle differenze significative in termini di diffusione tra le diverse tipologie di gioco e, dunque, in termini di base di utenti. Nel 2019, infatti, sono stati 19,3 milioni di italiani a giocare alle lotterie, mentre si sono rivolti alle scommesse, agli apparecchi da intrattenimento e divertimento e ai giochi *online* un numero decisamente inferiore di utenti (rispettivamente 2,7, 2,2 e 2,1 milioni di italiani).

69. Sempre sulla base dello stesso studio presentato dalla Parte, è emerso come il profilo degli utenti, specialmente tra alcune tipologie di gioco, sia particolarmente eterogeneo. In questo contesto, le scommesse e le lotterie (tra cui il Gratta e Vinci) appaiono registrare le maggiori differenze. Se infatti il bacino di scommettitori è soprattutto di sesso maschile (84%), gli utenti delle lotterie sono decisamente meno sbilanciate tra i due sessi, con una lieve prevalenza degli uomini (56%). Anche in relazione all'età, si osserva che se le persone sotto i 35 anni costituiscono il 36% degli scommettitori, l'incidenza della fascia di popolazione più giovane si dimezza nel caso delle lotterie (17%).

70. Inoltre, le diverse tipologie di gioco appaiono avere proprie caratteristiche non solo in termini di dimensione e caratteristiche del bacino di utenti a cui si rivolgono, ma anche in relazione ai prodotti offerti. Questi ultimi si caratterizzano per molteplici tratti distintivi, tra cui in particolare, la frequenza, il valore delle vincite, nonché la possibilità per il giocatore di influenzare l'esito del gioco[38]. Tali aspetti distintivi sono idonei a differenziare in misura significativa l'esperienza di gioco, in quanto tendono a soddisfare diverse attitudini e motivazioni del giocatore, e dunque a incidere sulla sostituibilità tra giochi diversi.

71. Al riguardo, un'alta frequenza di gioco con vincite ripetute ma di basso valore, che caratterizzano ad esempio le scommesse, i giochi *online* e gli apparecchi da intrattenimento e divertimento, sottendono un'attitudine al gioco orientata perlopiù all'intrattenimento, mentre la fruizione di prodotti, come le lotterie, caratterizzati da una bassa frequenza di gioco e da vincite rare ma di alto valore, tende a soddisfare esigenze diverse legate principalmente a ragioni di carattere economico.

72. La possibilità di influenzare l'esito del gioco consente una ulteriore differenziazione dei giochi, operando una distinzione tra quelli che richiedono l'utilizzo di particolari abilità e competenze, come nel caso delle scommesse e dei giochi *online*, e quelli in cui la probabilità di

---

[35] Si tratta di giochi in cui il giocatore vince grazie all'abilità di prevedere l'esito di eventi sportivi o ippici. Le scommesse virtuali consentono invece di puntare su eventi simulati al computer il cui esito è visualizzato tramite una grafica animata o per mezzo di un evento reale precedentemente registrato.

[36] Cfr. Audizione ADM del 15 aprile 2021.

[37] Cfr. Allegato F4.17 del Formulario.

[38] Cfr. Allegato F4.18 del Formulario.

vincita dipende esclusivamente dalla sorte, come nel caso degli apparecchi da intrattenimento e divertimento.

73. Diverse tipologie di gioco si associano pertanto ad esperienze di consumo percepibili come diverse dai giocatori, non consentendone dunque una piena sostituibilità, come del resto anche la Commissione ha avuto modo di osservare in passato[39], ritenendo in particolare come la sostituibilità fra gli apparecchi AWP e VLT, che assicurano una vincita immediata, e il Lotto – gioco numerico ad esito differito – appaia alquanto limitata.

74. Si rilevano, altresì, le differenze in termini di *pay out:* mentre le lotterie si attestano a un valore di circa il 72%, il *pay out* delle scommesse raggiunge l'86% e quello degli apparecchi da gioco è del 78%[40].

75. Dal lato dell'offerta, inoltre, si evidenzia come la stessa regolamentazione delinea significative difformità tra i giochi che si riflettono anche sull'offerta e sulle leve competitive che possono essere utilizzate dai concorrenti. Ad esempio, la disciplina di settore impone ai concessionari degli apparecchi l'erogazione di *payout* minimi, nonché il valore minimo e massimo delle giocate. Viceversa, nel caso delle scommesse le quote sono definite pressoché liberamente dai concessionari[41], comportando così che le stesse rappresentino una variabile competitiva rilevante. Sempre in relazione alle differenze sotto il profilo regolatorio, alcuni giochi, quali gli apparecchi AWP e VLT, le scommesse e i giochi *online*, sono offerti da più soggetti titolari di concessioni, mentre l'attività di raccolta da lotterie può essere esercitata da un solo concessionario.

76. In questo contesto, appaiono prive di pregio le osservazioni delle Parti, secondo cui sussiste un'elevata fungibilità dei diversi prodotti di gioco, che deporrebbe per una definizione merceologica comprendente l'intero settore della raccolta da giochi e scommesse[42]. La propensione dei giocatori a fruire di una pluralità di giochi – come l'asserito utilizzo del Gratta e Vinci da parte sia degli utenti degli apparecchi (67%) sia da parte degli scommettitori online (47%)[43] – non si ritiene infatti idonea a dimostrare l'esistenza di una sostituibilità, essendo piuttosto indicativa di un rapporto di complementarietà tra prodotti che, sfruttando motivazioni al gioco differenti, sono idonei a soddisfare esigenze esperienziali distinte. Peraltro, secondo i dati contenuti nell'analisi di mercato della Parte, tra il 2019 ed il 2020 la spesa per il gioco tramite apparecchi si sarebbe ridotta – a causa delle restrizioni imposte dalla pandemia – di 5,5 miliardi di euro (-54%), contrazione che non è stata compensata da altri giochi fruibili anche od esclusivamente a distanza, come i giochi *online* e le scommesse.

77. In conclusione, sulla base delle differenziazioni rilevate dal lato della domanda, in termini di penetrazione dei giochi e di profilo degli utenti, nonché in relazione alle peculiarità nell'offerta, riguardanti le caratteristiche dei prodotti e l'impatto della regolazione sulle leve competitive

---

[39] Cfr. COMP/M.4114 - LOTTOMATICA / GTECH, decisione del 19 maggio 2006. Ciò in ragione dei risultati ottenuti da un'indagine di mercato, nell'ambito della quale la stragrande maggioranza degli operatori aveva indicato i tempi di riscossione, la probabilità delle vincite e l'entità delle stesse quali elementi fondamentali nella scelta del tipo di gioco.

[40] Elaborazioni su dati ADM. Cfr. Libro Blu 2019.

[41] Cfr. ADM, Libro Blu 2019, p. 87.

[42] Cfr. Allegato F4.17 del Formulario, "Settore del gioco in Italia: profilo dei giocatori e segmenti di mercato".

[43] In particolare, il Gratta e Vinci e le scommesse, oltre a caratterizzarsi per meccaniche di gioco completamente differenti, essendo il primo un gioco di tipo numerico ed il secondo un pronostico su un evento sportivo, appaiono soddisfare motivazioni differenti, nella misura in cui il Gratta e Vinci non richiede alcun tipo di abilità, a differenze delle scommesse.

utilizzate dagli operatori, si ritiene sussistano elementi sufficienti per individuare mercati rilevanti distinti per i diversi prodotti di gioco.

V.1 I mercati rilevanti

78. L'operazione in esame interessa, in particolare, i mercati: *i)* degli apparecchi da intrattenimento e divertimento AWP e VLT; *ii)* delle scommesse e; *iii)* dei giochi *online*.

a) Il mercato della raccolta da apparecchi da intrattenimento e divertimento

Il mercato del prodotto

79. Alla luce delle informazioni raccolte, si ritiene opportuno considerare la raccolta da apparecchi da intrattenimento e divertimento come un mercato distinto rispetto alle altre tipologie di gioco, in ragione di alcune peculiarità che contraddistinguono il gioco tramite apparecchi.

80. In particolare, l'elevata frequenza di gioco, un valore delle vincite relativamente basso, l'assenza di abilità specifiche richieste al giocatore, rendono le AWP e le VLT dei giochi che offrono esperienze di gioco sostanzialmente diverse rispetto a quelle offerte dalle lotterie, dalle scommesse, dai giochi *online*.

81. Anche per quanto attiene alle caratteristiche dell'offerta, si rilevano differenze significative rispetto ad altri giochi, sotto il profilo regolatorio e delle variabili competitive rilevanti.

82. Per quanto riguarda una possibile ulteriore segmentazione del mercato tra apparecchi di tipo AWP e di tipo VLT, si rileva che la questione può essere lasciata aperta in considerazione della circostanza che la valutazione dell'impatto concorrenziale dell'operazione non muterebbe.

Il mercato geografico

83. Sotto il profilo geografico, le informazioni acquisite inducono a ritenere che il mercato in esame abbia una dimensione nazionale.

84. In particolare, non appaiono emergere differenze significative nelle condizioni di offerta dei servizi agli utenti finali a livello locale, anche in considerazione dell'elevato livello di regolamentazione che caratterizza l'offerta di tale mercato.

85. Anche con riferimento ai rapporti dei concessionari con gli altri soggetti attivi nella filiera produttiva, si rileva come non appaiano sussistere ostacoli di natura geografica alla movimentazione dei diritti concessori tali da richiedere un'analisi del contesto competitivo a livello locale.

b) Il mercato della raccolta da scommesse

Il mercato del prodotto

86. Alla luce delle evidenze acquisite, si ritiene possibile considerare la raccolta da scommesse attraverso agenzie fisiche e *online* come un mercato rilevante distinto rispetto alle altre tipologie di gioco.

87. Il canale *online* appare in grado di esercitare una significativa pressione concorrenziale sulla rete fisica di scommesse.

88. La raccolta da scommesse realizzata sul canale *online* ormai incide per oltre la metà del valore complessivo. Già prima della pandemia rappresentava infatti il 53%[44] della raccolta complessiva da

[44] Dato riferito al 2019, cfr. ADM, Libro Blu 2019.

scommesse, a testimonianza del gradimento dei giocatori ad effettuare le scommesse direttamente dai propri dispositivi mobili piuttosto che recarsi nei punti vendita della rete fisica[45].

89. Dal lato dell'offerta, è emerso che tutti i principali operatori presenti nel canale fisico sono attivi anche nel canale *online*, e che non esistono sostanziali elementi di differenziazione tra le scommesse offerte attraverso i due canali in termini di gamma di eventi offerti e di quote.

90. In relazione ad una eventuale ulteriore segmentazione del mercato a seconda della tipologia di eventi (sportive, ippiche e virtuali), le evidenze acquisite fanno propendere per una definizione del mercato che le includa tutte, dal momento che gli utenti scommettono in genere indistintamente su diverse tipologie di eventi. In ogni caso, è possibile lasciare aperta la definizione del mercato in quanto la valutazione dell'operazione in esame non muterebbe.

Il mercato geografico

91. Si ritiene che il mercato in esame abbia una dimensione nazionale. Le informazioni acquisite, infatti, indicano come il confronto concorrenziale si esplichi sostanzialmente su base nazionale, sia in considerazione dell'omogeneità delle condizioni di offerta, in termini di quote, gamma e tipologie di eventi, sia in considerazione della rilevanza acquisita dall'offerta *online* nella raccolta da scommesse.

c) Il mercato della raccolta da giochi online

Il mercato del prodotto

92. Il tratto distintivo dei giochi *online*, che sono principalmente costituiti da giochi di carte e di abilità, consiste nel fatto che le competenze del giocatore ne influenzano in maniera determinante l'esito. Tale aspetto, unitamente alla circostanza che tali giochi (ad eccezione del bingo[46]) siano proposti agli utenti soltanto via *web* e non trovino un precipuo gioco equivalente offerto nel canale fisico, fa sì che essi configurino un mercato distinto rispetto ad altri giochi, nella misura in cui la fruizione esclusivamente in modalità digitale appare un tratto essenziale del prodotto e dell'esperienza di gioco.

Il mercato geografico

93. Le concessioni per l'esercizio della raccolta tramite giochi *online* consentono di operare sull'intero territorio nazionale, determinandosi dunque entro tale ambito il confronto concorrenziale tra i soggetti titolari di concessioni. Alla luce di ciò, si ritiene che la dimensione geografica del mercato sia nazionale.

V.2. Gli effetti dell'operazione

94. Nel settore complessivo della raccolta da giochi e scommesse, a valle dell'operazione in esame, Gamenet diventerà il principale operatore, ma con una quota comunque contenuta, nell'ordine del 20% (cfr. tabella 1).

---

[45] In questo contesto, la pandemia da Covid-19 potrebbe aver accresciuto il grado di osmosi tra i due canali, comportando uno spostamento di carattere permanente della domanda dalla rete fisica al canale *online*. Benché si sia osservato finora un parziale trasferimento della domanda sull'*online* per effetto della pandemia, tale canale appare destinato a rivestire un ruolo "trainante" nel mercato, favorendo un cambiamento nelle abitudini dei giocatori verso una maggiore multicanalità.

[46] In merito all'inclusione del bingo *online* nel mercato in oggetto, la definizione del mercato può essere lasciata aperta, dal momento che la valutazione dell'operazione in esame non muterebbe.

Tabella 1. Posizionamento dei principali operatori del settore

Operatori	**Quote di mercato**
Gamenet	8%
Società Target	11%
Gamenet + Società Target	**20%**
IGT Lottery (non oggetto di cessione)	16%
Snaitech	10%
Sisal	9%
Global Starnet	5%
HBG Gaming	4%
Altri	38%
Totale	**100%**

Fonte: dati forniti dalle Parti

a) Il mercato della raccolta da apparecchi da intrattenimento e divertimento

95. Ad esito dell'operazione, nel mercato degli apparecchi da intrattenimento e divertimento, Gamenet diventerà il primo operatore, con una quota del 32% (cfr. tabella 2). Nel mercato si registra, comunque, la presenza di qualificati operatori, titolari di marchi particolarmente conosciuti (Snaitech, Sisal) e appartenenti a gruppi internazionali, il cui ambito di operatività è esteso a diversi Paesi (Admiral, Snaitech). In particolare, Snaitech e Global Starnet detengono quote rispettivamente pari al 15% e al 12%, e Sisal e HBG Gaming quote prossime al 10%.

96. Il posizionamento di mercato di Gamenet si rafforzerà soprattutto nel segmento delle VLT, dove raggiungerà una quota di circa il 38%, mentre nel segmento delle AWP la quota di mercato dell'entità *post-merger* si attesterà intorno al 28%. In entrambi i segmenti il secondo operatore è Snaitech, con una quota prossima al 15%.

Tabella 2. Quote di mercato nella raccolta da apparecchi da intrattenimento e divertimento

Operatori	**AWP+VLT**	**AWP**	**VLT**
Gamenet	12%	11%	13%
Lottomatica	20%	16%	25%
Gamenet + Società Target	**32%**	**28%**	**38%**
Snaitech	15%	15%	14%
Global S.	12%	13%	10%
Sisal	9%	8%	10%
HBG Gaming	9%	9%	9%
Admiral	8%	8%	8%
Cirsa	5%	4%	6%
Codere	4%	5%	3%
NTS	4%	6%	1%
NetWin	2%	4%	1%
Totale	**100%**	**100%**	**100%**

Fonte: dati forniti dalle Parti

97. Ai fini della valutazione degli effetti dell'operazione nel mercato in esame, inoltre, occorre richiamare il pervasivo grado di regolamentazione già discusso *supra* (cfr. § 22) che - al fine di tutelare gli utenti finali - definisce, sia per le AWP sia per le VLT, il valore minimo e massimo delle giocate, la durata del gioco, i livelli minimi dei *pay out*. Su quest'ultimo aspetto, la definizione dei livelli minimi dei *pay out* unitamente a livelli elevati di tassazione, ha portato sinora i concessionari ad attestarsi in prossimità del livello minimo previsto dalla legge e ha così ridotto il gioco concorrenziale sulla principale variabile competitiva (cfr. §§ 39 e 40). Si rileva altresì come il mercato in esame stia sperimentando una fase di marcata contrazione, peraltro iniziata ancora prima dello scoppio della pandemia (cfr. § 30). Inoltre, si fa presente che le attuali concessioni sono prossime alla scadenza, essendo previsto il loro termine a marzo 2022. Sulla base di tali elementi, non si ritiene, dunque, che la concentrazione possa incidere sostanzialmente su tali caratteristiche dell'offerta.

98. Alla luce delle considerazioni suesposte, si ritiene che l'operazione non dia luogo a preoccupazioni concorrenziali nel mercato della raccolta degli apparecchi da gioco.

b) Il mercato della raccolta da scommesse

99. L'operazione dà luogo ad una sovrapposizione orizzontale tra le Parti e, ad esito della stessa, Gamenet diventerà il primo operatore di mercato. Tuttavia, la quota di mercato, in termini di valore

della raccolta, sarà pari al 20%, e la distanza dal secondo operatore, Bet365, si attesterà intorno a 5 punti percentuali (cfr. tabella 3)[47].

100. Gamenet deterrà una quota relativamente elevata solo nel segmento delle scommesse virtuali – che genera solo il 13% della raccolta complessiva da scommesse – ma con un incremento relativamente contenuto. Nel principale segmento nella raccolta da scommesse, quello relativo agli eventi sportivi, la quota di Gamenet si attesterà al 18%, mentre risulterà pari al 6% nel segmento delle scommesse ippiche.

101. Sia nel mercato nel suo complesso che nei diversi segmenti sono presenti numerosi e qualificati concorrenti che detengono quote di mercato significative. Si tratta, peraltro, di concorrenti che - ad eccezione di Bet365, specializzato nel canale *online* - sono attivi sia nel canale fisico che in quello *online*. Inoltre, si rileva come l'indizione della nuova gara per il rilascio delle concessioni che consentono l'esercizio della raccolta da scommesse *online*[48] sia ormai prossima, essendo prevista per giugno 2021.

Tabella 3. Quote di mercato nel mercato delle scommesse

Operatori	Totale	Sportive	Ippiche	Virtuali
Gamenet	14%	12%	3%	36%
Società Target	6%	6%	2%	6%
Gamenet + Società Target	**20%**	**18%**	**6%**	**42%**
Bet365	15%	18%	-	2%
Snaitech	14%	13%	38%	16%
Eurobet	12%	12%	12%	14%
Sisal	11%	11%	16%	14%
Altri	27%	29%	28%	12%
Totale	**100%**	**100%**	**100%**	**100%**

Fonte: dati forniti dalle Parti.

102. Alla luce delle considerazioni suesposte, l'operazione in esame non appare suscettibile di determinare effetti pregiudizievoli per la concorrenza, non determinando modifiche sostanziali della struttura di mercato.

c) Il mercato della raccolta da giochi online

Ad esito dell'operazione notificata, la quota complessivamente detenuta da Gamenet nel mercato dei giochi *online* (ivi incluso il bingo *online*) passerà dal 4% all'11% in termini di valore della raccolta,

[47] Inoltre, nel canale fisico sono presenti, accanto ai concessionari, ulteriori operatori – i cosiddetti "centri di trasmissione dati" – la cui attività di raccolta, non venendo svolta sulla base della titolarità di diritti concessori, non è stata considerata nella quantificazione della raccolta complessiva del mercato.

[48] Si tratta della medesima gara che consente la raccolta tramite i giochi *online*.

e anche escludendo il bingo *online* tale quota non muterebbe. Nella raccolta dei giochi *online*, che si caratterizza per un assetto di mercato molto frammentato, Gamenet diventerà il secondo operatore.

Tabella 4. Quote di mercato nel canale dei giochi online

Operatori	**Quota di mercato**
Gamenet	4%
Target	8%
Gamenet+ Target	**11%**
Reel Italy	17%
Sisal	8%
Snaitech	8%
Virtual Marketing	7%
Eurobet	6%
SKS365	5%
Altri	38%
Totale	**100%**

Fonte: elaborazioni su dati forniti dalle Parti.

103. Pertanto, sulla base delle evidenze acquisite l'operazione in esame non è idonea a produrre effetti significativi sotto il profilo concorrenziale.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non determina, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sui mercati interessati, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza;

RITENUTO, altresì, che il patto di non concorrenza e le clausole di non sollecitazione a carico del venditore presenti nel contratto di compravendita possono essere considerate accessorie alla presente operazione nei soli limiti merceologici e temporali sopra indicati e che l'Autorità si riserva di valutare, laddove sussistano i presupposti, le suddette clausole ove si realizzino oltre tali limiti e la clausola di non sollecitazione a carico dell'acquirente;

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministro dello Sviluppo Economico.

Il presente provvedimento verrà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

C12372 - GRUPPO BOSSONI-AGRICAR/RAMO DI AZIENDA FALLIMENTO AGRICAR DIESEL
Provvedimento n. 29653

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 4 maggio 2021;

SENTITO il Relatore Presidente Roberto Rustichelli;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTO l'atto della società Gruppo Bosoni S.p.A. pervenuto in data 14 aprile 2021 e da ultimo integrato in data 21 aprile 2021;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Gruppo Bosoni S.p.A. (di seguito Gruppo Bosoni) opera nella distribuzione al dettaglio di autovetture nuove e usate e di veicoli commerciali leggeri nuovi e usati di diversi marchi (FCA, Peugeot, Volvo, Chia e Volkswagen – Audi e Skoda), di ricambi originali ed equivalenti dei rispettivi marchi e servizi *post* vendita di assistenza, manutenzione e riparazione. Gruppo Bosoni è controllato da persone fisiche tutte appartenenti alla famiglia Bosoni. Nel 2019, il fatturato consolidato realizzato da Gruppo Bosoni S.p.A. è stato di 626,79 milioni di euro per vendite in Italia[1].

2. Mar.Fin S.r.l. (Marfin), soggetta al controllo di due persone fisiche, è una società finanziaria[2]. Il fatturato realizzato in Italia da Marfin è stato, nel 2019, di circa 5,12 milioni di euro.

3. Gruppo Bosoni e Marfin, entrambe con una quota del 45% del capitale sociale, controllano congiuntamente Apricar S.p.A. (di seguito Apricar)[3]. Quest'ultima, costituita a fine 2018, opera in virtù di un contratto di affitto di ramo d'azienda sottoscritto 9 gennaio 2019 con Apricar Diesel S.p.A. (ora Fallimento Apricar Diesel S.p.A.).

4. Il ramo d'azienda oggetto del presente procedimento, Fallimento Apricar Diesel S.p.A. (già Apricar Diesel S.p.A.), è costituito da tre concessionarie attive nella distribuzione al dettaglio di autovetture nuove e usate e di veicoli commerciali leggeri nuovi e usati dei marchi del Gruppo

---

[1] Sono inclusi i fatturati delle società controllate da Gruppo Bosoni, tra cui Bosoni Automobili S.p.A. e Mandolini Auto S.p.A. recentemente acquista (cfr. C12341 provv. n. 28500/2020).

[2] Uno dei soci di Marfin detiene una partecipazione meramente finanziaria in Vicentini S.p.A. che opera nella provincia di Verona ed è soggetta al controllo esclusivo del gruppo Volkswagen, per il tramite di Europcar S.r.l. (cfr. C12219, provv. N. 27594/2019).

[3] Lo Statuto, modificato in data 9 marzo 2021, prevede ai fini del *quorum* costitutivo e deliberativo delle assemblee ordinarie e straordinarie il voto favorevole di almeno il 70% del capitale sociale. Per effetto della modifica dello Statuto i soci Gruppo Bosoni S.p.A. (45%) e di Marfin S.r.l. detengono un potere di veto reciproco sulla nomina degli organi decisionali di Apricar e su ogni decisione di indirizzo strategico della società. La restante quota del 10% è detenuta da una persona fisica.

Mercedes Benz, di ricambi originali ed equivalenti dei marchi del medesimo Gruppo Mercedes Benz e servizi *post* vendita di assistenza, manutenzione e riparazione; il ramo d'azienda è altresì marginalmente attivo nella vendita di camion (cd. *truck*). Il ramo ha una sede principale a Brescia, in cui si concentra il fatturato, e due filiali secondarie a Mantova e Piacenza. In data 27 febbraio 2019, su istanza di fallimento in proprio, la Apricar Diesel S.p.A. è stata dichiarata fallita. Il contratto di affitto del ramo d'azienda tra Apricar Diesel S.p.A. e Apricar, in essere dal 9 gennaio 2019, è rimasto in vigore.
Il fatturato relativo al ramo di azienda è stato, nel 2019, di circa 122,073 milioni di euro per vendite in Italia.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

5. L'operazione ha ad oggetto l'acquisizione, da parte di Gruppo Bosoni e Marfin, per il tramite di Apricar, del controllo del ramo d'azienda, ora Fallimento Apricar Diesel S.p.A., per effetto dell'aggiudicazione dell'asta pubblica bandita in data 7-12 aprile 2021 in virtù dell'esercizio del diritto di prelazione già riconosciuto ad Apricar nel contratto di affitto di ramo d'azienda con Apricar Diesel S.p.A..

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

6. L'operazione comunicata, in quanto comporta l'acquisizione del controllo congiunto di parte di un'impresa, costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*), della legge n. 287/90.
7. Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90, non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE n. 139/04, ed è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge, in quanto il fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate è stato superiore a 511 milioni di euro e il fatturato realizzato individualmente a livello nazionale da almeno due delle imprese interessate è stato superiore a 31 milioni di euro.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

Il mercato del prodotto

8. Da un punto di vista merceologico, i settori interessati dall'operazione in esame sono quelli in cui opera il ramo d'azienda oggetto di acquisizione, ossia: *i)* la distribuzione al dettaglio di autoveicoli per passeggeri e di veicoli commerciali nuovi e usati, *ii)* la distribuzione al dettaglio di ricambistica per autoveicoli per passeggeri e veicoli commerciali e *iii)* i servizi *post* vendita di assistenza, manutenzione e riparazione di autoveicoli[4].

[4] [Cfr., tra gli altri, provv. n. 28273 del 17 giugno 2020, C12300 – Eurocar Italia/Erre Esse, provv. n. 27594 del 12 marzo 2019, C12219 – Eurocar Italia/Saottini Auto, provv. n. 27458 del 12 dicembre 2018, C12203 – Eurocar/Dorigoni, provv. n. 26906 del 13 dicembre 2017, C12137 – PAG ITALY/RAMO DI AZIENDA DI STAREMILIA, provv. n. 22264 del 30 marzo 2011, C10979 – TT HOLDING/AUTOSTELLA e provv. n. 20359 del 1° ottobre 2009, C10265 – TT HOLDING/CAMAR; cfr. anche Decisione della Commissione europea del 1 agosto 2018, COMP/M.8963 – Eurocar/Bonaldi e Decisione della Commissione europea del 10 settembre 2018, COMP/M.9070 – Eurocar/Vicentini.]

9. Il mercato *sub i)* interessa l'attività di distribuzione degli autoveicoli e dei veicoli commerciali nuovi e usati da parte dei concessionari ai consumatori finali. Le case produttrici commercializzano infatti le proprie vetture attraverso imprese di distribuzione (società controllate o operatori terzi) le quali, a loro volta, si avvalgono di una rete di concessionari che svolgono attività di vendita alla clientela.

10. Nell'ambito di tale mercato possono individuarsi diversi segmenti, distinguendo tra autoveicoli e veicoli commerciali, veicoli nuovi e usati, in base alle prestazioni, alle dimensioni e al prezzo delle autovetture commercializzate. Tuttavia, frequentemente i concessionari distribuiscono diverse tipologie di prodotto (utilitarie, categoria media, categoria superiore, ecc.) e le differenze sono andate riducendosi negli anni in ragione della tendenza delle case automobilistiche ad offrire sempre più accessori anche per le auto di media e piccola cilindrata. Ai fini della presente operazione, comunque, non appare necessario addivenire ad una esatta delimitazione merceologica del mercato.

11. Nell'ambito del settore della commercializzazione al dettaglio di parti e accessori di ricambio per autoveicoli passeggeri e veicoli commerciali (mercato *sub ii*)), è possibile individuare due categorie di prodotto: i ricambi originali e quelli equivalenti (ossia di qualità corrispondente). I pezzi di ricambio originali vengono commercializzati con il marchio della casa automobilistica; la ricambistica equivalente è invece fornita da operatori indipendenti del settore della componentistica (che possono anche rifornire le stesse case automobilistiche). I prezzi delle parti di ricambio equivalenti presentano un livello significativamente inferiore, che varia anche a seconda della tipologia di ricambio considerato.

Tuttavia si registra, dal lato della domanda, una significativa sostituibilità tra ricambi originali ed equivalenti di qualità corrispondente (variabile in funzione dell'età e della classe economica di appartenenza del veicolo, nonché del tipo di ricambio). Dal lato dell'offerta, inoltre, i centri di assistenza delle case automobilistiche (generalmente concessionarie e officine autorizzate) possono distribuire al dettaglio ricambi sia originali che equivalenti.

12. Il mercato *sub iii*) dei servizi di assistenza *post* vendita per autoveicoli risulta caratterizzato da un'estrema polverizzazione dell'offerta. L'attività di riparazione e manutenzione viene infatti svolta da un'ampia gamma di operatori quali: officine e concessionari rivenditori autorizzati; officine indipendenti; stazioni di servizio; centri auto specializzati; servizi rapidi di assistenza (l'attività di assistenza in garanzia viene invece effettuata dagli stessi concessionari delle case automobilistiche ovvero da altri soggetti da queste autorizzati).

Il mercato geografico

13. Per quel che riguarda la rilevanza geografica, la dimensione dei mercati *sub i*), *ii)* e *iii)* può ritenersi locale. Tale ipotesi trae fondamento dai comportamenti di acquisto dei consumatori e, in particolare, dall'importanza da questi attribuita alla prossimità dei punti di vendita e assistenza. Nei diversi precedenti relativi ai mercati in questione, l'Autorità ha definito i mercati locali sulla base dei confini amministrativi, individuando mercati aventi dimensione tendenzialmente provinciale. Nel caso di specie, seguendo tale approccio, in considerazione dell'ambito di operatività della società oggetto di acquisizione, il mercato geografico rilevante potrebbe ritenersi circoscritto alle province di Brescia, di Mantova e Piacenza.

14. In alternativa, è possibile definire gli ambiti locali tenendo conto della dimensione dei bacini di utenza dei singoli punti vendita delle imprese interessate e della propensione alla mobilità dal lato della domanda. A tale riguardo, la parte notificante, sulla base dei dati di vendita delle concessionarie oggetto di acquisizione e della propria esperienza, ritiene che sia possibile ipotizzare l'esistenza di un bacino di utenza individuato dalle aree site intorno alle concessionarie del ramo d'azienda oggetto di acquisizione, percorribili in 40 ovvero 60 minuti di tragitto in macchina per il mercato *sub i)* e in 20 minuti di tragitto in macchina per i mercati *sub ii)* e *sub iii)* (di seguito, le isocrone).

Effetti dell'operazione

15. Il ramo d'azienda oggetto di acquisizione opera nei mercati rilevanti mediante tre concessionarie ubicate rispettivamente nei comuni di Brescia, Mantova e Piacenza. Quanto alle imprese acquirenti, il Gruppo Bosoni detiene vari concessionari ubicati nelle province di Brescia, Cremona, Mantova e Piacenza, mentre Marfin non è attiva nei mercati in esame in quanto svolge solo attività finanziaria. Sotto il profilo geografico si verificano, quindi, sovrapposizioni tra le attività delle Parti per effetto della presenza del Gruppo Bosoni nelle province di Brescia, Mantova e Piacenza.

16. Nei mercati della distribuzione al dettaglio di autoveicoli per passeggeri e veicoli commerciali, della distribuzione al dettaglio di ricambistica per autoveicoli e veicoli commerciali e dei servizi di assistenza, riparazione e manutenzione di autoveicoli e veicoli commerciali, vale premettere che qualunque sia la definizione adottata sotto il profilo merceologico e geografico (provincia o isocrone) non si ravvisano criticità dal punto di vista concorrenziale: a seguito dell'operazione notificata, le quote di mercato di Gruppo Bosoni non subiranno, infatti, variazioni significative in quanto l'acquisita opera nei mercati rilevanti con un solo concessionario per provincia e in tali mercati sono presenti numerosi e qualificati concorrenti.

17. Nella provincia di Brescia, che costituisce il mercato più consistente in termini di vendite totali rispetto alle altre province in esame[5], e in cui le Parti hanno le loro sedi principali, le quote in volume si incrementerebbero in misura marginale, del *[1-5%]*[*] circa, mantenendosi tra il tra il 10%-15% *[omissis*][6]; analogamente, nelle altre due province, in cui le quote *post* concentrazione saranno del *[10-15%]* a Mantova e del *[5-10%*], la variazione non è significativa, attestandosi al *[1-5%]* circa.

18. Avendo riguardo alle isocrone, rileva sottolineare che si determinano parziali sovrapposizioni tra tutte e tre le aree trattandosi di province confinanti. In particolare, considerando le isocrone costruite intorno alle concessionarie del ramo d'azienda oggetto di acquisizione di Brescia:

---

[5] Sulla base dei dati forniti, in termini di numero di autovetture vendute Mantova rappresenta poco meno di un terzo delle vendite realizzate e Brescia e Piacenza circa un quarto.

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

[6] I dati includono le vendite anche dei "veicoli commerciali" i.e. gli autoveicoli professionali leggeri, e nel caso di Apricar sono ricomprese altresì le vendite di camion ("*truck*"). Si tratta per entrambe le Parti di vendite marginali rispetto a quelle degli autoveicoli.

- nel mercato *sub i*), nella isocrona a 40 minuti, a seguito dell'operazione la variazione della quota di mercato del Gruppo Bosoni è del *[1-5%]* con una quota di mercato congiunta che risulterebbe del *[15-20%]* circa[7].
- nel mercato *sub i*), qualora si consideri un'isocrona a 60 minuti, che include parte delle isocrone di Mantova e di Piacenza[8], la quota congiunta sarebbe del *[5-10%]* circa, con un delta di appena il *[1-5%]*[9].
- nel mercato *sub ii*), nella isocrona a 20 minuti il Gruppo Bosoni detiene una quota pari al *[5-10%]* che aumenterà solo del *[1-5%]*, con una quota congiunta delle parti non superiore al 10% circa;
- nel mercato *sub iii*), nella isocrona a 20 minuti il ramo d'azienda detiene una quota *[inferiore all'1%]* e la quota congiunta delle Parti *post* concentrazione sarà del *[1-5%]* circa.

22. Considerando le isocrone costruite intorno alle concessionarie del ramo d'azienda oggetto di acquisizione di Mantova:
- nel mercato *sub i*), nella isocrona a 40 minuti, a seguito dell'operazione la variazione della quota di mercato di Gruppo Bosoni è del *[1-5%]*, con una quota di mercato congiunta che risulterebbe del *[10-15%]* circa[10].
- nel mercato *sub i*), qualora si consideri un'isocrona a 60 minuti, che include parte delle isocrone di Brescia e di Piacenza[11], la quota congiunta sarebbe inferiore o pari al *[5-10%]* con un delta non significativo[12].
- nei mercati *sub ii)* e *sub iii*), nella isocrona a 20 minuti il Gruppo Bosoni detiene quote non dissimili a quelle detenute nell'isocrona di Brescia; considerando che l'acquirente opera in tale ambito locale solo con un concessionario, l'operazione non appare idonea a determinare sostanziali mutamenti nella struttura dell'offerta non ravvisandosi, in entrambi i casi, criticità dal punto di vista concorrenziale.

22. Considerando le isocrone costruite intorno alle concessionarie del ramo d'azienda oggetto di acquisizione di Piacenza:

---

[7] Anche considerando la segmentazione tra tipologie di vendite di veicoli, le quote in valore post concentrazione sarebbero rispettivamente del *[20-25%]* con un incremento contenuto al *[5-10%]* per le vendite di veicoli nuovi e del *[5-10%]* con un delta poco significativo *[1-5%]* per l'usato. Le vendite di veicoli commerciali sono inferiori all'1%.

[8] L'isocrona intorno a Brescia include una area significativa delle seguenti Province: Cremona, Mantova, Bergamo, Verona e una parte di quella di Piacenza.

[9] Non si ravvisano sostanziali differenze anche considerando la segmentazione tra vendite di veicoli nuovi e usati, le quote in valore post concentrazione sarebbero infatti rispettivamente del *[10-15%]* con un incremento contenuto al *[5-10%]* e del *[5-10%]* con un delta inferiore all'1%. Del tutto marginale la quota nella vendita di veicoli commerciali.

[10] Si tratta della stima di quote in volume. Anche considerando la segmentazione delle vendite tra autovetture nuove e usate, l'operazione non determina un significativo incremento della posizione di mercato di Bosoni: per le auto nuove l'aumento, in volume, sarà del *[1-5%]* e la quota congiunta post concentrazione di circa il *[15-20%]*. Per le auto usate l'incremento della quota sarà marginale inferiore all'1%, con una quota congiunta del *[5-10%]*.

[11] Va al riguardo sottolineato che tale iscocrona sono presenti numerosissimi concessionari delle Province di Modena, Reggio Emilia e Parma collocati lungo l'asse della Via Emilia che attraversa le città capoluogo di Provincia che operano in concorrenza con Gruppo Bosoni.

[12] Anche in questa isocrona la segmentazione delle vendite tra autovetture nuove e usate non muta le conclusioni raggiunte in precedenza.

- nel mercato *sub i*), nella isocrona a 40 minuti, a seguito dell'operazione la variazione della quota di mercato di Gruppo Bosoni è del *[1-5%]* con una quota di mercato congiunta che risulterebbe del *[5-10%]* circa[13].
- nel mercato *sub i*), qualora si consideri un'isocrona a 60 minuti, che include parte delle isocrone di Brescia e di Mantova[14], la quota congiunta sarebbe inferiore o pari al *[5-10%]* con un delta *post* concentrazione non significativo[15];
- nei mercati *sub ii)* e *sub iii*), nella isocrona a 20 minuti il Gruppo Bosoni detiene quote significativamente inferiori a quelle detenute nell'isocrona di Brescia (circa un terzo in meno) e considerando che l'acquirente opera solo con un concessionario, l'operazione non appare idonea a determinare sostanziali mutamenti nella struttura dell'offerta non ravvisandosi, in entrambi i casi, criticità dal punto di vista concorrenziale.

23. In virtù di quanto considerato, si ritiene che nei mercati di riferimento l'operazione non avrà effetti pregiudizievoli per la concorrenza, non determinando modifiche sostanziali nella struttura concorrenziale degli stessi.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non determina, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sui mercati interessati, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza;

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministro dello Sviluppo Economico.

Il presente provvedimento sarà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

---

[13] Si tratta della stima di quote in volume. Anche considerando la segmentazione delle vendite tra autovetture nuove e usate, l'operazione non determina un significativo incremento della posizione di mercato di Bosoni: per le auto nuove l'aumento sarà del *[1-5%]* e la quota congiunta post concentrazione di circa il *[10-15%]*. Per le auto usate l'incremento della quota sarà marginale inferiore all'1%, con una quota congiunta del *[1-5%]*.

[14] Rientrano nell'isocrona in esame le città di Parma, Piacenza, Lodi, Crema e Cremona in cui operano numerosissimi e qualificati concessionari in concorrenza con Gruppo Bosoni.

[15] Anche in questa isocrona la segmentazione delle vendite tra autovetture nuove e usate non muta le conclusioni raggiunte in precedenza.

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1748 - COMUNE DI BADESI (SS) - PROROGA CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO-RICREATIVE

Roma, 25 febbraio 2021

Comune di Badesi

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 16 febbraio 2021, ha deliberato di esprimere il proprio parere, ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con riferimento alla delibera del Consiglio Comunale di Badesi del 16 dicembre 2020, n. 62, avente ad oggetto la "*Modifica NTA PUL – Estensione validità concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo conseguenti all'entrata in vigore dell'art. 182 del d.l. n. 34/2020, nella versione modificata dalla legge di conversione n. 77 del 17 luglio 2020 (GU n. 180 del 18.7.2020 – suppl. ordinario n. 25). Atto di indirizzo*".

In particolare, mediante la suddetta delibera, il Comune di Badesi ha disposto l'attivazione del procedimento per l'estensione della durata delle concessioni di beni del demanio marittimo con finalità turistico-ricreative in favore dei concessionari esistenti, sulla base di quanto previsto dall'art. 1, commi 682, 683 e 684, della legge n. 145/2018 (che ha disposto un nuovo termine di scadenza delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative alla data del 31 dicembre 2033), nonché dell'art. 182, comma 2, del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, come convertito con legge del 17 luglio 2020, n. 77, e dell'art. 100, comma 1, del decreto legge 14 agosto 2020, n. 104, come convertito con legge 13 ottobre 2020, n. 126, nella parte in cui tali norme si riferiscono, confermandolo, al meccanismo di proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime.

In linea generale, l'Autorità ricorda che in materia di affidamenti riguardanti l'uso di beni pubblici (rientranti nel demanio o nel patrimonio indisponibile dello Stato o degli enti locali), l'individuazione del privato affidatario deve avvenire mediante l'espletamento, da parte della Pubblica Amministrazione, di procedure ad evidenza pubblica[1].

Al riguardo, si evidenzia che gli articoli 49 e 56 del TFUE impongono agli Stati membri l'abolizione delle restrizioni ingiustificate alle libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, ossia di tutte le misure che vietano, ostacolano o comunque sono idonee a comprimere l'esercizio di tali libertà. Secondo la Corte di giustizia, una normativa nazionale che consente la proroga automatica

[1] Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sentenza del 25 settembre 2009, n. 5765; Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza del 18 novembre 2019, n. 7874. In tal senso si è espressa, di recente, anche l'ANAC con la delibera del 17 gennaio 2019, n. 25.

delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative deve considerarsi in violazione di dette disposizioni[2].

Inoltre, la direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi) prevede all'art. 12 che "*qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell' avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*" (par. 1) e che, in tali casi, *"l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami*" (par. 2).

Come noto, gli Stati membri sono tenuti a conformarsi ai richiamati principi eurounitari e, ove la normativa interna non rispetti le disposizioni della direttiva citata, contrastando di riflesso con i principi di libera circolazione e di libertà di stabilimento, se ne impone la relativa disapplicazione[3].

In tal senso, l'Autorità, in precedenti interventi di *advocacy*, si è più volte pronunciata sulla necessità di procedere agli affidamenti delle concessioni – tra cui quelle riguardanti i beni demaniali marittimi ed aventi finalità turistico-ricreative[4] – mediante lo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica.

In particolare, è stato osservato che, nei mercati in cui, in ragione delle specifiche caratteristiche oggettive delle attività tecniche, economiche e finanziarie, esiste un'esclusiva, o sono ammessi ad operare un numero limitato di soggetti, l'affidamento delle concessioni deve comunque avvenire mediante procedure concorsuali trasparenti e competitive, al fine di attenuare gli effetti distorsivi della concorrenza, connessi alla posizione di privilegio attribuita al concessionario[5].

---

[2] Cfr. sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa srl e a. contro Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e a.*

[3] Si ricorda, infatti, che, secondo la consolidata giurisprudenza europea, tutte le amministrazioni nazionali, nell'esercizio delle loro funzioni, sono tenute ad applicare le disposizioni del diritto europeo, disapplicando le norme nazionali da esse non conformi, cfr., *ex multis*, le sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia nella causa 103/88, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*, nonché nella causa C-224/97, *Ciola* e nella causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*.

In tal senso, la Corte di Giustizia ha ribadito, da ultimo nella sentenza del 4 dicembre 2018, caso C-378/17, che "*il principio del primato del diritto dell'Unione impone non solo agli organi giurisdizionali, ma anche a tutte le istituzioni dello Stato membro di dare pieno effetto alle norme dell'Unione"* (par. 39) e ricorda che l'obbligo di disapplicare riguarda anche "*tutti gli organismi dello Stato, ivi comprese le autorità amministrative, incaricati di applicare, nell'ambito delle rispettive competenze il diritto dell'Unione*" (par. 38). In proposito si vedano altresì, *ex multis*, le sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia nella causa 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal SpA*, nella causa C-119/05, *Lucchini*, nella causa C-614/14, *Ognyanov* e nelle cause riunite C-52/16 e C-113/16, *«SEGRO» Kft.*.

[4] Cfr. la segnalazione resa dall'Autorità in data 12 dicembre 2018 ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge n. 287/1990 (AS1550 – *Concessioni e criticità concorrenziali*, in Boll. AGCM n. 48/2018).

[5] Anche la giurisprudenza amministrativa ha rilevato un disallineamento tra la normativa nazionale che dispone la proroga delle concessioni e la normativa eurounitaria, evidenziando la necessità per le amministrazioni pubbliche di disapplicare la normativa nazionale in modo da garantire che la selezione degli operatori economici interessati avvenga in ogni caso tutelando la concorrenza, rispettando i principi di libera circolazione dei servizi, *par condicio*, imparzialità, proporzionalità, non discriminazione e trasparenza. In proposito, *ex multis,* TAR Veneto, sent. n. 218/2020, TAR Puglia, sent. n. 36/2020, Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. n. 7874/2019.

Con specifico riferimento alle procedure e ai provvedimenti di proroga delle concessioni già in essere[6], l'Autorità ha più volte sottolineato[7] che è nell'interesse del mercato effettuare un attento bilanciamento tra i benefici di breve periodo e i possibili costi che si potrebbero manifestare in un orizzonte temporale più ampio.

La concessione di proroghe in favore dei precedenti concessionari, infatti, rinvia ulteriormente il confronto competitivo per il mercato, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica. Quindi, eventuali proroghe degli affidamenti non dovrebbero comunque eccedere le reali esigenze delle amministrazioni, per consentire quanto prima l'allocazione efficiente delle risorse pubbliche mediante procedure competitive.

Di conseguenza, l'Autorità ritiene che, per le ragioni sopra esposte, codesto Comune avrebbe dovuto disapplicare la normativa posta fondamento della delibera del Consiglio Comunale del 16 dicembre 2020, n. 62, per contrasto della stessa con i principi e con la disciplina eurounitaria sopra richiamati.

Le disposizioni relative alla proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute nella citata delibera integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

In conclusione, la delibera comunale *de qua* si pone in contrasto con gli articoli 49 e 56 del TFUE, in quanto limita ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché con le disposizioni normative eurounitarie in materia di affidamenti pubblici, con particolare riferimento all'art. 12 della c.d. direttiva Servizi.

Ai sensi dell'articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/1990, il Comune di Badesi dovrà comunicare all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

per IL PRESIDENTE
il Componente anziano
Gabriella Muscolo

---

[6] Si ricorda inoltre che la Corte di Giustizia dell'Unione europea nello stabilire che l'affidamento delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo, che riguardano risorse naturali scarse, debba necessariamente realizzarsi attraverso una procedura di selezione tra candidati potenziali nel rispetto di tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, nonché di adeguata pubblicità, ha posto in rilievo che una normativa nazionale che preveda una proroga *ex lege* della data di scadenza di tali concessioni equivale a rinnovo automatico in contrasto con il dettato dell'art. 12, par. 2, della direttiva 2006/123/CE. Cfr. CGUE, Sez. V, sentenza del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, cit..

[7] Cfr. la segnalazione resa dall'Autorità in data 1° luglio 2020, ai sensi dell'art. 21 della legge n. 287/1990, AS 1684 – *Osservazioni in merito alle disposizioni contenute nel decreto rilancio*, in Boll. AGCM n. 28/2020. Si vedano, inoltre, le segnalazioni AS 135 – *Proroghe delle concessioni autostradali*, in Bollettino n. 19/98; AS491 – *Disposizioni sul rilascio delle concessioni di beni demaniali e sull'esercizio diretto delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo*, in Bollettino n. 46/2008; AS1114 – *Regime concessorio presente nel porto di Livorno*, in Bollettino n. 12/2014; AS1137 – *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2014*, in Bollettino n. 27/2014.

Comunicato in merito alla decisione dell'Autorità di non presentare ricorso avverso la delibera del 16 dicembre 2020, n. 62 del Consiglio Comunale di Badesi, avente ad oggetto la "Modifica NTA PUL – Estensione validità concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo conseguenti all'entrata in vigore dell'art. 182 del d.l. n. 34/2020, nella versione modificata dalla legge di conversione n. 77 del 17 luglio 2020 (GU n. 180 del 18.7.2020 – suppl. ordinario n. 25). Atto di indirizzo".

Nella propria riunione del 16 febbraio 2021, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha deliberato di inviare al Comune di Badesi un parere motivato, ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in merito al contenuto della delibera del Consiglio Comunale del 16 dicembre 2020, n. 62 avente ad oggetto la "*Modifica NTA PUL – Estensione validità concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo conseguenti all'entrata in vigore dell'art. 182 del d.l. n. 34/2020, nella versione modificata dalla legge di conversione n. 77 del 17 luglio 2020 (GU n. 180 del 18.7.2020 – suppl. ordinario n. 25). Atto di indirizzo*".

In particolare, con la citata delibera del Consiglio Comunale oggetto del parere *ex* art. 21-*bis* della legge n. 287/90, il Comune di Badesi ha disposto la proroga di tutte le concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative, dando applicazione a una normativa nazionale (la legge 30/12/2018, n. 145, art. 1, commi 682, n. 683, n. 684) che, ponendosi in contrasto con il diritto eurounitario, in particolare con gli artt. 49 e 56 del TFUE e con i principi di concorrenza ed evidenza pubblica negli affidamenti, avrebbe dovuto essere disapplicata.

A seguito della ricezione di detto parere motivato, il Comune di Badesi, con comunicazione pervenuta in data 21 aprile 2021, ha informato l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di aver revocato ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della legge n. 241/1990 la predetta delibera del Consiglio Comunale del 16 dicembre 2020, n. 62, con deliberazione del 21 aprile 2021, n. 17.

Preso atto della revoca della delibera oggetto del suddetto parere motivato, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione dell'11 maggio 2021, ha ritenuto che siano venuti meno *ab origine* i presupposti per un'eventuale impugnazione dinanzi al giudice amministrativo degli atti contestati.

AS1749 - COMUNE DI CROPANI (CZ) - PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO-RICREATIVE

Roma, 7 maggio 2021

Comune di Cropani

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 4 maggio 2021, ha inteso formulare alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in relazione alle criticità concorrenziali derivanti dall'atto amministrativo di codesto Comune (Delibera di Giunta n. 91 del 26 ottobre 2020, avente ad oggetto "*Applicazione delle disposizione della Legge 145/2018 art. 1 comma da 675 a 685 e del Decreto Legge 19 maggio 2020 n. 34 convertito con modificazioni dalla Legge 77/2020 art. 182 comma 2 e del Decreto Legge 14 agosto 2020 n. 104 art. 100 in materia di estensione ex lege della durata delle concessioni demaniali marittime*") relativo alla proroga della validità temporale delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative in essere.

In particolare, mediante il suddetto atto amministrativo, il Comune di Cropani ha disposto l'attivazione del procedimento amministrativo per l'estensione della durata delle concessioni di beni del demanio marittimo con finalità turistico-ricreative in favore dei concessionari esistenti, sulla base di quanto previsto dall'articolo 1, commi 682, 683 e 684, della Legge n. 145/2018 (che ha disposto un nuovo termine di scadenza delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative alla data del 31 dicembre 2033), nonché dall'articolo 182, comma 2, del Decreto Legge 19 maggio 2020, n. 34, come convertito dalla Legge 17 luglio 2020, n. 77, e dall'articolo 100, comma 1, del Decreto Legge 14 agosto 2020, n. 104, come convertito dalla Legge 13 ottobre 2020, n. 126 (nella parte in cui tali norme si riferiscono, confermandolo, al meccanismo di proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime).

In linea generale, l'Autorità ricorda che, in materia di affidamenti riguardanti l'uso di beni pubblici (rientranti nel demanio o nel patrimonio indisponibile dello Stato o degli enti locali), l'individuazione del privato affidatario deve avvenire mediante l'espletamento, da parte della Pubblica Amministrazione, di procedure ad evidenza pubblica[1].

Al riguardo, si evidenzia che gli articoli 49 e 56 del TFUE impongono agli Stati Membri l'abolizione delle restrizioni ingiustificate alle libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, ossia di tutte le misure che vietano, ostacolano o comunque sono idonee a comprimere l'esercizio di tali

[1] Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sentenza 25 settembre 2009, n. 5765, e Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 18 novembre 2019, n. 7874; nonché, da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 16 febbraio 2021, n. 1416 e Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 9 marzo 2021, n. 2002.
In tal senso si è espressa anche l'ANAC con la delibera del 17 gennaio 2019, n. 25.

libertà. Secondo la Corte di Giustizia Europea, una normativa nazionale che consente la proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative deve considerarsi in violazione di dette disposizioni[2].

Inoltre, la Direttiva 2006/123/CE (cosiddetta Direttiva Servizi) prevede, all'articolo 12, che "*qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati Membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*" (par. 1), e che, in tali casi, "*l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami*" (par. 2).

Come noto, gli Stati Membri sono tenuti a conformarsi ai richiamati principi eurounitari e, ove la normativa interna non rispetti le disposizioni della Direttiva citata, contrastando di riflesso con i principi di libera circolazione e di libertà di stabilimento, se ne impone la relativa disapplicazione[3].

In tal senso, l'Autorità, in precedenti interventi di *advocacy*, si è più volte pronunciata sulla necessità di procedere agli affidamenti delle concessioni – tra cui quelle riguardanti i beni demaniali marittimi ed aventi finalità turistico-ricreative[4] – mediante lo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica.

In particolare, è stato osservato che nei mercati in cui, in ragione delle specifiche caratteristiche oggettive delle attività tecniche, economiche e finanziarie, esiste un'esclusiva, o sono ammessi ad operare un numero limitato di soggetti, l'affidamento delle concessioni deve comunque avvenire mediante procedure concorsuali trasparenti e competitive, al fine di attenuare gli effetti distorsivi della concorrenza connessi alla posizione di privilegio attribuita al concessionario[5].

---

[2] Cfr. sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa srl e a. contro Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e a.*.

[3] Si ricorda, infatti, che, secondo la consolidata giurisprudenza europea, tutte le amministrazioni nazionali, nell'esercizio delle loro funzioni, sono tenute ad applicare le disposizioni del diritto europeo, disapplicando le norme nazionali da esse non conformi; cfr., *ex multis*, le sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia Europea nella causa 103/88, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*, nonché nella causa C-224/97, *Ciola* e nella causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*.

In tal senso, la Corte di Giustizia Europea ha ribadito, da ultimo nella sentenza del 4 dicembre 2018, caso C-378/17, che "*il principio del primato del diritto dell'Unione impone non solo agli organi giurisdizionali, ma anche a tutte le istituzioni dello Stato Membro di dare pieno effetto alle norme dell'Unione"* (par. 39), e ha ricordato che l'obbligo di disapplicare riguarda anche "*tutti gli organismi dello Stato, ivi comprese le autorità amministrative, incaricati di applicare, nell'ambito delle rispettive competenze, il diritto dell'Unione*" (par. 38). In proposito si vedano altresì, *ex multis*, le sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia Europea nella causa 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal SpA*, nella causa C-119/05, *Lucchini*, nella causa C-614/14, *Ognyanov* e nelle cause riunite C-52/16 e C-113/16, *«SEGRO» Kft.*

[4] Cfr. la segnalazione resa dall'Autorità in data 12 dicembre 2018 ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/1990 (AS1550 – *Concessioni e criticità concorrenziali*, in Bollettino n. 48/2018).

[5] Anche la giurisprudenza amministrativa ha rilevato un disallineamento tra la normativa nazionale che dispone la proroga automatica (senza gara) delle concessioni e la normativa eurounitaria che impone invece il ricorso a procedure selettive di gara, evidenziando la necessità per le Amministrazioni Pubbliche di disapplicare la prima in modo da garantire che la selezione degli operatori economici interessati avvenga in ogni caso tutelando la concorrenza, rispettando i principi di libera circolazione dei servizi, *par condicio*, imparzialità, proporzionalità, non discriminazione e trasparenza.

In proposito cfr., *ex multis,* TAR Veneto, sentenza n. 218/2020, TAR Puglia, sentenza n. 36/2020, e Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 7874/2019, cit.; nonché, da ultimo, proprio sul tema della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, TAR Toscana, sentenza n. 363/2021, Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 16 febbraio 2021, n. 1416, cit., e Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 9 marzo 2021, n. 2002, cit.. In particolare, nelle ultime due sentenze citate, il

Con specifico riferimento alle procedure e ai provvedimenti di proroga delle concessioni già in essere[6], l'Autorità ha più volte sottolineato[7] che è nell'interesse del mercato effettuare un attento bilanciamento tra i benefici di breve periodo e i possibili costi che si potrebbero manifestare in un orizzonte temporale più ampio.

La concessione di proroghe in favore dei concessionari esistenti, infatti, rinvia ulteriormente il confronto competitivo per il mercato, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica. Quindi, eventuali proroghe degli affidamenti non dovrebbero comunque eccedere le reali esigenze delle Amministrazioni, per consentire quanto prima l'allocazione efficiente delle risorse pubbliche mediante procedure competitive.

Tali principi sono stati di recente confermati dal TAR Toscana[8], che ha integramente accolto il ricorso *ex* articolo 21-*bis* della legge n. 287/90 con cui la scrivente Autorità ha impugnato un provvedimento (emesso da altra Amministrazione comunale) di tenore analogo a quello qui in esame, riconoscendo così la piena legittimità dell'intervento dell'Autorità, nell'esercizio dei poteri ad essa conferiti dalla disposizione sopra citata, in materia di proroga automatica, senza gara, di concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreative[9].

Consiglio di Stato ha statuito, nel primo caso, che "*qualsivoglia normativa nazionale o regionale deve in materia ispirarsi alle regole della Unione Europea sulla indizione delle gare (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 aprile 2017, n. 1763), stante l'efficacia diretta nell'ordinamento interno degli Stati membri delle pronunce della Corte*", e, nel secondo caso, che "*il nuovo contesto è connotato dalla presa in considerazione dell'efficacia del quadro giuridico unionale, ricavabile, a sostegno della tesi del Comune, dalla nota sentenza Corte UE Promoimpresa del 14 luglio 2016 come un quadro giuridico che impone la procedura selettiva, ove il Comune decida di esternalizzare la gestione degli arenili a fini turistico-ricreativi per la scarsità della risorsa predetta*".

In particolare in tema di disapplicazione della normativa nazionale confliggente con quella unionale, si richiamano altresì, da ultimo, TAR Sicilia, sentenza n. 504 del 15 febbraio 2021 (dove il Giudice ha indicato che "[..] *d) anche il funzionario pubblico, nel dare attuazione alla legge, deve applicare la fonte normativa prevalente e, quindi, nel contrasto fra diritto europeo immediatamente vincolante e disciplina nazionale, deve assegnare prevalenza al primo;* [..] *f) quanto esposto rende superflua ogni altra considerazione, ma può, comunque, aggiungersi che le osservazioni della Corte di Giustizia in ordine all'obbligo di disapplicazione della disciplina nazionale in contrasto con il diritto comunitario non costituiscono un <<obiter dictum>>, ma consistono in affermazioni rese in sede di rinvio pregiudiziale e relative alla corretta interpretazione dei Trattati in relazione al caso deciso, cioè in occasione del puntuale assolvimento dei compiti istituzionali propri di tale organo, con la conseguenza che la relativa pronuncia risulta vincolante*"), e TAR Campania, sentenza n. 265 del 29 gennaio 2021 (dove il Giudice ha rilevato che "*L'assunto attoreo di avvenuta proroga automatica quindicennale del rapporto instaurato con le pregresse concessioni demaniali marittime si infrange, pertanto, contro l'indirizzo giurisprudenziale disapplicativo delle norme legislative dilatorie emanate in subiecta materia, propugnato anche da questa Sezione nelle sentenze n. 1697 del 2 ottobre 2019 e n. 221 del 10 febbraio 2020, e ispirato all'arresto sancito in materia dalla Corte di Giustizia UE, sez. V, nella citata sentenza 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15*").

[6] Si ricorda, inoltre, che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nello stabilire che l'affidamento delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo, che riguardano risorse naturali scarse, debba necessariamente realizzarsi attraverso una procedura di selezione tra candidati potenziali nel rispetto di tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, nonché di adeguata pubblicità, ha posto in rilievo che una normativa nazionale che preveda una proroga *ex lege* della data di scadenza di tali concessioni equivale a un rinnovo automatico in contrasto con il dettato dell'articolo 12, par. 2, della Direttiva 2006/123/CE (cfr. CGUE, Sez. V, sentenza del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, cit.).

[7] Cfr. la segnalazione resa dall'Autorità in data 1° luglio 2020, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/1990, AS 1684 – *Osservazioni in merito alle disposizioni contenute nel Decreto Rilancio*, in Bollettino n. 28/2020. Si vedano, inoltre, le segnalazioni AS 135 – *Proroghe delle concessioni autostradali*, in Bollettino n. 19/98; AS491 – *Disposizioni sul rilascio delle concessioni di beni demaniali e sull'esercizio diretto delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo*, in Bollettino n. 46/2008; AS1114 – *Regime concessorio presente nel porto di Livorno*, in Bollettino n. 12/2014; AS1137 – *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2014*, in Bollettino n. 27/2014.

[8] Cfr. sentenza n. 363 dell'8 marzo 2021, cit..

[9] In particolare, il TAR Toscana ha annullato la Determina Dirigenziale n. 408 del 21 maggio 2020 del Comune di Piombino, oggetto di parere motivato dell'Autorità ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge n. 287/90 (cfr. AS1701 –

Di conseguenza, l'Autorità ritiene che, per le ragioni sopra esposte, codesto Comune avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento del citato atto amministrativo per contrarietà della stessa ai principi ed alla disciplina eurounitaria sopra richiamati. Le disposizioni relative alla proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute nel provvedimento amministrativo in parola integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali, nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento di servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

In conclusione, l'atto amministrativo comunale in questione si pone in contrasto con gli articoli 49 e 56 del TFUE, in quanto suscettibile di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché con le disposizioni normative eurounitarie in materia di affidamenti pubblici, con particolare riferimento all'articolo 12 della cosiddetta Direttiva Servizi.

L'Autorità auspica, pertanto, che codesto Comune modifichi le disposizioni indicate eliminando le distorsioni concorrenziali evidenziate, come sopra precisato.

L'Autorità invita, altresì, codesto Comune a comunicare, entro il termine di trenta giorni dalla ricezione della presente segnalazione, le determinazioni assunte riguardo alle criticità concorrenziali sopra evidenziate.

La presente segnalazione sarà pubblicata sul Bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/90.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

Comune di Piombino (LI): concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, in Bollettino n. 41/2020), con la quale l'ente locale in questione aveva avviato la procedura per la proroga della validità temporale delle concessioni demaniali marittime insistenti sul territorio comunale senza dar corso alla procedura comparativa prevista dall'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE. In tale pronuncia, il giudice amministrativo ha espressamente affermato che il Comune avrebbe dovuto disapplicare le disposizioni normative nazionali che prevedono la proroga automatica senza gara delle concessioni, per contrasto delle stesse con la normativa eurounitaria di cui all'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE, ed espletare procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione dei nuovi concessionari, una volta scadute le concessioni in essere.

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

PS10677 - IDB-INTERMARKET DIAMOND BUSINESS-DIAMANTI DA INVESTIMENTO
Provvedimento n. 29647

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 27 aprile 2021;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTA la Parte II, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*" e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il proprio provvedimento n. 26757 del 20 settembre 2017, adottato a conclusione del procedimento istruttorio relativo al caso PS10677 – *IDB-Intermarket Diamond Business-Diamanti da Investimento*, con il quale è stato deliberato, tra l'altro: (1) che Banco Bpm S.p.A. ha posto in essere una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20 e 21 comma 1, lettere *b*), *c*), *d)* e *f*), 22, nonché 23, comma 1, lettera *t*), del Codice del Consumo, in relazione alle modalità decettive ed omissive di offerta dei diamanti da investimento venduti principalmente attraverso il canale bancario e, in particolare, consistente nel fornire attraverso il materiale diffuso anche presso i propri sportelli bancari una rappresentazione parziale, ingannevole e fuorviante: *i)* delle caratteristiche dell'investimento in diamanti, presentato alla clientela quale investimento in un "*bene rifugio*" in grado di conservare ed accrescere il suo valore nel tempo, di agevole liquidabilità e alienabilità; *ii)* delle modalità di determinazione del prezzo (sia in caso di acquisto, che in caso di rivendita) prospettato come quotazione di mercato; *iii)* dell'andamento del mercato dei diamanti; *iv)* della qualifica di *Leader* di mercato; (2) che in ragione della gravità e durata della violazione accertata poteva ritenersi congrua, a carico di Banco Bpm S.p.A., l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria determinata in 3.350.000 € (tremilionitrecentocinquantamila euro);

VISTA la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, del 28 gennaio 2021, n. 2081, pubblicata in data 11 marzo 2021, con la quale è stato accolto in parte l'appello dell'istituto di credito Banco Bpm S.p.A. e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza del TAR Lazio, sez. I, n. 10967/2018, è stato accolto – limitatamente alla determinazione dell'importo della sanzione – il ricorso di primo grado;

VISTA, in particolare, la motivazione di tale sentenza del Consiglio di Stato nella parte in cui ha rilevato che: "*il meccanismo nel quale si è concretizzata la pratica illecita sanzionata è stato ideato ed implementato dalle società di vendita dei diamanti, le quali hanno altresì predisposto la relativa documentazione e che si ponevano quali controparti dirette nella compravendita dei preziosi*", di modo che "*il ruolo della Banca assume, invece, una valenza meno marcata rispetto a quello della società di vendita, essendosi risolto nell'agevolare la vendita dei preziosi (e, come già detto, per tale ragione la stessa è stata giustamente sanzionata*)";

VISTO, altresì, che il Consiglio di Stato ha stabilito "*che la sanzione deve essere ridotta del 30% rispetto a quella complessivamente irrogata*", ordinando "*che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa*" alla luce del predetto criterio;

RITENUTO che il Consiglio di Stato, nell'esercizio della sua giurisdizione di merito, ha individuato una riduzione del 30% rispetto alla sanzione complessivamente irrogata e che tale criterio risulta puntuale, oggettivo e di applicazione automatica e che non lascia margini di discrezionalità nell'attuazione del vincolo conformativo derivante dalla sentenza da eseguire;

RITENUTO, pertanto, di dover procedere, in ottemperanza a detta sentenza, a rideterminare l'importo della sanzione irrogata con il provvedimento n. 26757, del 20 settembre 2017, nei confronti di Banco Bpm S.p.A., in conformità al puntuale parametro di quantificazione ivi stabilito;

VISTI tutti gli atti del procedimento;

CONSIDERATO che, in conformità alle indicazioni del giudice amministrativo nella sentenza in discorso, la sanzione nei confronti di Banco Bpm S.p.A. "*deve essere ridotta del 30% rispetto a quella complessivamente irrogata*" con il provvedimento n. 26757 del 20 settembre 2017;

CONSIDERATO, pertanto, che l'importo finale della sanzione a carico di Banco Bpm S.p.A., per la pratica commerciale scorretta accertata con il provvedimento n. 26757, del 20 settembre 2017, va determinato nella misura di 2.345.000 € (duemilionitrecentoquarantacinquemila euro);

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

che la sanzione amministrativa pecuniaria da irrogare a Banco Bpm S.p.A., per i comportamenti alla stessa ascritti nel provvedimento dell'Autorità n. 26757, del 20 settembre 2017, è rideterminata nella misura di 2.345.000 € (duemilionitrecentoquarantacinquemila euro);

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'art. 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'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'art. 8 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
Filippo Arena

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

PS10677 - IDB-INTERMARKET DIAMOND BUSINESS-DIAMANTI DA INVESTIMENTO
Provvedimento n. 29648

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 27 aprile 2021;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTA la Parte II, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*" e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il proprio provvedimento n. 26757 del 20 settembre 2017, adottato a conclusione del procedimento istruttorio relativo al caso PS/10677 – *IDB-Intermarket Diamond Business-Diamanti da Investimento*, con il quale è stato deliberato, tra l'altro: **(1)** che Unicredit S.p.A. ha posto in essere una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20 e 21 comma 1, lettere *b*), *c*), *d)* e *f*), 22, nonché 23, comma 1, lettera *t*), del Codice del Consumo, in relazione alle modalità decettive ed omissive di offerta dei diamanti da investimento venduti principalmente attraverso il canale bancario e, in particolare, consistente nel fornire, attraverso il materiale diffuso anche presso i propri sportelli bancari, una rappresentazione parziale, ingannevole e fuorviante: *i)* delle caratteristiche dell'investimento in diamanti, presentato alla clientela quale investimento in un "*bene rifugio*" in grado di conservare ed accrescere il suo valore nel tempo, di agevole liquidabilità e alienabilità; *ii)* delle modalità di determinazione del prezzo (sia in caso di acquisto, che in caso di rivendita) prospettato come quotazione di mercato; *iii)* dell'andamento del mercato dei diamanti; *iv)* della qualifica di *leader* di mercato; **(2)** che, in ragione della gravità e durata della violazione accertata, poteva ritenersi congrua, a carico di Unicredit S.p.A. l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria determinata in 4.000.000 € (quattromilioni di euro);

VISTA la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, del 28 gennaio 2021, n. 2085, pubblicata in data 11 marzo 2021, con la quale è stato accolto in parte l'appello di Unicredit S.p.A. e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza del TAR Lazio, sez. I, n. 10966/2018, è stato accolto – limitatamente alla determinazione dell'importo della sanzione – il ricorso di primo grado;

VISTA, in particolare, la motivazione della citata sentenza del Consiglio di Stato, secondo cui: "*il meccanismo nel quale si è concretizzata la pratica illecita sanzionata è stato ideato ed implementato dalle società di vendita dei diamanti, le quali hanno altresì predisposto la relativa documentazione e che si ponevano quali controparti dirette nella compravendita dei preziosi*", di modo che "*il ruolo della Banca assume, invece, una valenza meno marcata rispetto a quello della società di vendita, essendosi risolto nell'agevolare la vendita dei preziosi (e, come già detto, per tale ragione la stessa è stata giustamente sanzionata*)";

VISTO, altresì, che il Consiglio di Stato, nell'esercizio della sua giurisdizione di merito, ha stabilito "*che la sanzione deve essere ridotta del 30% rispetto a quella complessivamente irrogata*", ordinando "*che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa*" alla luce del predetto criterio;

RITENUTO che il suddetto criterio risulta puntuale, oggettivo e di applicazione automatica, non lasciando margini di discrezionalità nell'attuazione del vincolo conformativo derivante dalla sentenza da eseguire;

RITENUTO, pertanto, di dover procedere, in ottemperanza a detta sentenza, a rideterminare, in conformità al puntuale parametro di quantificazione ivi stabilito, l'importo della sanzione irrogata con il provvedimento n. 26757, del 20 settembre 2017, nei confronti di Unicredit S.p.A.;

VISTI tutti gli atti del procedimento;

CONSIDERATO che, in conformità alle indicazioni del Consiglio di Stato nella citata sentenza, la sanzione nei confronti di Unicredit S.p.A. "*deve essere ridotta del 30% rispetto a quella complessivamente irrogata*" con il provvedimento n. 26757, del 20 settembre 2017;

CONSIDERATO, pertanto, che l'importo finale della sanzione a carico di Unicredit S.p.A., per la pratica commerciale scorretta accertata con il provvedimento n. 26757, del 20 settembre 2017, va determinato nella misura di 2.800.000 € (duemilioniottocentomila euro);

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

che la sanzione amministrativa pecuniaria irrogata a Unicredit S.p.A., per i comportamenti alla stessa ascritti nel provvedimento dell'Autorità n. 26757, del 20 settembre 2017, è rideterminata nella misura di 2.800.000 € (duemilioniottocentomila euro).

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'art. 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'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'art. 8 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
Filippo Arena

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

PS11821 - VOLOTEA-CANCELLAZIONE VOLI POST-COVID
Provvedimento n. 29650

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 27 aprile 2021;

SENTITO il Relatore, Professor Michele Ainis;

VISTA la Parte II, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*" (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015, n. 25411;

VISTO il proprio provvedimento del 28 luglio 2020, con il quale è stata deliberata la non adozione della misura cautelare, ai sensi dell'articolo 27, comma 3, del Codice del Consumo;

VISTI i propri provvedimenti del 19 gennaio 2021 e del 3 marzo 2021, con i quali, ai sensi dell'articolo 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, per particolari esigenze istruttorie;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LE PARTI

1. Volotea S.L., (di seguito, anche "Volotea" o "Professionista" o "Società"), in qualità di Professionista, ai sensi dell'articolo 18, lettera *b*), del Codice del Consumo. La società è attiva nei servizi *low cost* di trasporto aereo, su rotte nazionali e internazionali. In base all'ultimo documento contabile disponibile, relativo all'esercizio finanziario del 2019, la Società ha realizzato un fatturato pari a circa 400 milioni di euro.

2. Le associazioni di consumatori ADUC, Associazione *Centre for International Development*, Associazione Consumatori 24, in qualità di segnalanti e le associazioni ALTROCONSUMO, CODICI, in qualità di intervenienti.

II. LE PRATICHE COMMERCIALI

3. Il procedimento concerne alcune condotte poste in essere dalla Società dal mese di maggio 2020, connesse alle limitazioni alla circolazione conseguenti all'epidemia da Covid-19 e concernenti l'offerta di servizi di trasporto aereo nonché le complessive modalità di assistenza post-vendita resa a seguito di cancellazione unilaterale, da parte del medesimo Vettore, di viaggi già prenotati e regolarmente pagati dalla clientela.

4. In particolare, le condotte contestate al professionista consistono in:

a) aver reso informazioni – rivolte sia alla generalità dei consumatori, sia ai singoli utenti - lacunose e ambigue (i) sulle cause di cancellazione dei voli dopo il 3 giugno 2020, giustificando, in particolare, tali cancellazioni con motivi legati all'emergenza epidemica, pur non sussistendo più

limitazioni alla circolazione, e fornendo informazioni inadeguate circa le medesime cancellazioni; (ii) sui diritti effettivamente spettanti per i passeggeri incisi dalla cancellazione disposta dal medesimo Vettore, omettendo di prospettare in adeguata e principale evidenza la possibilità di rimborso in denaro - come prevista dal Reg. (CE) n. 261/2004 - ed anzi proponendo, in via esclusiva, un *voucher* sostitutivo quale possibile e dovuto ristoro;

b) aver creato notevoli difficoltà di contatto con i servizi di assistenza alla clientela, proprio nel periodo in cui procedeva ad effettuare un numero significativo di cancellazioni, non rispondendo alle richieste di informazioni e non fornendo adeguate informazioni sull'utilizzo dei *voucher*;

c) aver ostacolato il riconoscimento dei loro diritti, non consentendo l'utilizzo integrale del *voucher*, non prevedendo agevoli forme di rimborso alla scadenza dello stesso e, specificamente, per i *voucher* emessi nel periodo emergenziale non prevedendo una durata di 18 mesi come previsto dall'art. 88 *bis* del D.L 18/2020 c.d. Cura Italia);

d) anche dopo il 6 novembre 2020, aver continuato a frapporre ostacoli ai consumatori non riconoscendo un ristoro per gli annullamenti dei voli richiesti dagli stessi, in contrasto con quanto disposto dalla pertinente disciplina emergenziale e ponendo limitazioni ed oneri all'utilizzo dei *voucher* già rilasciati.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) L'iter del procedimento

5. In base a numerose segnalazioni giunte a partire da giugno 2020, in relazione alle pratiche commerciali sopra descritte, in data 3 luglio 2020 è stato comunicato al Professionista l'avvio del procedimento istruttorio n. PS11821 per presunta violazione degli artt. 20, 21, comma 1, lettere *a)* e *b*), 22, 23, comma 1, lettera *e*), 24 e 25 del Codice del Consumo.

6. Contestualmente alla comunicazione di avvio del procedimento istruttorio, Volotea è stata invitata, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Regolamento, a presentare memorie e documenti utili alla valutazione dei presupposti per l'eventuale sospensione provvisoria delle condotte. Ivi, al contempo, è stato chiesto al professionista, ai sensi dell'articolo 27, commi 3 e 4, del Codice del Consumo e dell'articolo 12, comma 1, del Regolamento, di fornire informazioni e relativa documentazione utili alla valutazione dei comportamenti contestati.

7. Il 6 luglio 2020 il Professionista ha presentato istanza di accesso agli atti del fascicolo istruttorio, poi effettuato il successivo 8 luglio. Inoltre, a seguito di altrettante richieste, la Società ha avuto accesso al medesimo fascicolo anche nelle date del 22 luglio, del 10 settembre 2020, del 27 gennaio, del 3 e del 17 marzo 2021.

8. In data 24 luglio 2020 Volotea ha prodotto una nota volta a fornire elementi utili per la valutazione dell'eventuale sospensione provvisoria della pratica ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Regolamento.

9. Il 6 luglio 2020 è giunta, da parte dell'associazione di consumatori CO.DI.CI. Onlus, un'istanza di partecipazione al procedimento istruttorio, l'accoglimento della quale è stato comunicato alle Parti in data 8 luglio 2020.

10. In data 10 e 14 luglio 2020, sono giunti i riscontri documentali di Volotea alla richiesta di informazioni, formulata in sede di avvio, unitamente ad una memoria difensiva. In data 22 luglio 2020, la Società è stata sentita in audizione.

11. Il 31 luglio 2020 è stato trasmesso alla Società il provvedimento con cui l'Autorità, nell'adunanza del 28 luglio 2020, ha ritenuto di non adottare alcuna misura cautelare nei confronti del professionista, in ragione della ravvisata insussistenza del *periculum in mora* in considerazione dell'adozione, da parte della Società, delle misure comportamentali indicate nella comunicazione del 23 luglio 2020.

12. Il 3 agosto 2020 è giunta, da parte dell'associazione di consumatori Altroconsumo, un'istanza di partecipazione al procedimento istruttorio. L'accoglimento della stessa è stato comunicato ad Altroconsumo e alle altre Parti del procedimento il successivo 6 agosto 2020.

13. In data 19 gennaio 2021 e in data 3 marzo 2021, ai sensi dell'articolo 7, comma 3, del Regolamento, sono stati adottati distinti provvedimenti di proroga del termine di conclusione del procedimento, per particolari esigenze istruttorie.

14. In data 26 febbraio 2021 è stata comunicata alle Parti, ai sensi dell'articolo 16, comma 1, del Regolamento, la data di conclusione della fase istruttoria.

15. In data 12 marzo 2021 la società ha presentato un'istanza di proroga del termine per il deposito delle memorie, alla quale è stata dato riscontro positivo con comunicazione del 15 marzo 2021, con contestuale proroga del termine di chiusura della fase istruttoria.

16. Il 23 marzo 2021 Volotea ha depositato una memoria conclusiva.

2) Le evidenze acquisite

a) Cancellazioni di voli

17. Dai dati forniti dal Vettore con la risposta alla richiesta di informazioni[1] emerge che Volotea nel periodo giugno-dicembre 2020 ha venduto più di 240.000 biglietti. Il Vettore ha cancellato circa 3.500 voli relativi al mese di giugno 2020, 3.000 nel mese di luglio e 2.100 nel mese di agosto, la stragrande maggioranza dei quali a partire dal 13 maggio 2020.

18. Dalle numerose segnalazioni acquisite agli atti e pervenute durante tutto il corso del procedimento, fino al mese di marzo 2021, emerge che molte cancellazioni di voli operate dal professionista sono state giustificate con motivi legati all'emergenza epidemica Covid-19 e ha quindi reso informazioni – rivolte sia alla generalità dei consumatori, sia ai singoli utenti - lacunose e ambigue sui diritti effettivamente spettanti ai consumatori in tema di rimborsi per i casi di cancellazione del viaggio disposta dal medesimo Vettore, omettendo di prospettare in analoga evidenza l'alternativa possibile tra rimborso in denaro e riprotezione, così come prevista dal Reg. (CE) 261/04, ma offrendo invece un *voucher* sostitutivo, peraltro in alcuni casi in misura ridotta rispetto a quanto effettivamente pagato dal consumatore[2].

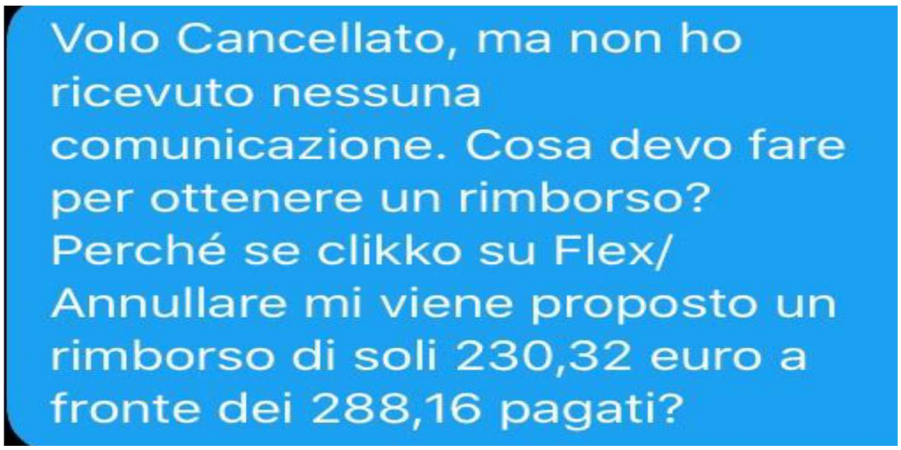
19. In particolare, dopo il 3 giugno 2020, Volotea ha cancellato numerosi voli in ragione dell'emergenza sanitaria Covid-19, anche per destinazioni regolarmente operate, per le quali non sussisteva una specifica limitazione agli spostamenti a causa dell'emergenza sanitaria, orientando i consumatori al riconoscimento di un *voucher*, anziché al rimborso in denaro del costo integrale

[1] Cfr. Risposta alla richiesta di informazioni del 10 luglio 2020, prot. n. 54829.

[2] Il fascicolo contiene oltre 120 segnalazioni di consumatori e associazioni di consumatori. Quelle di seguito citate nel testo del provvedimento sono riportate a mero titolo di esempio. Fra le tante, cfr. segnalazione del 9 novembre 2020, prot. n. 82940.

biglietto aereo acquistato e prevedendo, al contempo, che tale principale forma di ristoro fosse esperibile attraverso una specifica forma di reclamo.

20. Le numerose segnalazioni pervenute descrivono uniformemente e concordemente la condotta del professionista. A titolo di esempio si riporta il caso di un consumatore che lamenta che la società avrebbe messo in vendita nel mese di giugno 2020 numerosi biglietti per voli che ha poi cancellato "causa Covid". Sempre secondo quanto affermato dal segnalante, si tratterebbe di voli programmati per la fine di luglio 2020, la cui cancellazione, sulla base della citata motivazione, sarebbe stata evidentemente prematura e ingiustificata. In questi casi al consumatore è stata offerta l'alternativa di acquistare un altro biglietto per un volo più costoso o accettare il *voucher* offerto dalla compagnia come unica forma di ristoro per la cancellazione asseritamente riconnessa alla pandemia Covid-19[3].



21. Un altro consumatore ha segnalato che circa un mese prima della partenza, il vettore comunicava la cancellazione di un volo per generiche cause di forza maggiore dovute all'emergenza Covid-19 e offriva solo un *voucher* corrispondente al prezzo pagato ovvero la riprogrammazione per altro volo, programmato per lo stesso giorno. Il consumatore procedeva, allora, all'acquisto di altri voli, pagando la differenza di euro 14,97. Successivamente Volotea comunicava la cancellazione anche dei nuovi voli e per entrambi veniva offerto solo il *voucher* a titolo di ristoro[4].

b) Servizi di assistenza alla clientela

22. Sulla base delle informazioni fornite dal Vettore, i clienti hanno potuto richiedere assistenza contattando il servizio clienti attraverso i seguenti canali: i) telefono; ii) *chat online* disponibile sul sito *web* Volotea; iii) canali *social media* di Volotea, come Facebook, Twitter o Instagram; iv) WhatsApp (solo per i clienti Megavolotea); v) invio di una e-*mail* attraverso il sito web www.volotea.com/it/contatti/email; vi) compilazione di un reclamo (*claim*) attraverso il modulo disponibile al seguente indirizzo *web* www.volotea.com/it/reclamo/.

Per richiedere il rimborso del prezzo pagato i clienti sono stati invitati a compilare un reclamo attraverso l'apposito modulo disponibile *online*.

---

[3] Cfr. segnalazione prot. 47523 del 17 giugno 2020

[4] Cfr. segnalazione prot. 49059 del 23 giugno 2020 e analoga segnalazione prot. n. 52910 del 6 luglio 2020.

23. Numerosi consumatori hanno lamentato l'assenza di comunicazione da parte del vettore in ordine alla cancellazione dei voli, a differenza di quanto affermato nelle comunicazioni pubblicate sul sito, e ancor più frequentemente i consumatori hanno segnalato le notevoli difficoltà riscontrate per ricevere assistenza, in quanto la compagnia non ha risposto al supporto via *chat* e al telefono[5], cosi come emerge dai solleciti che i consumatori hanno inviato al vettore (cfr. figura successiva).

24. Le difficoltà di contatto con i servizi di assistenza alla clientela, riscontrate dai consumatori, sarebbero avvalorate anche dalla assenza di informazioni rilevanti sulle caratteristiche, sulla validità, sulla possibilità di ottenere, in caso di non utilizzo del *voucher*, il rimborso dello stesso, posto che nel sito della società non compaiono indicazioni o *link* di rinvio a pagine illustrative delle condizioni di utilizzo del *voucher*, idonee a vanificare l'esercizio dei diritti *post-vendita* derivanti dal contratto di trasporto e dal citato Reg. (CE) n. 261/2004.

Riconoscimento del voucher e modalità di utilizzo

25. Sempre sulla base dei dati forniti dal professionista risulta che, per i voli cancellati dal 3 all'11 giugno 2020, Volotea ha offerto ai clienti le seguenti modalità di ristoro e protezione alternative:
i) possibilità di cambiare gratuitamente itinerario e data del volo (piano "Flex");
ii) possibilità di ottenere il rimborso pari al 100% dell'importo della prenotazione in credito Volotea;
iii) erogazione di un *voucher* di importo minimo pari al 120% dell'importo della prenotazione con validità minima di 12 mesi.

26. Per i voli cancellati dal 12 giugno al 1° luglio 2020 Volotea ha offerto ai clienti le seguenti modalità di ristoro e protezione alternative:
i) possibilità di cambiare gratuitamente itinerario e data del volo (piano "Flex");
ii) possibilità di ottenere il rimborso minimo pari al 100% dell'importo della prenotazione in credito Volotea;
iii) possibilità di richiedere un *voucher* di importo minimo pari al 120% dell'importo della prenotazione e con validità minima 12 mesi;
iv) possibilità di richiedere il rimborso in denaro mediante l'apposito modulo di reclamo compilabile *online*.

[5] Cfr. segnalazione prot. 47826 del 18 giugno 2020 e segnalazione prot. n. 49104 del 23 giugno 2020.

27. Dalle segnalazioni dei consumatori emerge che, in caso di cancellazione dei voli causa Covid-19, Volotea comunicava la cancellazione del volo e offriva, in prima battuta un *voucher*, subordinando il rimborso in denaro ad una specifica richiesta del consumatore stesso[6].

28. Un consumatore ha segnalato che, avendo ricevuto da Volotea la notizia della cancellazione di un volo causa Covid-19 e la contestuale proposta di un *voucher*, ha più volte richiesto il rimborso in denaro, ricevendo però da Volotea sempre un rifiuto al rimborso in base alla motivazione di aver confermato il *voucher*[7], così come emerge dalla seguente figura[8].

SERVIZIO CLIENTI · INFORMAZIONI SUL TUO VOLO

Gentile [...OMISSIS...]

Prima di tutto, **ci scusiamo per l'inconveniente o la difficoltà che l'epidemia COVID-19 potrebbe causare a te, ai tuoi parenti, amici o partner di lavoro.**

A causa delle severe restrizioni alla mobilità imposte dalle autorità dovute al COVID-19, ci dispiace informarla che siamo stati costretti a cancellare il suo volo con il numero di conferma[...OMISSIS...] Di seguito i dettagli:

✈ **Volo di andata (Volo cancellato)**

Data del volo · Itinerario · Numero di volo	
09/06/2020 · OLB → VCE · V71215	
Partenza **Olbia** 19:25	Arrivo **Venezia** 20:45

Il nostro obiettivo principale è garantire un'esperienza sempre all'altezza delle sue aspettative. A tale scopo, considerando questa situazione straordinaria, **le offriamo un buono speciale per un valore equivalente al 120% dell'importo del suo volo,** per consentirle di decidere come e quando preferisce riprogrammare il suo viaggio. Questo buono ha un uso illimitato ed **è valido per i seguenti dodici (12) mesi .** Cliccando sul link qui sotto le verranno mostrati i dettagli del suo buono speciale:

IL MIO BUONO

Con questo voucher nominativo, sarai in grado di effettuare una nuova prenotazione attraverso il nostro sito Web o le nostre app. Può essere utilizzato anche per acquistare servizi opzionali purché acquistati insieme a una prenotazione di un volo. Una volta confermato, il voucher è valido per 365 giorni, quindi puoi prenderti il tempo per usarlo. Questo buono è offerto ai fini degli articoli 9.1 (a) e 7 (3) del Regolamento (UE) 261/2004.

Confidiamo che questa offerta speciale soddisfi le tue esigenze. Nel caso in cui desideri visualizzare altre alternative disponibili, puoi gestire la tua prenotazione

Speriamo che questa situazione straordinaria finisca presto e che in questi tempi difficili, voi, la vostra famiglia e i vostri cari, siate in buona salute.

Ricorda che puoi sempre accedere ai termini e alle condizioni del contratto sui trasporti nelle nostre Condizioni di Trasporto.

Il team Volotea.

29. In caso di cancellazione del volo, infatti, il sistema Volotea generava automaticamente un *voucher* da inviare al passeggero subordinando il riconoscimento del rimborso monetario solo a specifica richiesta[9]. Al riguardo un consumatore ha segnalato di aver ricevuto il 6 luglio 2020 da Volotea una e-*mail* con la quale si comunicava l'annullamento del volo causa Covid-19. La mail

---

[6] Cfr. segnalazione dell'8 luglio 2020 prot. n. 54234

[7] Cfr. segnalazioni prot. n. 65732 del 31 agosto 2020.

[8] Cfr. immagine estratta da integrazione alla risposta alla richiesta di informazione prot. 55633 del 14 luglio 2020.

[9] Cfr. risposta alla richiesta di informazione prot. 54829 del 10 luglio 2020 e segnalazione prot. n. 65764 del 31 agosto 2020.

recitava: "*Cliccando sul link qui sotto le verranno mostrati i dettagli del suo buono speciale*". Cliccando per visionare, e quindi, decidere se richiedere o meno il *voucher*, quest'ultimo veniva generato automaticamente dal sistema. Il consumatore quindi telefonava più volte al *call center* e, tramite lettera raccomandata, inviava reclami e richieste di rimborso ma riceveva sempre risposte secondo le quali il buono emesso era irrevocabile.

30. Per i voli cancellati con data di partenza a partire dal 2 luglio 2020, Volotea ha offerto ai clienti le seguenti modalità di ristoro e protezione alternative:

i) possibilità di cambiare gratuitamente itinerario e data del volo (piano "Flex");

ii) possibilità di ottenere il rimborso pari al 100% dell'importo della prenotazione in credito Volotea;

iii) possibilità di richiedere un *voucher* di importo minimo pari al 120% dell'importo della prenotazione e con validità minima di 12 mesi;

iv) possibilità di richiedere il rimborso in denaro mediante l'apposito modulo di reclamo compilabile *online*.

31. Sempre secondo quanto rappresentato da molti segnalanti, Volotea, a seguito della cancellazione del volo, avrebbe prospettato l'alternativa tra l'acquisto di un altro biglietto aereo più oneroso per la medesima tratta o il riconoscimento di un *voucher*[10].

[10] Cfr. risposta alla richiesta di informazione prot. 54829 del 10 luglio 2020 e segnalazione prot. n. 65764 del 31 agosto 2020

VOLOTEA

SERVIZIO CLIENTI · **INFORMAZIONI SUL TUO VOLO**

Gentile Sabrina,

Siamo spiacenti di informarla che per motivi operativi la sua prenotazione con numero di conferma B92UUT, ha subito una cancellazione di volo. Ecco i dettagli del volo cancellato per la prenotazione:

Volo di andata (Volo cancellato)

Data del volo · Itinerario · Numero di volo		
22/07/2020 · BRI → CFU · V71654		
Partenza **Bari** 20:50		Arrivo **Corfù** 22:50

Volo di ritorno (Nessuna modifica)

Data del volo · Itinerario · Numero di volo		
29/07/2020 · CFU → BRI · V71655		
Partenza		Arrivo

Il nostro obiettivo principale è garantire un'esperienza sempre all'altezza delle sue aspettative. A tale scopo, considerando questa situazione straordinaria, **le offriamo un buono speciale per un valore equivalente al 120% dell'importo del suo volo**, per consentirle di decidere come e quando preferisce riprogrammare il suo viaggio. Questo buono ha un uso illimitato ed è **valido per i seguenti dodici (12) mesi** . Cliccando sul link qui sotto le verranno mostrati i dettagli del suo buono speciale:

IL MIO BUONO

Con questo voucher nominativo, sarai in grado di effettuare una nuova prenotazione attraverso il nostro sito Web o le nostre app. Può essere utilizzato anche per acquistare servizi opzionali purché acquistati insieme a una prenotazione di un volo. Una volta confermato, il voucher è valido per 365 giorni, quindi puoi prenderti il tempo per usarlo. Questo buono è offerto ai fini degli articoli 8.1 (a) e 7 (3) del Regolamento (UE) 261/2004.

Confidiamo che questa offerta speciale soddisfi le tue esigenze. Nel caso in cui desideri visualizzare altre alternative disponibili, puoi gestire la tua prenotazione

Se l'opzione voucher non soddisfa le tue necessità e preferisci ricevere il rimborso dell'importo del tuo volo, clicca qui e gestiremo la tua richiesta.

Speriamo che questa situazione straordinaria finisca presto e che in questi tempi difficili, voi, la vostra famiglia e i vostri cari, siate in buona salute.

Ricorda che puoi sempre accedere ai termini e alle condizioni del contratto sui trasporti nelle nostre Condizioni di Trasporto.

32. Anche gli *script* interni a disposizione degli addetti al servizio clienti (il cui testo si riporta qui di seguito) hanno confermato che il vettore ha continuato ad utilizzare la motivazione dell'emergenza sanitaria per ritardare il rimborso al passeggero e prevedere come misura compensativa, il *voucher* anche nei casi in cui avrebbe dovuto riconoscere il rimborso monetario[11]:

Gentile cliente,

Come comunicato nelle nostre precedenti e-mail, la informiamo che il suo caso è stato preso in carico. Tuttavia, la preghiamo di considerare che la situazione derivata dal COVID-19 ha avuto un sostanziale impatto sul nostro servizio di gestione reclami e potrebbe non tornare alla normalità fino a quando non finisca la crisi, il che potrebbe richiedere diversi mesi. Inoltre, la sua richiesta sarà soggetta alle raccomandazioni finali che le autorità potrebbero emettere durante questo periodo, che sono piuttosto mutevoli e potrebbero cambiare.

Poiché il nostro obiettivo principale è di garantirle un'esperienza soddisfacente con noi, nonostante questa situazione difficile, le ricordiamo che il voucher inviato nelle comunicazioni precedenti rimane valido. Può attivarlo facendo clic sul link di conferma del voucher ricevuto nell' e-mail precedente.

Nel caso in cui abbia confermato il rimborso sotto forma di credito o buono in qualsiasi precedente comunicazione ricevuta in merito alla cancellazione del suo/i volo/i, tenga presente che questa azione è irreversibile e non è possibile eseguire alcuna richiesta di rimborso aggiuntiva per quel volo specifico.

[11] Cfr. risposta alla richiesta di informazione prot. 54829 del 10 luglio 2020

Se non ha ricevuto nessuna notifica di cancellazione fino ad ora, ciò vuol dire che non prevediamo cambi per il suo volo e verranno applicati i termini e le condizioni abituali. Se alla fine il suo volo subisce una cancellazione, la informeremo via email e aggiungeremo automaticamente e gratuitamente il piano Flex alla sua prenotazione tre settimane prima della data di partenza.

33. Altri consumatori hanno lamentato, invece, che a seguito dell'annullamento del volo da parte di Volotea, la compagnia avrebbe offerto un *voucher,* non comprensivo dell'intero importo corrisposto dal viaggiatore. Un consumatore ha fatto presente che, dopo aver acquistato un biglietto aereo per la Grecia per un viaggio da effettuare nel mese di luglio 2020 (per un importo pari a 472,84 euro) e aver avuto notizia della decisione della compagnia di sospendere i voli per tale destinazione per tutta l'estate, ha ricevuto dalla società la proposta di un *voucher* pari a 330 euro, che, a detta della società stessa sarebbe corrispondente al 120% del prezzo del biglietto, pur essendo inferiore a quanto effettivamente pagato[12]. Inoltre, un consumatore ha lamentato che il vettore non avrebbe considerato al momento del rilascio del *voucher* l'importo che il consumatore ha pagato per i servizi di vendita e per l'iscrizione al sistema di fidelizzazione di Megavolotea, in tal modo erogando un *voucher* di importo inferiore a quanto effettivamente speso; parimenti, un consumatore ha chiesto il rimborso della quota pagata per l'adesione a Megavolotea non avendo potuto utilizzare per tutto l'anno 2020[13].

34. Da ultimo, ancora un consumatore ha segnalato che nel mese di giugno 2020 Volotea ha cancellato un volo per il quale egli aveva acquistato quattro biglietti. Ad esito della cancellazione, il consumatore lamenta di aver ricevuto solo dei *voucher*, che tuttavia non aveva mai chiesto e di non essere riuscito ad ottenere il rimborso in denaro, anche se ha sempre - e in più occasioni - reiterato una richiesta in tal senso alla compagnia.[14]

35. Ulteriori segnalazioni di consumatori, pervenute a partire dal mese di novembre 2020, hanno evidenziato che Volotea non ha riconosciuto ai consumatori un ristoro in caso di annullamento del volo, sia nel caso in cui tale annullamento sia stato effettuato dal Vettore, sia nel caso in cui il consumatore abbia rinunciato al volo, a causa delle restrizioni alla circolazione nuovamente imposte a seguito della recrudescenza dell'epidemia da Covid-19. Tale condotta è stata posta in essere anche dopo che ENAC ha richiamato le compagnie aeree che operano da e per il territorio nazionale a rispettare "*l'obbligo di rimborsare i passeggeri con voli programmati sugli aeroporti situati nelle zone rosse e arancioni e che, per motivi indipendenti dalla loro volontà, non possono usufruire del volo*"[15].

36. In particolare, alcuni consumatori hanno segnalato che, trovandosi in regioni dove, successivamente al 6 novembre 2020, sono stati limitati gli spostamenti non necessari quale misura di contenimento dell'epidemia, non potendo utilizzare il biglietto a causa di dette restrizioni e

---

[12] Cfr. tra le tante segnalazioni, il doc. prot. n. 69597 del 17 settembre 2020.

[13] Cfr. a titolo di esempio si cita segnalazione del 6 luglio 2020 prot. n. 53248 e segnalazione prot. n. 25446 del 2 marzo 2020.

[14] Cfr. da ultimo segnalazione del 22 febbraio 2021, prot. n. 23050 e integrazione del 25 febbraio prot. n. 24044.

[15] Cfr. Nota Enac dell'11 dicembre 2020 prot. n. 92295 con la quale è stata anche trasmessa la lettera che la stessa ha inviato alle compagnie aeree per ricordare l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 88-*bis* del decreto legge n. 18/2020, così come modificato dalla legge di recepimento n. 77/2020, che consente ai vettori di fornire la controprestazione mediante un voucher di pari importo emesso entro quattordici giorni dalla data di esercizio del recesso, valido per diciotto mesi dall'emissione e rimborsabile decorsi dodici mesi dall'emissione.

avendo quindi dovuto rinunciare al volo, non hanno ottenuto da Volotea quanto previsto dalla normativa emergenziale a titolo di ristoro. Ai consumatori che hanno richiesto il rimborso del proprio biglietto, Volotea avrebbe risposto con il seguente messaggio: "*non avendo cancellato il volo non è previsto alcun rimborso ma solo la possibilità di cambiare data di partenza*"[16].

c) Utilizzo del credito rappresentato dai voucher

37. Altri consumatori che hanno ottenuto un *voucher* a seguito di cancellazioni dei voli, comprese quelle avvenute nel periodo febbraio – maggio 2020, in caso di utilizzo del *voucher* in modo parziale, avrebbero perso il valore rimanente; infatti Volotea, alla richiesta di utilizzare il credito residuo del *voucher*, avrebbe risposto che ciò non era possibile perché il *voucher* era già stato utilizzato, essendo "monouso"[17].

38. A titolo di esempio si riporta il caso di un consumatore che, avendo accettato la proposta di ottenere il rimborso tramite *voucher* dell'importo di 70 euro, nel mese di agosto decideva di riprogrammare il viaggio precedentemente annullato e, in data 14 agosto 2020, procedeva alla prenotazione del volo del valore di 21 euro, utilizzando correttamente il *voucher* sostitutivo. Non potendo, per questioni personali e organizzative, acquistare il biglietto di ritorno contestualmente all'andata, il consumatore ne posticipava l'acquisto, sul presupposto di potersi avvalere del residuo del credito non utilizzato pari a 49 euro. In data 21 agosto 2020 effettuava il tentativo di acquisto del biglietto di ritorno, utilizzando anche in tal caso il *voucher*, secondo la procedura già esperita. All'atto di acquisto era tuttavia negata la possibilità di utilizzare il buono in oggetto con la motivazione che lo stesso era già "*precedentemente riscattato*" e, aprendo la finestra illustrativa delle regole di utilizzo del *voucher* era indicata la condizione, mai precedentemente menzionata, secondo la quale "*i buoni possono essere utilizzati solo una volta e qualsiasi parte non utilizzata del valore del buono andrà persa*".

39. Altri consumatori, ancora, hanno contestato che Volotea avrebbe negato a coloro che hanno accettato un *voucher*, di poterlo successivamente cambiare con il rimborso monetario. Un consumatore, in particolare, ha lamentato che in prossimità della scadenza del *voucher* ha richiesto ancora una volta la restituzione di quanto pagato per i voli, non volendo ricevere il "*credito Volotea*" anche se aumentato automaticamente del 20%, e di non aver ricevuto dalla società alcuna indicazione in merito alla procedura da seguire per ottenere il rimborso[18]. Un altro consumatore ha segnalato che, avendo un *voucher* in scadenza e non potendo utilizzarlo per il proseguire dell'emergenza sanitaria, ha chiesto il rimborso monetario ma ha ricevuto da Volotea un rifiuto tramite e-mail, nella quale veniva offerta solo la possibilità di una nuova prenotazione e non invece quella del rimborso monetario[19].

---

[16] Cfr. ad esempio segnalazione del 4 dicembre 2020, prot. n. 90622.

[17] Cfr. ad esempio segnalazioni del 26 agosto 2020, prot. n. 65193, del 13 ottobre 2020, prot. n. 75764 e segnalazione del 16 ottobre 2020, prot. n. 76944.

[18] Cfr. ad esempio segnalazione del 4 gennaio 2021, prot. n. 10197 e segnalazione dell'8 marzo 2021 prot. n. 27038.

[19] Cfr. Segnalazione del 17 marzo 2021, prot. n. 30161.

Volotea Team (Volotea)
18 mar 2021, 14:40 CET

Gentile marco,

La ringraziamo per aver contattato il nostro servizio di attenzione al cliente.

In merito alla sua richiesta, le ricordiamo che l'importo di un voucher e/o credito Volotea, non è rimborsabile.

In base alle condizioni d'uso, l'importo dovrà essere utilizzato prima della data di scadenza, ma la prenotazione potrà anche comprendere voli successivi.
Tuttavia, se la data di scadenza è prossima e non vuole perdere la possibilità di usare il suo voucher e/o credito, la informiamo che può effettuare una nuova prenotazione e aggiungere il nostro servizio Flex durante la fase di acquisto e, nel caso di non poter volare, potrà annullarla e disporre del suo credito per altri 12 mesi aggiuntivi rispetto alla data di creazione. In questo modo, avrà a disposizione più tempo per poterlo

40. Un altro consumatore ha segnalato che avendo acquistato nel 2020 biglietti aerei con il vettore per un importo pari a 390€, a seguito dell'annullamento dei voli e l'impossibilità di volare a causa della pandemia in corso, ha accettato da Volotea il rimborso dei voli persi con: accredito di 11€ nell'account e buoni per 170€. Il consumatore, dopo aver ricevuto dalla società la comunicazione che accredito e buoni erano in scadenza, ha chiesto di prorogare la scadenza o di avere il rimborso monetario dell'importo, vista la situazione di emergenza sanitaria ancora in essere, ma Volotea ha respinto tali richieste consentendo solo di cedere i buoni o prenotare altri voli[20].

4) Modifiche delle condotte già realizzate in corso di istruttoria

41. Nella riunione del 28 luglio 2020 l'Autorità ha deliberato di non adottare misure cautelari ad esito delle modifiche alle condotte adottate dal professionista a far data dal 31 luglio 2020, consistenti in:
a) evitare di menzionare nelle comunicazioni con i consumatori la situazione emergenziale da Covid-19 come motivo alla base della decisione di cancellare un volo, laddove tale cancellazione non dipenda da obiettive restrizioni imposte a livello nazionale o locale;
b) modificare il modello e il testo delle *mail* standard inviate ai passeggeri e offrire loro la scelta tra: *i)* la prenotazione gratuita di un altro volo; *ii)* un *voucher*; *iii)* un integrale rimborso in denaro;

[20] Cfr. Segnalazione del 9 febbraio 2021 prot. n. 19610 e segnalazione dell'8 marzo 2021 prot. n. 27038. Da ultimo a mero titolo di esempio segnalazione del 22 marzo 2021 prot. n. 31211.

c) semplificare il processo di scelta e richiesta delle modalità alternative di ristoro e protezione (cambio volo, rimborso sotto forma di *voucher*, rimborso in denaro) dando la possibilità al cliente di gestire l'opzione prescelta autonomamente;
d) incrementare il servizio di assistenza alla clientela aumentando il numero degli addetti al call center per consentire ai passeggeri di avere risposte più immediate;
e) ridurre i tempi i cui vengono processati i rimborsi, attraverso l'implementazione di misure volte a consentire la conclusione della procedura in 7 giorni.

5) Le argomentazioni difensive del Professionista

42. Preliminarmente, Volotea ha evidenziato che la qualificazione giuridica delle condotte ascritte alla stessa come pratiche commerciali scorrette penalizzerebbe ingiustamente il Vettore che si è trovato a dover fronteggiare una situazione imprevedibile e di eccezionale gravità, imputabile esclusivamente al dilagare della pandemia da Covid-19. Infatti, l'emergenza sanitaria ha innescato una crisi del settore del trasporto aereo senza precedenti, tuttora in corso, e durante la quale i Governi nazionali hanno emanato disposizioni di tipo emergenziale volte a limitare fortemente la libertà di movimento delle persone, a livello nazionale ed internazionale. In tale contesto fattuale e giuridico, Volotea ritiene di aver agito in modo legittimo e conforme alla normativa posta a tutela dei consumatori e che, pertanto, non possa esserle fondatamente ascritta alcuna condotta contraria alla diligenza professionale.
43. Inoltre, il professionista rileva la piena applicabilità dell'art. 88-*bis* del Decreto Cura Italia ed il suo non trascurabile rilievo rispetto alla corretta qualificazione giuridica delle condotte e ciò sotto il profilo della non imputabilità e della qualificazione delle stesse in termini di non antigiuridicità con le inevitabili conseguenze anche sotto il profilo della non sanzionabilità. Tale norma ha infatti ingenerato in Volotea (e negli operatori del settore aereo operanti in Italia) l'affidamento legittimo di poter offrire il rimborso del prezzo del biglietto in *voucher* fino al 30 settembre 2020, senza bisogno di richiedere alcuna forma di accettazione da parte del destinatario, quando le prestazioni non fossero state rese a causa degli effetti derivanti dallo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19.
44. Il professionista, inoltre, contesta la fondatezza dei fatti descritti nelle segnalazioni agli atti del fascicolo, riconducendo gli stessi a disguidi occasionali, errori tecnici, ovvero a semplici ritardi nel riconoscimento del rimborso monetario causati dall'elevato numero di richieste ricevute.
45. La Società fa presente di aver riconosciuto il rimborso in denaro anche alle cancellazioni di data precedente qualora il cliente ne abbia fatto richiesta ma, dopo la precisazione fornita da ENAC con riferimento a tutti i voli con data di partenza successiva all'11 giugno 2020, Volotea ha cessato di applicare alle cancellazioni l'art. 88-*bis* e offerto, nel processo di attenzione al cliente, tutti i rimedi previsti dal Regolamento (CE) 261/2004 (in particolare il rimborso in denaro e, ove possibile, la ri-protezione su altro volo). Per tali cancellazioni, Volotea erogava i *voucher* solo nei casi in cui il cliente avesse confermato di accettarlo e lo avesse generato cliccando sull'apposito *link* contenuto nella e-mail di cancellazione del volo.
46. Al riguardo Volotea sottolinea che né il citato art. 88-*bis* né il Regolamento (CE) 261/2004 prescrivono che i *voucher* offerti come alternativa al rimborso in denaro debbano essere "multiuso" e, peraltro, le caratteristiche del *voucher* vengono chiaramente rappresentate al consumatore.

47. Pertanto, Volotea afferma che, ai sensi del Codice del Consumo, la diligenza professionale deve certamente essere parametrata rispetto al quadro normativo *ratione temporis* applicabile al settore, purché tale condotta sia concretamente esigibile nelle circostanze del caso concreto, secondo un principio di proporzionalità.

48. Inoltre, il professionista afferma che appare destituita di fondamento anche la pretesa "aggressività" della condotta *sub* b) ai sensi degli articoli 24 e 25 del Codice del Consumo, fondandosi l'intero impianto logico ed argomentativo su segnalazioni che, se meglio approfondite, evidenziano l'insussistenza di condotte "*idonee a vanificare l'esercizio dei diritti post-vendita derivanti dal contratto di trasporto e dal citato Reg. (CE) n. 261/2004 e della disciplina emergenziale*".

49. Secondo il professionista, nel prospettare l'asserita "aggressività" della pratica commerciale, oltre ad ignorare "*i tempi*", "*la natura*" e la "*persistenza*" dell'asserita condotta (di cui l'art. 25 del Codice del Consumo impone di tener conto) non si tiene in nessuna considerazione la circostanza che, come noto, ai sensi dell'art. 25 del Codice del Consumo, l'ipotesi di "indebito condizionamento" derivante da una imposizione di un ostacolo all'esercizio di un diritto del consumatore è integrata da un ostacolo "non contrattuale", e quindi, da una forma di ostruzione diversa da iniziative fondate sulla disciplina legale o pattizia del negozio (in questo caso, sulla normativa di settore e sulla normativa emergenziale applicabile al trasporto aereo).

50. Da ultimo, Volotea osserva di aver dimostrato che il proprio *modus operandi*, tenuto conto di tutte le circostanze, sia stato compatibile con i canoni di sostanziale diligenza professionale che ci si poteva attendere nello straordinario contesto fattuale e regolamentare in cui si sono svolti i fatti oggetto di analisi e che quindi non sia passibile di censura né di alcuna sanzione.

51. Infine, il professionista ritiene che l'Autorità dovrebbe ispirarsi, dal punto di vista sanzionatorio, ad una particolare moderazione e che una eventuale sanzione dovrebbe tener conto delle circostanze di fatto in cui si sarebbe svolta la condotta contestata e specificamente: *i*) dell'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione e *ii*) dell'assenza di gravità della condotta contestata.

IV. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

52. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa anche via *internet*, in data 24 marzo 2021 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, del Codice del Consumo.

53. Con comunicazione pervenuta il 23 aprile 2021, la suddetta Autorità ha espresso il parere richiesto, limitando le proprie valutazioni all'attitudine dello specifico mezzo di comunicazione utilizzato per diffondere le pratiche commerciali a incidere e amplificare l'eventuale ingannevolezza e/o scorrettezza della medesima pratica.

54. Nel parere, dopo aver rilevato che l'utilizzo quotidiano di *Internet* tra la popolazione italiana è in costante crescita così come il numero di persone che fanno acquisti *online*, con oltre 20 milioni di cittadini che nel 2019 hanno comprato tramite il *web*, il 9% in più rispetto all'anno precedente (Istat, Report "*Cittadini imprese e ICT*", anno 2019) e che, quindi, *Internet* ha assunto una valenza sempre maggiore per i cittadini nell'attività di acquisto di beni e servizi, l'Autorità ha considerato il mezzo di comunicazione utilizzato idoneo a sviluppare un significativo impatto sui consumatori,

che, sulla base delle informazioni contenute nel sito del Professionista, potrebbero essere indotti ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbero preso, così sviluppando in concreto la piena potenzialità promozionale della comunicazione *on line.*

55. Pertanto, l'Autorità ha ritenuto che "*il mezzo internet sia uno strumento idoneo a influenzare significativamente la realizzazione*" delle pratiche commerciali oggetto di parere.

V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

Premessa

56. Il provvedimento in esame concerne la valutazione dei comportamenti posti in essere da Volotea a partire dal 3 giugno 2020, a seguito della cancellazione di voli ed in particolare, nell'informativa resa ai consumatori titolari di biglietti aerei in merito ai diritti agli stessi spettanti e alle motivazioni sottese alle cancellazioni. Infatti, in un periodo nel quale la circolazione del traffico aereo è ripresa, il professionista ha giustificato le cancellazioni dei voli, riconducibili a legittime scelte di strategia aziendale, alla supposta persistenza di limitazioni alla circolazione. Parimenti sono state riscontrate criticità in ordine all'informativa e ai diritti riconosciuti ai consumatori in caso di rinuncia al volo per motivi legati all'emergenza sanitaria successivamente al 6 novembre 2020, quando sono state introdotte limitazioni alla circolazione e il vettore avrebbe dovuto garantire ai consumatori quanto previsto dalla normativa emergenziale nazionale art. art. 88-*bis*, commi, 1 e 3.

57. Con riferimento alla cancellazione unilaterale di voli da parte del professionista, successivamente al 3 giugno 2020, è bene precisare che, contrariamente a quanto sostenuto dal vettore nelle proprie memorie difensive, il presente provvedimento non ha ad oggetto la decisione di Volotea di cancellare i voli nel periodo in questione, né attiene alla fase di messa in vendita dei voli, bensì riguarda unicamente la valutazione del comportamento del vettore in merito alle informazioni fornite ai consumatori, ai diritti agli stessi riconosciuti ad esito delle cancellazioni, alla gestione delle successive richieste dei passeggeri volte ad ottenere il rimborso di quanto pagato e/o alle corrette modalità di utilizzo del *voucher*.

58. Più nello specifico, il presente provvedimento riguarda le condotte del professionista a seguito delle cancellazioni dei voli la cui partenza era prevista successivamente al 3 giugno 2020, data a partire dalla quale il D.L. n. 33 del 16 maggio 2020 ha nuovamente consentito gli spostamenti all'interno e all'esterno del territorio nazionale dopo un periodo di limiti alla circolazione stabiliti dai provvedimenti governativi di contenimento dell'epidemia da Covid-19.

La disciplina emergenziale italiana (D.L 18/2020 c.d. Cura Italia) prevedeva infatti la possibilità per i vettori aerei di rimborsare o emettere voucher a favore dei consumatori per i voli cancellati dai vettori medesimi, in presenza di una riconosciuta situazione pandemica che impediva l'esecuzione della prestazione, in ragione dei provvedimenti di limitazione della circolazione adottati da autorità nazionali, internazionali o Stati esteri ovvero quando le prestazioni non erano rese a causa degli effetti derivanti dallo stato di emergenza epidemiologica da Covid -19 (cfr. art. 88-*bis*, commi, 4 e 11).

59. Con riguardo alla cancellazione dei voli da parte dei vettori aerei per ragioni connesse all'epidemia, la Commissione, con comunicazione del 18 marzo 2020, ha espressamente affermato che "*Questa situazione* [la rinuncia al viaggio da parte del consumatore n.d.r.] *va distinta da quella in cui il vettore annulla il viaggio e offre solo un buono anziché la possibilità di scegliere tra*

rimborso e servizio alternativo di trasporto. L'offerta di un buono da parte del vettore non può pregiudicare il diritto del passeggero di optare, in alternativa, per il rimborso", aggiungendo che, ai sensi del Regolamento CE n. 261/2004 "*in caso di cancellazione di un volo da parte delle compagnie aeree (indipendentemente dalla causa), l'articolo 5 impone al vettore aereo operativo di offrire al passeggero la scelta tra: a) il rimborso; b) l'imbarco su un volo alternativo non appena possibile, o c) l'imbarco su un volo alternativo ad una data successiva di suo gradimento*"[21]. Successivamente, con Raccomandazione del 13 maggio 2020, la Commissione ha chiaramente indicato che "*a norma della legislazione dell'Unione, il rimborso può essere effettuato in denaro o sotto forma di buono. Il rimborso mediante buono è possibile tuttavia solo se il passeggero accetta*"[22].

Al fine di garantire adeguata tutela ai viaggiatori a fronte del rischio di insolvenza da parte dei Vettori e nell'ottica di un contemperamento dei diritti dei consumatori con le esigenze di liquidità dei Professionisti nel periodo pandemico, la Commissione ha, altresì, individuato le caratteristiche raccomandate affinché i buoni possano essere considerati dai passeggeri quale valida e affidabile alternativa al rimborso in denaro, tra le quali il diritto al rimborso in denaro se alla scadenza del *voucher* il consumatore non avrà usufruito dello stesso[23].

Queste osservazioni sono state riprese e approfondite anche da questa Autorità nella propria segnalazione al Parlamento e al Governo del 28 maggio 2020[24].

60. A completamento della pertinente disciplina, si deve infine evidenziare che il D.P.C.M. del 3 novembre 2020, recante *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19». (pubblicato in GU Serie Generale n.275 del 04-11-2020 - Suppl. Ordinario n. 41*), ha individuato ulteriori misure e limitazioni agli spostamenti per contrastare la diffusione del Covid-19, entrate in vigore il successivo 6 novembre 2020.

---

[21] Orientamenti interpretativi relativi ai regolamenti UE sui diritti dei passeggeri nel contesto dell'evolversi della situazione connessa al Covid-19, in GUCE (2020/C 89 I/01).

[22] Raccomandazione della Commissione europea del 13 maggio 2020, relativa ai buoni offerti a passeggeri e viaggiatori come alternativa al rimborso per pacchetti turistici e servizi di trasporto annullati nel contesto della pandemia di Covid-19, C(2020) 3125 final., punto 8.

[23] In particolare, nella Raccomandazione della Commissione del 13.5.2020 relativa ai buoni offerti a passeggeri e viaggiatori come alternativa al rimborso per pacchetti turistici e servizi di trasporto annullati nel contesto della pandemia di Covid-19, in cui viene richiamato il Regolamento comunitario n. 261/2004, si legge che "*i vettori e gli organizzatori dovrebbero automaticamente rimborsare ai passeggeri o ai viaggiatori l'importo del buono in questione entro 14 giorni dalla relativa data di scadenza, se il buono non è stato riscattato. Ciò vale anche per il rimborso dell'importo residuo del buono in questione nel caso di un precedente riscatto parziale dello stesso. Se i buoni hanno un periodo di validità superiore a 12 mesi, i passeggeri e i viaggiatori dovrebbero avere il diritto di chiedere il rimborso in denaro entro 12 mesi della data di emissione dei buoni in questione. Dovrebbero avere lo stesso diritto in qualsiasi momento successivo, fatte salve le disposizioni giuridiche applicabili in materia di limiti temporali*".

[24] Cfr. AGCM, ST23, Segnalazione al Parlamento e al Governo del 28 maggio 2020 "*in merito alle criticità della disciplina d'emergenza di cui all'art. 88-bis del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modifiche dall'art.1, comma 1 della legge 24 aprile 2020, n. 27*", in Bollettino AGCM n. 22/2020, accessibile al link https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/ST23_segnalazione.pdf.

61. Alla luce di quanto sopra, Volotea non può invocare alcun legittimo affidamento basato sulla disciplina italiana vigente, tanto prima quanto successivamente al 3 giugno 2020 (né peraltro dopo il 6 novembre 2020), per giustificare il proprio comportamento in ordine alla mancata prospettazione del rimborso e dell'attribuzione di un *voucher* ai consumatori in assenza un loro esplicito consenso per i voli dalla stessa annullati o cancellati.

62. Peraltro, la disciplina nazionale non imponeva ai vettori di emettere un *voucher* a favore dei consumatori, stabilendo unicamente la facoltà per i vettori di attribuire un *voucher*, non già un obbligo per gli stessi di procedere in tal senso.

63. Un operatore economico di primaria importanza nel settore aereo europeo quale Volotea, non può ignorare che, per costante giurisprudenza della Corte di giustizia UE, le disposizioni nazionali non possono derogare alle norme eurounitarie, in virtù del principio di primazia del diritto europeo e che le norme interne devono essere interpretate in senso conforme alle disposizioni europee.

64. Di conseguenza, il Professionista, anche in osservanza dei propri obblighi di diligenza, avrebbe dovuto interpretare la facoltà lasciata dalla normativa nazionale alla luce e in coerenza con il diritto europeo, nei termini ricordati anche dalla Commissione con le comunicazioni sopra citate, in particolare offrendo in caso di cancellazione del volo per qualunque motivo il rimborso ovvero l'imbarco su un volo alternativo e solo in presenza di un espresso consenso del consumatore attribuire un *voucher* in luogo del rimborso.

65. Peraltro, si evidenzia che con riferimento ai fatti contestatati nel presente provvedimento, successivi al 3 giugno 2020, non essendoci più limitazioni agli spostamenti per l'emergenza epidemiologica, la normativa italiana non poteva in ogni caso offrire una copertura o un affidamento in ordine al comportamento del professionista, il quale avrebbero dovuto, in ogni caso, a seguito della cancellazione del volo offrire ai consumatori l'alternativa tra un nuovo volo e un rimborso in denaro (contante o tramite altro mezzo di pagamento) ovvero, solo previo accordo del passeggero, buoni viaggio e/o altri servizi.

66. In conclusione, è dunque del tutto priva di pregio l'eccezione della compagnia aerea secondo cui la stratificazione della normativa emergenziale nazionale e gli orientamenti contraddittori provenienti dalle autorità regolatorie italiane avrebbero creato una situazione di incertezza del contesto giuridico.

Valutazione delle condotte

67. Svolta questa doverosa premessa, si deve osservare come i comportamenti oggetto del presente provvedimento, pur presentando distinti profili di scorrettezza, come rilevato in sede di avvio, appaiono tuttavia connotati da una valenza unitaria, volta a ostacolare i consumatori nel loro diritto a ricevere il rimborso in denaro per l'importo pagato per l'acquisto del biglietto aereo poi cancellato. In particolare, si tratta della complessiva attività di assistenza post-vendita fornita dalla Società alla propria clientela, successivamente al 3 giugno 2020, articolatasi in molteplici condotte concernenti, nello specifico: i) l'omissione o la diffusione di informative lacunose o ambigue sulle cancellazioni operate e su diritti/ristori spettanti ai passeggeri, anche in occasione, successivamente al 6 novembre 2020, della rinuncia al volo da pare dei consumatori per motivi legati all'emergenza sanitaria e alla reintroduzione di limitazioni alla circolazione; ii) le modalità disomogenee e incongruenti e intempestive adottate nelle suddette evenienze, per la gestione delle istanze di rimborso, in particolare, la proposta – e la diretta corresponsione – di un *voucher* sostitutivo quale

esclusiva o prioritaria modalità di ristoro per il biglietto annullato rispetto al rimborso in denaro; iii) il mancato riconoscimento integrale dell'importo pagato per l'acquisto del biglietto; iv) le difficoltà riscontrate dai consumatori nell'utilizzo integrale del *voucher*.

68. Infatti, le diverse condotte sopra descritte riguardano tutte la fase successiva all'acquisto, ed in particolare attengono alla complessiva assistenza assicurata dal Vettore in caso di cancellazione unilaterale dei viaggi e al riconoscimento dei diritti dei consumatori come declinati dalla normativa comunitaria e nazionale sopra richiamate, non erogando la controprestazione promessa e restituendo solo successivamente e quasi sistematicamente sotto forma di *voucher* le somme già incassate.

69. Nello specifico, si deve osservare come le numerose segnalazioni, concordemente e uniformemente, hanno messo in luce che la complessiva attività di assistenza post-vendita, resa nel periodo successivo al 3 giugno 2020 da parte di Volotea ai consumatori incisi dalle cancellazioni dei viaggi con motivazioni legate alle limitazioni alla circolazione dovute al Covid-19, si è articolata, come già detto in precedenza, in svariate condotte consistenti nella diffusione di informazioni lacunose e intempestive in relazione alla cancellazione dei propri servizi e ai diritti spettanti alla clientela in caso di cancellazione dei voli, nella proposta immediata di un *voucher* sostitutivo a prioritario ed esclusivo ristoro del viaggiatore inciso dalla cancellazione unilaterale del viaggio, nelle difficoltà di contatto con l'assistenza clienti e, in particolare, sull'utilizzo successivo del *voucher*.

70. Dalla documentazione in atti risulta, anzitutto, che il professionista ha agito con modalità ingannevoli ed omissive, in violazione del Codice del Consumo, laddove, sia nei confronti della generalità degli utenti sia verso i singoli clienti, ha tralasciato informazioni, o le ha rese in modo lacunoso, ambiguo e spesso intempestivo, in merito alla cancellazione dei propri servizi di trasporto, a diritti e prerogative spettanti ai consumatori, in base alla vigente normativa a tutela dei passeggeri, in tali casi.

71. Al riguardo, il professionista ha eccepito che i fatti descritti nelle segnalazioni dei consumatori non siano rilevanti ai fini della ricostruzione di una fattispecie di pratica commerciale scorretta in quanto tutti riconducibili a situazioni specifiche e a condotte isolate. Tale eccezione non può essere condivisa. In primo luogo, molti consumatori hanno allegato le schermate e le mail ricevute da Volotea a seguito della cancellazione del volo dalle quali in chiara evidenza la modalità per richiedere il *voucher* (cfr. schermate riportate nel paragrafo dedicato alle risultanze istruttorie), mentre non compare alcuna indicazione in merito alla possibilità di richiedere il rimborso monetario. In secondo luogo, il numero elevato di segnalazioni che lamentano un comportamento del professionista volto a indurre ingannevolmente il consumatore a ricevere il *voucher* nonché a creare ostacoli nel riconoscere il rimborso monetario è il sintomo di una condotta diffusa che ha riguardato tutti i consumatori che hanno visto cancellato il volo di Volotea per il quale avevano acquistato i biglietti aerei.

72. Pertanto, il quadro fattuale che emerge dall'insieme delle segnalazioni è che, nel periodo considerato, il Vettore non ha adottato un comportamento idoneo e adeguato ad informare i consumatori circa le possibilità loro offerte a seguito dell'avvenuta cancellazione del volo. Inoltre, il vettore ha adottato modalità di comunicazione idonee a far "preferire" la scelta del voucher anziché il rimborso in denaro. È evidente, infatti, che se il professionista a fronte della cancellazione del volo offre un *voucher*, senza indicare la possibilità di ottenere il rimborso in denaro determina, di fatto,

una limitazione alla libertà di scelta dei consumatori, inducendo il consumatore ad una scelta commerciale che altrimenti non avrebbe effettuato.

73. In merito alla valenza delle segnalazioni rileva la giurisprudenza costante dei giudici amministrativi i quali hanno più volte riaffermato il principio secondo il quale "*non occorre individuare un concreto pregiudizio delle ragioni dei consumatori, in quanto è la stessa potenzialità lesiva, al fine di evitare anche solo in astratto condizionamenti e/o orientamenti decettivi, che consente di ascrivere la condotta nel quadro dell'illecito di "mero pericolo" in quanto intrinsecamente idonea a configurare le conseguenze che il codice del consumo ha invece inteso scongiurare*"[25].

74. Le informazioni complessive rese in merito alle modalità di assistenza post-vendita e, soprattutto le modalità per il rilascio di ristori e rimborsi spettanti in restituzione del prezzo del biglietto cancellato sono risultate gravemente omissive. Risulta, infatti, che Volotea ha omesso di evidenziare adeguatamente alla clientela tutte le alternative di ristoro comunque spettanti, in base alla vigente normativa comunitaria a tutela dei diritti dei consumatori, in caso di soppressione dei servizi di trasporto; né, del pari, è stata rappresentata chiaramente la possibilità di scelta che dev'essere rimessa al consumatore circa la modalità di rimborso per il biglietto del volo cancellato. Infatti, Volotea proponeva al consumatore il *voucher* come prima e più immediata forma di ristoro per il volo dalla stessa cancellato, rimettendo la possibilità di chiedere il rimborso monetario ad una successiva e specifica richiesta da parte del consumatore.

75. In base alle evidenze raccolte, la corretta ed esaustiva informazione su tutti i diritti dei clienti incisi dalla cancellazione unilaterale dei voli è stata assicurata solo da ultimo dal Vettore, attraverso alcune misure migliorative introdotte nel corso dell'istruttoria e specificamente nel corso del sub-procedimento cautelare.

76. Risulta infatti che, in patente violazione della diligenza professionale ordinariamente attendibile dalle imprese del settore, Volotea ha addotto la grave situazione emergenziale da Covid-19, in particolare sottolineando le connesse ma non più vigenti limitazioni alla circolazione, a motivo (e vincolo) dei comportamenti contestati quando, al contrario, le cancellazioni hanno costituito decisioni commerciali assunte in autonomia dal professionista. Volotea ha in questo modo indebitamente e strumentalmente sfruttato la complessiva situazione emergenziale a proprio vantaggio ed in continuativo e diffuso danno dei consumatori. L'assunto è supportato dalle varie evidenze istruttorie *supra* riportate (le denunce dei consumatori) in base alle quali il Vettore risulta invece aver costantemente addotto la circostanza emergenziale a sistematica giustificazione delle cancellazioni operate e dell'erogazione del *voucher* invece del rimborso in denaro.

77. In tale contesto risulta particolarmente rilevante la compressione della libertà di scelta che deve essere riconosciuta ai consumatori in merito al tipo di ristoro/rimborso per il biglietto cancellato dal Vettore, in ragione anche dell'oggettiva asimmetria del rapporto di consumo e la posizione strutturalmente sperequata del consumatore individuale rispetto all'impresa. Infatti, le modalità di assistenza post-vendita adottate da Volotea assumono caratteristiche aggressive, in quanto idonee ad attuare un indebito condizionamento delle scelte dei consumatori, mediante la frapposizione degli ostacoli soprarichiamati all'esercizio dei diritti contrattuali relativi all'ottenimento del rimborso in denaro spettante in caso di cancellazione unilaterale del viaggio da parte del Vettore, comportando,

[25] Cfr. ex multis, Tar Lazio 20 febbraio 2020 n. 2245 nonché Consiglio di Stato 27 febbraio 2020 n. 01425.

per la generalità dei consumatori, la sostanziale imposizione di una modalità specifica di ristoro, nonostante appunto la doverosa prospettazione ed erogazione delle alternative previste dalla disciplina comunitaria.

78. Va rilevata, a riprova dell'aggressività della fattispecie in esame, l'esistenza dell'elemento strutturale dell'indebito condizionamento (ossia gli ostacoli non contrattuali posti all'esercizio dei diritti scaturenti dal contratto), nonché dell'elemento funzionale, costituito, nel caso di specie, dall'effetto distorsivo sulla libertà di scelta del consumatore in merito all'opzione di rimborso preferita.

79. La scorrettezza e gravità delle condotte emerge anche in ragione del sostanziale vantaggio conseguito dall'impresa (ossia l'anticipato pagamento di prestazioni non più erogate) e dal fatto che i consumatori sono stati indotti a sopportare un sacrificio non dovuto, ossia l'accettazione del *voucher* sostitutivo, pur di non perdere il valore economico del biglietto già pagato. Infatti - e diversamente da quanto addotto a propria difesa dal Professionista - è proprio il carattere ampio e "unilaterale" del beneficio economico derivante alla Società da tali condotte che non può renderle "giustificabili" nemmeno nell'attuale contingenza di crisi economica generale.

80. Valutazioni analoghe di aggressività possono essere svolte in merito alla fruizione dei *voucher*. Infatti, molti consumatori che hanno cercato di utilizzare il *voucher* – emesso automaticamente o surrettiziamente in sostituzione del rimborso monetario – si sono visti decurtare una parte del valore dello stesso qualora non usato integralmente per l'acquisto di nuovi voli. Quest'ultimo comportamento appare particolarmente lesivo dei diritti dei consumatori, in quanto idoneo a vanificare l'esercizio pieno dei diritti post-vendita, creando un impedimento concreto e non giustificato da ragionevoli obiettivi commerciali del Vettore.

81. Il *voucher*, quale misura compensativa dell'importo pagato per un volo poi cancellato dal vettore, deve poter essere utilizzato nella sua interezza, anche in più volte, qualora il consumatore non riesca con un acquisto successivo ad utilizzarlo interamente. La natura "monouso" del *voucher* affermata (e non contestata) dal vettore contrasta con i canoni di diligenza e correttezza che dovrebbero contraddistinguere l'operato di un professionista. Tale principio, che dovrebbe avere valenza generale, trova in una situazione come quella derivante dall'emergenza sanitaria ancora maggior fondatezza, stante la natura irrinunciabile dei diritti riconosciuti ai consumatori da parte della normativa vigente e da tutti gli obblighi dalla stessa imposti a carico dei vettori ed a favore dei consumatori[26].

82. Pertanto, è evidente che, anche in tale ultima ipotesi, Volotea non abbia rispettato le vigenti prescrizioni di riferimento a tutela dei consumatori-viaggiatori nella parte in cui viene imposta alle imprese la restituzione dell'importo integrale del biglietto "*senza ulteriori oneri*" per il passeggero che abbia comunque subìto la soppressione del volo ad opera del Vettore.

83. Sempre in merito all'utilizzo del *voucher*, appaiono ingiustificati e quindi aggressivi i rifiuti di riconoscere il rimborso monetario alla scadenza del relativo periodo di validità.

---

[26] Infatti l'art. 15 "Irrinunciabilità" del Regolamento 261/2004 recita "1. Gli obblighi nei confronti dei passeggeri stabiliti dal presente regolamento non possono essere oggetto di restrizioni o rinuncia, in particolare per effetto di clausole derogatorie o restrittive del contratto di trasporto.
2. Qualora una clausola restrittiva o derogatoria sia applicata contro un passeggero o se costui non sia stato correttamente informato dei suoi diritti ed abbia pertanto accettato una compensazione inferiore a quella prevista dal presente regolamento, il passeggero ha comunque il diritto di avviare le necessarie procedure dinanzi ai tribunali od organi competenti per ottenere una compensazione integrativa".

84. Infine, analoghe considerazioni in merito all'aggressività possono essere svolte anche per la successiva condotta posta in essere dal Vettore al riaggravarsi della situazione sanitaria e alla necessità per molti consumatori di annullare i biglietti aerei in quanto impossibilitati a recarsi in zone del territorio nazionale o extranazionale interdetto per le restrizioni sanitarie locali. Infatti, come risulta dalle segnalazioni acquisite agli atti del fascicolo, molti consumatori non hanno ricevuto alcuna forma di ristoro a seguito dell'annullamento del volo, così violando altresì quanto previsto dall'art. 88-*bis*, commi 1-3 del D.L. n. 18/2020, ai sensi del quale il professionista è tenuto a ristorare il consumatore nel caso in cui quest'ultimo rinunci al volo per i motivi legati all'emergenza sanitaria; individuati nella previsione normativa.

85. Nel caso in esame, pertanto, rilevano le condotte commerciali adottate da Volotea attinenti alla complessiva attività di assistenza post-vendita fornita dalla Società alla propria clientela, nel medesimo periodo, a seguito della soppressione dei voli. In particolare, il professionista ha implementato molteplici condotte, consistenti nella fornitura di informazioni lacunose e intempestive sulla cancellazione dei servizi e sui diritti spettanti alla clientela in caso di soppressione delle voli, nella proposta immediata del *voucher* sostitutivo in luogo del rimborso in denaro, nell'applicazione di oneri ulteriori ed imprevisti ostacoli all'utilizzo successivo del *voucher*, le quali hanno determinato una limitazione e riduzione dei diritti spettanti ai consumatori.

Conclusioni

86. Per tutto quanto sin qui osservato, non si riscontra, nel caso di specie, il normale grado di diligenza professionale richiesto dall'articolo 20, comma 2, del Codice del Consumo, ossia quel grado di specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente ci si può attendere avuto riguardo alla qualità del Professionista e alle caratteristiche dell'attività svolta, con riferimento alle modalità inadeguate con cui ha gestito la complessiva assistenza post-vendita alla clientela incisa dalla cancellazione unilaterale del viaggio acquistato ovvero che vi ha dovuto rinunciare per motivi legati all'emergenza sanitaria e alle limitazioni alla circolazione. Le condotte sopra esaminate appaiono configurare, pertanto, una pratica scorretta in occasione della quale il professionista ha sfruttato indebitamente la giustificazione relativa all'emergenza epidemiologica per limitare i diritti dei consumatori, i quali avrebbero dovuto essere adeguatamente informati ed assistiti nonché prontamente rimborsati in caso di cancellazione del volo. Inoltre, il professionista ha posto in essere una serie di comportamenti volti ad ostacolare la successiva fruizione dei medesimi *voucher*, che hanno determinato, di fatto, la perdita del ristoro economico precedentemente ricevuto. Pertanto, come sopra ampiamente illustrato, si tratta di una pratica non solo ingannevole ed omissiva ma anche connotata da specifici profili di aggressività, in violazione degli artt. 20, 21, comma 1, lettere a) e *b*), 22, 24 e 25 del Codice del Consumo.

VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

87. Ai sensi dell'articolo 27, comma 9, del Codice del Consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

88. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'articolo 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera

svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

89. Ai fini della gravità dell'infrazione si tiene sempre conto della i) dimensione economica del Professionista; ii) dell'ampia diffusione della pratica commerciale – idonea a ledere i diritti di tutti i passeggeri che hanno acquistato un biglietto aereo da Volotea; iii) dell'entità del pregiudizio economico derivante ai consumatori, con riguardo al mancato viaggio, all'esborso pur sostenuto per il pagamento del relativo biglietto e alle limitazioni previste per l'utilizzo del *voucher*; iv*)* la pluralità di profili di illiceità riscontrati nella pratica medesima; v) l'aver sfruttato indebitamente la contingente situazione di emergenza sanitaria, prospettandola a sistematica giustificazione delle cancellazioni autonomamente operate.

90. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi acquisiti agli atti risulta che la pratica commerciale è stata posta in essere dal mese di giugno e fino al 31 luglio 2020 avuto riferimento ai comportamenti relativi alle comunicazioni inviate ai passeggeri per le cancellazioni unilaterali dei voli contenenti la proposta del solo *voucher* quale modalità di ristoro e agli ostacoli alle richieste di rimborso, mentre la condotta che si è concretizzata nella frapposizione di ostacoli all'utilizzo del *voucher* - consistenti nelle modalità, caratteristiche e tempistica di utilizzo dello stesso nonché nel mancato rimborso alla sua scadenza - risulta ancora in corso, come evidenziato dalle più recenti segnalazioni dei consumatori[27].

91. Sulla base di tali elementi, si ritiene di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Volotea S.L. nella misura di 2.000.000 € (duemilioni di euro).

92. Tuttavia, in considerazione della presenza di alcune circostanze attenuanti, quali: i) la grave perdita economica relativa all'esercizio chiuso nel 2020, e la perdurante riduzione dei ricavi nel periodo successivo[28]; ii) il contesto – operativo ed economico - eccezionale in cui la Società è venuta ad operare per effetto del diffondersi, nel periodo in contestazione, dell'epidemia da *Covid-19*; iii) l'implementazione anticipata, nel corso dell'istruttoria, di alcune misure migliorative, idonee ad attenuare le conseguenze pregiudizievoli delle condotte illecite nei confronti dei consumatori - si ritiene congruo di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Volotea S.L. nella misura di 1.400.000 € (unmilionequattrocentomila euro).

RITENUTO, altresì, sulla base del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale risulta scorretta, ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1, lettere *a*) e *b*), 22, 24 e 25 del Codice del Consumo, in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea, mediante adozione di modalità ingannevoli e aggressive, a ostacolare l'assistenza post-vendita ai passeggeri a seguito della cancellazione unilaterale di servizi di trasporto offerti, in modo da falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio in relazione ai servizi offerti dal Professionista;

---

[27] Segnalazione del 9 febbraio 2021 prot. n. 19610 e segnalazione dell'8 marzo 2021 prot. n. 27038. Da ultimo a mero titolo di esempio segnalazione del 22 marzo 2021 prot. n. 31211.

[28] Cfr. memoria Volotea del 24 marzo 2021.

DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II, del presente provvedimento, posta in essere dalla società Volotea S.L., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta e aggressiva ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1, lettere *a*) e *b*), 22, 24 e 25 del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

b) di irrogare alla società Volotea S.L. una sanzione amministrativa pecuniaria di 1.400.000 € (unmilionequattrocentomila euro);

c) che il Professionista comunichi all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui al punto a).

La sanzione amministrativa irrogata deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, tramite bonifico (in euro) a favore dell'Erario, utilizzando il codice IBAN IT04A0100003245348018359214 (codice BIC: BITAITRRENT), che corrisponde alla terna contabile 18/3592/14.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a 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.
Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

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

Ai sensi dell'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza al provvedimento, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

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 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
Filippo Arena

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

IP339 - LAZIO-CLAUSOLE RIMBORSO BIGLIETTI
Provvedimento n. 29656

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 4 maggio 2021;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la Parte II, Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n.206, recante *"Codice del Consumo"* e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO l'art. 37 *bis,* comma 2, del Codice del Consumo in base al quale in caso di inottemperanza alle disposizioni di cui al comma 1 del medesimo articolo, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTO l'art. 19 del "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*" (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015;

VISTA la propria delibera n. 28418 del 20 ottobre 2020, con la quale l'Autorità ha accertato, limitatamente ai rapporti contrattuali tra la S.S. Lazio S.p.A. e i consumatori, la vessatorietà delle clausole di cui alle lettere A e C delle "*Condizioni di sottoscrizione dell'abbonamento"* predisposte dal professionista per la stagione 2019/20, nonché ha disposto la pubblicazione di un estratto del provvedimento sul sito dell'Autorità e su quello della S.S. Lazio S.p.A. (*www.sslazio.it*);

VISTA la propria delibera n. 28550 del 2 febbraio 2021, con la quale l'Autorità ha avviato il procedimento di inottemperanza nei confronti della S.S. Lazio S.p.A. per violazione dell'art. 37 *bis,* comma 2, del Codice del Consumo, in ordine all'omessa pubblicazione dell'estratto della citata delibera dell'Autorità n. 28418 del 20 ottobre 2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

Premessa

1. Con provvedimento n. 28418 del 20 ottobre 2020, l'Autorità ha accertato nei confronti della S.S. Lazio S.p.A. (di seguito anche "Lazio") la vessatorietà delle clausole di cui alle lettere A e C presenti nelle "*Condizioni di sottoscrizione dell'abbonamento"* per la stagione 2019/20 da essa predisposte, ai sensi degli articoli 33, commi 1 e 2, *lett. b*), 34, comma 1, e 35, comma 1, del Codice del Consumo.
2. Con medesimo provvedimento, l'Autorità ha disposto, ai sensi dell'articolo 37 *bis*, comma 2, del Codice del Consumo e dell'articolo 23, comma 8, del Regolamento, la pubblicazione per trenta giorni di un estratto del citato provvedimento sul sito della società, www.sslazio.it. Nel provvedimento è stato assegnato alla Lazio un termine pari a trenta giorni per dare seguito alla pubblicazione dell'estratto.
3. Il provvedimento n. 28418 del 20 ottobre 2020 è stato comunicato alla Lazio in data 12 novembre 2020.

4. Anche a seguito dell'ordinanza, pubblicata in data 15 gennaio 2021, con la quale il Tar del Lazio ha rigettato la domanda della Parte di sospensione cautelare dell'efficacia del predetto provvedimento, la Lazio non ha pubblicato l'estratto del provvedimento sul proprio sito *web.*
5. Pertanto, l'Autorità, con provvedimento n. 28550 del 2 febbraio 2021, ha ritenuto sussistenti i presupposti per contestare l'inottemperanza nei confronti della Lazio, deliberando l'avvio del relativo procedimento.
6. Il predetto provvedimento di avvio dell'inottemperanza è stato regolarmente comunicato alla Lazio in data 10 febbraio 2021.
7. Con ordinanza pubblicata l'11 marzo 2021, il Consiglio di Stato ha accolto l'appello della Parte avverso l'ordinanza del Tar del Lazio di reiezione della domanda cautelare *"ai soli fini della sollecita fissazione dell'udienza di merito in primo grado*". Anche a seguito di tale ordinanza, la Lazio non ha pubblicato l'estratto del provvedimento sul proprio sito *web.*
8. In data 15 marzo 2021, la Lazio ha affermato che il Consiglio di Stato avrebbe *"accolto il ricorso annullando l'ordinanza del TAR che aveva negato la misura cautelare*", rappresentando, al contempo, di voler *"attendere l'esito della vertenza dinanzi al Tar, sospendendo il procedimento sanzionatorio, per evitare atti che potrebbero rivelarsi inutili".*

Valutazioni

9. Diversamente da quanto argomentato dalla Parte, il Consiglio di Stato non ha sospeso il provvedimento né nella parte relativa all'accertamento della vessatorietà né in quella relativa alla pubblicazione dell'estratto, bensì si è limitato ad accogliere l'appello della Parte *"ai soli fini della sollecita fissazione dell'udienza di merito in primo grado*".
10. Sulla base degli elementi in atti, dunque, il comportamento posto in essere dalla S.S. Lazio S.p.A. costituisce inottemperanza alla delibera n. 28418 del 20 ottobre 2020, in quanto essa non ha adempiuto all'ordine di pubblicazione dell'estratto del provvedimento di accertamento della vessatorietà.

Quantificazione della sanzione

11. Ai sensi dell'art. 37 *bis*, comma 2, del Codice del Consumo, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.
12. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.
13. Con riguardo alla gravità rileva il fatto che, ai sensi dell'articolo 37 *bis*, comma 2, del Codice del Consumo, la pubblicazione è l'unico strumento che assiste l'accertamento della vessatorietà, in assenza della possibilità di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie. Pertanto, l'inottemperanza all'ordine di pubblicazione ha l'effetto di privare i consumatori del diritto di essere informati compiutamente in merito alle clausole accertate come vessatorie, contravvenendo così alla *ratio* della norma sopra richiamata.

Quanto alle condizioni economiche dell'impresa, giova osservare che la stessa ha chiuso l'esercizio al 30 giugno 2020 con una perdita di circa 13 milioni di euro.
14. In merito alla durata della violazione, deve considerarsi il fatto che, dai trenta giorni successivi alla data di comunicazione del provvedimento (12 novembre 2020) a tutt'oggi, sussiste l'assoluta inottemperanza all'ordine di pubblicazione dell'estratto del provvedimento, disposto dall'Autorità ai sensi dell'articolo 37 *bis*, comma 2, del Codice del Consumo.
15. Considerati tali elementi, ai sensi dell'articolo 37 *bis*, comma 2, del Codice del Consumo, si ritiene di irrogare alla S.S. Lazio S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 30.000 € (trentamila euro).

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

a) che il comportamento della S.S. Lazio S.p.A., consistito nel non aver pubblicato l'estratto del provvedimento dell'Autorità n. 28418 del 20 ottobre 2020, costituisce inottemperanza a quanto in esso disposto;

b) di irrogare alla S.S. Lazio S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 30.000 € (trentamila euro).

La sanzione amministrativa irrogata deve essere pagata entro il termine di trenta 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 a 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'art. 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.
Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento verrà 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'art. 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'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'art. 8 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
Filippo Arena

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

PS11865 - RYANAIR/CANCELLAZIONE VOLI POST-COVID
Provvedimento n. 29665

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA dell'11 maggio 2021;

SENTITO il Relatore, Professor Michele Ainis;

VISTA la Parte II, Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*" (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015, n. 25411;

VISTO il proprio provvedimento del 20 ottobre 2020, con il quale è stata deliberata la non adozione della misura cautelare, ai sensi dell'articolo 27, comma 3, del Codice del Consumo;

VISTO il proprio provvedimento del 16 marzo 2020, con il quale, ai sensi dell'articolo 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, per particolari esigenze istruttorie;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LE PARTI

1. Ryanair DAC, (di seguito, anche "Ryanair" o "Professionista" o "Società" o "Vettore"), in qualità di Professionista, ai sensi dell'articolo 18, comma 1, lettera *b*), del Codice del Consumo. La società è il principale operatore attivo nel settore dei servizi *low cost* di trasporto aereo, su rotte nazionali ed internazionali. In base all'ultimo documento contabile disponibile, la Società ha realizzato nell'esercizio annuale, chiuso il 31 marzo 2020, un fatturato pari a oltre 8 miliardi di euro[1].

2. Le associazioni di consumatori ADUC, in qualità di segnalante e le associazioni U.Di.Con. e ALTROCONSUMO, in qualità di intervenienti.

II. LE PRATICHE COMMERCIALI

3. Il procedimento concerne alcune condotte poste in essere dalla Società a partire dal 3 giugno 2020, connesse alle limitazioni alla circolazione conseguenti all'epidemia da Covid-19 e concernenti l'offerta di servizi di trasporto nonché le complessive modalità di assistenza post-vendita rese a seguito di cancellazione unilaterale, da parte del medesimo Vettore, di voli già prenotati e regolarmente pagati dalla clientela.

4. In particolare, le condotte contestate al professionista relative alla pratica A) consistono in:

a) aver reso informazioni – rivolte sia alla generalità dei consumatori, sia ai singoli utenti – lacunose e ambigue, (i) sulle cause di cancellazione dei voli dopo il 3 giugno 2020, giustificando in particolare

[1] Dato estratto dal documento contabile depositato dalla società in allegato alla memoria del 6 aprile 2021.

tali cancellazioni con motivi legati all'emergenza epidemica, pur non sussistendo più limitazioni alla circolazione, e fornendo informazioni inadeguate circa le medesime cancellazioni; (ii) sui diritti effettivamente spettanti per i passeggeri incisi dalla cancellazione disposta dal medesimo Vettore, omettendo di prospettare in adeguata e principale evidenza la possibilità di rimborso in denaro – come prevista dal Reg. (CE) n. 261/2004 – ed anzi proponendo in via esclusiva un *voucher* sostitutivo, quale possibile e dovuto ristoro.
b) aver creato notevoli difficoltà di contatto con i servizi di assistenza alla clientela, proprio nel periodo in cui procedeva ad effettuare un numero significativo di cancellazioni, non rispondendo alle richieste di informazioni e non fornendo adeguate informazioni sull'utilizzo dei *voucher*.
c) aver ostacolato il riconoscimento dei loro diritti, non consentendo l'utilizzo integrale del *voucher*, non prevedendo agevoli forme di rimborso alla scadenza del *voucher* medesimo e, specificamente, per i *voucher* emessi nel periodo emergenziale, non prevedendo una durata di diciotto mesi come previsto dall'art. 88-*bis* del D.L 18/2020 (c.d. Decreto Cura Italia).
d) anche dopo il 6 novembre 2020, aver continuato a frapporre ostacoli ai consumatori non riconoscendo un ristoro per gli annullamenti dei voli richiesti dagli stessi, in contrasto con quanto disposto dalla pertinente disciplina emergenziale e ponendo limitazioni ed oneri all'utilizzo dei *voucher* già rilasciati.
5. Relativamente alla pratica B), Ryanair ha diffuso nel periodo giugno 2020 - gennaio 2021 una campagna pubblicitaria con la quale ha invitato i consumatori all'acquisto dei propri servizi di trasporto aereo, prospettando la possibilità di cambiare i voli senza il pagamento di alcuna penale o supplemento, mentre risultava che il prezzo del biglietto applicato per il caso di cambio volo fosse più elevato di quello normalmente in vendita al medesimo momento. Non veniva altresì indicata un'importante limitazione della medesima promozione, ovvero che il cambio volo dovesse essere effettuato fino a sette giorni prima della partenza, altrimenti si sarebbe dovuta comunque pagare la penale per cambio volo.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) L'iter del procedimento

6. In base a numerose segnalazioni giunte a partire dal mese di giugno 2020, e all'esito dell'analisi delle informazioni acquisite ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo in relazione alle pratiche commerciali sopra descritte, in data 24 settembre 2020 è stato comunicato al Professionista l'avvio del procedimento istruttorio PS11865 per presunta violazione degli artt. 20, 21, comma 1, lettere *a)* e *b*), 22, 23, comma 1, lettera *e*), 24 e 25 del Codice del Consumo.
7. Contestualmente alla comunicazione di avvio del procedimento istruttorio, Ryanair DAC è stata invitata, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Regolamento, a presentare memorie e documenti utili alla valutazione dei presupposti per l'eventuale sospensione provvisoria delle condotte. Ivi, al contempo, è stato chiesto al professionista, ai sensi dell'articolo 27, commi 3 e 4, del Codice del Consumo e dell'articolo 12, comma 1, del Regolamento, di fornire informazioni e relativa documentazione utili alla valutazione dei comportamenti contestati.
8. In data 28 settembre 2020, la Società ha chiesto una proroga del termine per il deposito di una memoria per la valutazione dell'eventuale sospensione provvisoria della pratica ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Regolamento.

9. Il 29 settembre 2020, il Professionista ha presentato istanza di accesso agli atti del fascicolo istruttorio, riscontrata lo stesso giorno con invio tramite p.e.c. degli atti presenti nel fascicolo. La società, inoltre, a seguito di altrettante istanze, ha avuto accesso al fascicolo, con le medesime modalità anche nelle date del 22 gennaio, del 1° marzo, 17 e 18 marzo 2021.
10. Il 30 settembre 2020 è giunta, da parte dell'associazione di consumatori Altroconsumo, un'istanza di partecipazione al procedimento istruttorio. L'accoglimento della stessa è stato comunicato ad Altroconsumo e alle altre Parti in data 6 ottobre 2020.
11. Il 13 ottobre 2020 è giunta, da parte dell'associazione di consumatori U.Di.Con., un'istanza di partecipazione al procedimento istruttorio. L'accoglimento della stessa è stato comunicato a U.Di.Con. e alle altre Parti in data 21 ottobre 2020.
12. Il 6 ottobre 2020, sono giunti i riscontri documentali di Ryanair alla richiesta di informazioni, formulata in sede di avvio, unitamente ad una memoria difensiva.
13. Il 15 ottobre 2020 sono pervenute da parte di Ryanair ulteriori informazioni integrative delle precedenti. Nell'ambito della memoria del 6 ottobre, Ryanair ha prodotto una nota volta a fornire elementi utili per la valutazione dell'eventuale sospensione provvisoria della pratica ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Regolamento. In particolare, il Professionista ha rappresentato l'adozione di una serie di misure volte a risolvere i profili contestati e a far venir meno i presupposti per l'adozione di un provvedimento cautelare.
14. Il 22 ottobre 2020 è stato trasmesso alla Società il provvedimento con cui l'Autorità, nell'adunanza del 20 ottobre 2020, ha ritenuto di non adottare alcuna misura cautelare nei confronti del Professionista in ragione della ravvisata insussistenza del *periculum in mora* e in considerazione dell'adozione, da parte della Società, delle misure comportamentali indicate nella comunicazione del 6 ottobre 2020.
15. Il 10 novembre 2020, ai sensi dell'articolo 27, comma 7, del Codice del Consumo, il Professionista ha presentato impegni volti a rimuovere i profili di scorrettezza della pratica commerciale oggetto di contestazione.
16. Tali impegni sono stati rigettati dall'Autorità, nella sua adunanza del 15 dicembre 2020, in ragione della potenziale gravità delle condotte e della inidoneità delle misure a cessare tutte le condotte contestate. Del rigetto è stata data comunicazione al Professionista in data 17 dicembre 2020.
17. In data 7 gennaio 2021 è stato chiesto alla società Mediaset S.p.A., in qualità di proprietario del mezzo di diffusione, l'invio dello *spot* televisivo di Ryanair diffuso dalle emittenti televisive facenti capo alla citata società. Mediaset S.p.A. ha dato riscontro alla richiesta in data 11 gennaio 2021 con l'invio dello spot diffuso dal proprio canale televisivo Italia 1, in data 5 gennaio 2021, alle ore 23 circa.
18. In data 26 febbraio 2021, è stata comunicata alle Parti, ai sensi dell'articolo 16, comma 1, del Regolamento, la data di conclusione della fase istruttoria. Il 9 marzo 2021, il Professionista ha presentato istanza di proroga del termine finale dell'istruttoria. L'Autorità, nell'adunanza del 16 marzo 2021, ha accolto l'istanza di differimento ed ha prorogato di venti giorni il termine finale del procedimento, dandone comunicazione alle Parti.
19. Il 2 aprile 2021, Ryanair ha depositato una memoria conclusiva, protocollata in data 6 aprile 2021.

2) Le evidenze acquisite

20. Da numerose segnalazioni, acquisite agli atti e pervenute durante tutto il corso del procedimento, è emerso quanto segue.

Pratica A: le cancellazioni dei voli, la mancata assistenza alla clientela, il rilascio del voucher e gli ostacoli al riconoscimento del rimborso monetario

La cancellazione dei voli

21. Dai dati forniti dal Professionista nella risposta alla richiesta di informazioni formulata in sede di avvio, emerge che Ryanair ha cancellato circa 18.000 voli nel mese di giugno 2020, circa 14.000 a luglio 2020, circa 10.000 ad agosto 2020 e circa 13.000 a settembre 2020[2].

22. Molteplici denunce di consumatori hanno riferito la cancellazione unilaterale del servizio da parte del medesimo professionista per ragioni legate all'emergenza epidemica da coronavirus[3].

23. A titolo esemplificativo, alcune delle tratte interessate da cancellazioni e modifiche dei voli sono state le seguenti:

- Pisa – Dublino A/R dell'11 e 17 agosto
- Roma – Palermo del 30 maggio
- Palermo – Roma del 13 luglio
- Cagliari – Verona A/R dell'1 e 6 agosto
- Milano – Palermo A/R del 10 e 20 agosto
- Napoli – Cracovia A/R del 5 e 26 agosto
- Milano Malpensa - Palermo A/R del 13 e 14/06
- Atene – Roma del 4 settembre
- Malaga – Milano del 2 settembre
- Brindisi - Lourdes e Madrid- Brindisi
- Milano –Dublino A/R del 2 e 7 settembre
- Bologna – Catania A/R del 21e 30 luglio.

24. Un consumatore ha segnalato che i voli, relativamente ai quali ha ricevuto comunicazione di annullamento (si tratterebbe di 3 diversi voli A/R da Cagliari a Milano), sarebbero stati regolarmente acquistabili sul sito *internet* di Ryanair[4]. Un altro consumatore ha segnalato che, dopo aver ricevuto una comunicazione di cancellazione del volo ed aver conseguentemente provveduto alla richiesta di rimborso e all'acquisto di un nuovo biglietto, è stato successivamente notiziato del fatto che "*il volo non è cancellato ma opererà come da programma*", con l'evidente conseguenza che la richiesta di rimborso dallo stesso formulata non è stata presa in carico[5].

25. Un altro consumatore ha segnalato di aver ricevuto da Ryanair, a maggio 2020, notizia della cancellazione "causa Covid" del volo Roma-Palermo in programma per il 18 luglio 2020 quando per la Sicilia ancora non esistevano limitazioni agli spostamenti[6].

---

[2] Cfr. Allegato 1 alla risposta alla richiesta di informazioni del 15 ottobre 2020, prot. n. 76412.

[3] Cfr. a titolo di esempio, segnalazione prot. n. 47362 del 17 giugno 2020; segnalazione prot. 49583 del 20 giugno 2020; segnalazione prot. 50369 del 26 giugno 2020.

[4] Cfr. segnalazione prot. 51868 del 2/7/2020.

[5] Cfr. segnalazione prot. 50369 del 26/6/2020.

[6] Cfr. segnalazione prot. 47362 del 17/6/2020.

Il rilascio del voucher e le modalità di utilizzo

26. Un consumatore[7] ha segnalato che, al momento della comunicazione della cancellazione del volo causa Covid-19 con *e-mail* datata 11 giugno 2020, Ryanair ha prospettato la possibilità di modificare il volo o di richiedere un rimborso totale di tutti i voli facenti parte della medesima prenotazione, dichiarando che lo stesso sarebbe stato elaborato entro sette giorni lavorativi (o il prima possibile a causa dell'emergenza Covid-19) sulla stessa forma di pagamento usata per la prenotazione originale. In data 17 giugno 2020, con un'altra *e-mail*, Ryanair ha proposto un *voucher* pari all'importo corrisposto di 967,92 euro facendo presente al consumatore che, qualora non desiderasse accettare questa opzione e preferisse richiedere il rimborso sulla forma di pagamento originale, avrebbe potuto contattare la compagnia al *link* indicato nella *e-mail*. Il segnalante fa presente però che il *link* riportava su una pagina dove erano spiegate tutte le caratteristiche del *voucher*, ma non erano spiegate le modalità per richiedere il rimborso, e che il servizio ChatBox non funzionava.

Gentile cliente,

siamo spiacenti di comunicarti che a seguito dell'impatto del COVID-19, Ryanair è stata costretta a cancellare il/i tuo/i volo/i FR9434 in partenza da Dublino per Roma Ciampino il giorno 19ago20.Ti invitiamo a informare eventuali passeggeri che viaggiavano con te.

Stiamo provvedendo a informare ciascun cliente riguardo alla possibilità di scegliere tra il rimborso totale del costo del biglietto o l'imbarco su un volo alternativo, con la dovuta assistenza (consulta le informazioni riportate di seguito).

1.Modifica un volo cancellato (gratuita)

A causa dell'emergenza COVID-19, offriamo ai nostri clienti la

[7] Cfr. ad esempio segnalazione prot. 47787 del 18/6/2020.

possibilità di modificare il volo cancellato mantenendo inalterata la rotta e volando in un'altra data o orario, oppure su qualsiasi altra rotta della nostra rete nei 90 giorni precedenti o successivi alla data del volo cancellato. Non sono previste penali di modifica e non è necessario corrispondere alcuna differenza tariffaria. **Cliccla qui** per modificare gratuitamente il tuo volo.

In alternativa, puoi contattare il nostro **Team di assistenza clienti** durante gli orari di apertura o recarti alla biglietteria in aeroporto ed esercitare il diritto all'imbarco su un volo alternativo per la tua destinazione, in condizioni di trasporto analoghe, alla prima opportunità o in una data successiva a tuo piacimento, compatibilmente con la disponibilità dei posti. Il nostro **Team di assistenza clienti** può anche fornire assistenza su opzioni di imbarco su un volo alternativo, come ad esempio per l'imbarco anticipato con una compagnia aerea diversa, piuttosto che treni, autobus o noleggio auto.

Qualora tali servizi di assistenza non ti venissero forniti anche se ne hai diritto, conserva tutte le ricevute delle spese sostenute. Potrai inviarle a Ryanair per richiederne il rimborso.

2. Richiedi un rimborso

Se desideri annullare la tua prenotazione e richiedere il rimborso totale del/i volo/i inutilizzato/i, clicca su https://schdchng.ryanair.com//Refund?m=20061118-0404-859f-1aa2-2fc4a44f0691&mc=2363&lg=IT&p=4 e inserisci le informazioni relative alla tua prenotazione. I rimborsi saranno elaborati entro 7 giorni lavorativi (o il prima possibile a causa dell'emergenza COVID-19) con la stessa forma di pagamento usata per la prenotazione originale.

In allegato un documento in cui sono riportati tutti i tuoi diritti secondo la normativa UE 261/2004.

Avendo ricevuto la notifica di cancellazione con più di 14 giorni d'anticipo rispetto alla data di partenza, non hai diritto ad alcun

risarcimento previsto dalla normativa UE 261.

Per ulteriori informazioni sulla cancellazione dei voli o sui ritardi, clicca

clicca qui.

Ci scusiamo ancora una volta per il disagio causato.

27. Altri consumatori hanno segnalato che a seguito della cancellazione del volo veniva proposto un "*rimborso*" sotto forma di *voucher*, mentre per ottenere un rimborso monetario veniva offerta la sola possibilità di utilizzare il canale telefonico, non essendo invece prevista un'analoga modalità *online* o un indirizzo *e-mail* al quale scrivere o un altro canale di assistenza a cui rivolgersi, peraltro preavvisando che "*il tempo di elaborazione del rimborso potrebbe essere più lungo del normale*". Molti consumatori che avevano scelto di ricevere il rimborso hanno lamentato invece i ritardi ed i tempi lunghissimi previsti dal vettore per ottenere il rimborso[8].

Gentile cliente,

Ci scusiamo per gli eventuali disagi causati dalla cancellazione del volo.

Il tempo di elaborazione per i rimborsi risulta essere più lungo del normale, in quanto stiamo elaborando un volume di cancellazioni 1.000 volte superiore alla norma a causa della crisi Covid-19.

Offriamo ai clienti voucher di viaggio in quanto questi sono generati automaticamente e forniscono un'alternativa immediata in confronto all'attesa del rimborso. Questo voucher può essere utilizzato su oltre 1.000 voli giornalieri a partire dal 1° luglio. Inoltre i nostri voli per l'estate 2021 sono già in vendita.

28. In alcuni casi, i consumatori hanno lamentato di aver ricevuto un *voucher* pur avendo formulato espressa richiesta di rimborso in denaro[9]; altri, invece, hanno segnalato di non aver ricevuto alcuna risposta in seguito alle richieste di rimborso in denaro, avendo rifiutato il *voucher*, emesso da Ryanair[10]. Molte segnalazioni di consumatori hanno evidenziato di essere ormai in attesa da più di un anno del rimborso del biglietto aereo cancellato dalla compagnia o annullato dal passeggero a

[8] Cfr. ad esempio segnalazione prot. 68801 del 14/9/2020.

[9] Cfr. segnalazioni prot. nn. 52676 del 3/7/2020 e 66383 del 2/9/2020.

[10] Cfr. segnalazione prot. n. 61264 del 3/8/2020, prot. 68801 del 14/9/2020 e prot. 12052 del 13/1/2021.

causa dell'emergenza sanitaria, e di non avere ricevuto alcuna informazione in merito allo stato della pratica nonostante i numerosi solleciti[11]. Un altro consumatore, ancora, ha evidenziato che a seguito dell'aumento dei contagi da Covid-19, nel mese di giugno 2020, avendo deciso di non viaggiare, ha avuto dal Professionista la sola possibilità di effettuare il cambio volo, pagando una tariffa più elevata, perché quest'ultimo non rilasciava il *voucher* né riconosceva il rimborso monetario del biglietto.[12]

29. Un consumatore ha segnalato di avere acquistato un biglietto per un volo Budapest-Odessa dell'11 luglio 2020 ma, a seguito dell'entrata in vigore, in quei giorni, di un decreto vietava lo spostamento per turismo al di fuori dei paesi UE, ha chiesto a Ryanair il rimborso del biglietto. Il Professionista, tuttavia, ha rifiutato il rimborso monetario, non ha rilasciato un *voucher* e ha consentito la riprogrammazione del volo in un'altra data solo dietro pagamento di una penale più costosa dell'importo del biglietto, con la conseguenza che il consumatore ha preferito perdere l'importo speso per l'acquisto del biglietto[13].

30. Un altro consumatore ha segnalato che, avendo acquistato un biglietto di andata e ritorno per la Danimarca, non ha potuto effettuare il viaggio programmato a seguito della chiusura dei voli da parte delle autorità danesi e, a seguito di ciò, avendo richiesto a Ryanair il rimborso del biglietto, ha ottenuto da quest'ultima solo un rimborso parziale senza alcuna spiegazione[14]. Un ulteriore consumatore ha segnalato di aver acquistato quattro biglietti aerei di andata e ritorno per la tratta Napoli-Copenaghen per un totale di € 1.123,92 per il periodo 8 agosto/18 agosto 2020; Ryanair ha annullato il volo causa Covid-19 offrendo un *voucher* in cambio. Alla risposta del consumatore di non essere interessato al *voucher* ma di volere la restituzione della somma pagata per l'acquisto dei biglietti, Ryanair non ha fornito alcuna risposta[15].

31. Un consumatore ha segnalato poi che Ryanair il 30 luglio 2020 ha cancellato il volo Malaga-Milano, programmato per il 2 settembre con la motivazione: "*Covid-19 e restrizioni governative*". Il consumatore, lo stesso giorno della comunicazione della cancellazione del volo, ha chiesto il rimborso del biglietto, rifiutando il *voucher*, ma il 5 agosto ha ricevuto da Ryanair la comunicazione di aver emesso un *voucher* in modo automatico utilizzabile fino al momento del rimborso. Il consumatore non ha dato seguito a questa comunicazione e, non avendo avuto alcuna risposta in ordine alla richiesta di rimborso, il 18 agosto ha contatto Ryanair tramite la *chat* e l'operatore ha lasciato intendere di essere in attesa di una risposta alla *e-mail* del 5 agosto sul rimborso tramite *voucher*. Il consumatore, quindi, ha confermato nuovamente di non volere il *voucher*, ma ha ricevuto una successiva *e-mail* da Ryanair la quale comunicava che causa Covid-19 i rimborsi sarebbero stati molto lenti e che avrebbe dovuto aspettare a lungo mentre il *voucher* sarebbe stato immediato e attivo fino a rimborso eseguito (cfr. immagine qui di seguito riportata). Il consumatore evidenzia peraltro che il comportamento di Ryanair è in palese contrasto con quanto indicato nel Regolamento

---

[11] Cfr. a titolo di esempio, tra le tante, segnalazione prot. n. 70292 del 18/9/2020, segnalazioni prot. n. 17150 e 17402 del 1°/2/2021 nonché prot. n. 19240 e successiva comunicazione prot. 19320 dell'8/02/2021 e da ultimo segnalazioni del 4/3/2021 prot. 26341 e dell'8 marzo 2021, prot. n. 26914.

[12] Cfr. segnalazione prot. n. 63286 del 10/8/2020.

[13] Cfr. segnalazione prot. n. 61690 del 4/8/2020.

[14] Cfr. segnalazione prot. n. 12737 del 14/01/2021.

[15] Cfr. segnalazione prot. 76497 del 15/10/2020.

(CE) 261/2004, posto che la cancellazione del volo non poteva essere giustificata dalla motivazione "causa COVID" e che, quindi, avrebbe dovuto riceve il rimborso entro sette giorni dalla richiesta del 30 luglio.[16]

Our Ref:J4DIHC

Dear Customer,

I refer to your recent correspondence regarding your booking J4DIHC.

I acknowledge that you do not wish to accept your refund in voucher format at this time and have requested to remain on the cash refund queue. Please note that until such time as you receive your cash refund, your voucher will remain valid and can be used to purchase flights and ancillaries for any future trip you might wish to plan. Please note that our refund processing has been negatively affected by the Covid19 crisis however we will process your refund as soon as possible.

Our priority remains the health and well-being of our people and customers and our communities. Thank you sincerely for your patience and support.

Yours sincerely,
Ryanair Customer Services.

I servizi di assistenza alla clientela

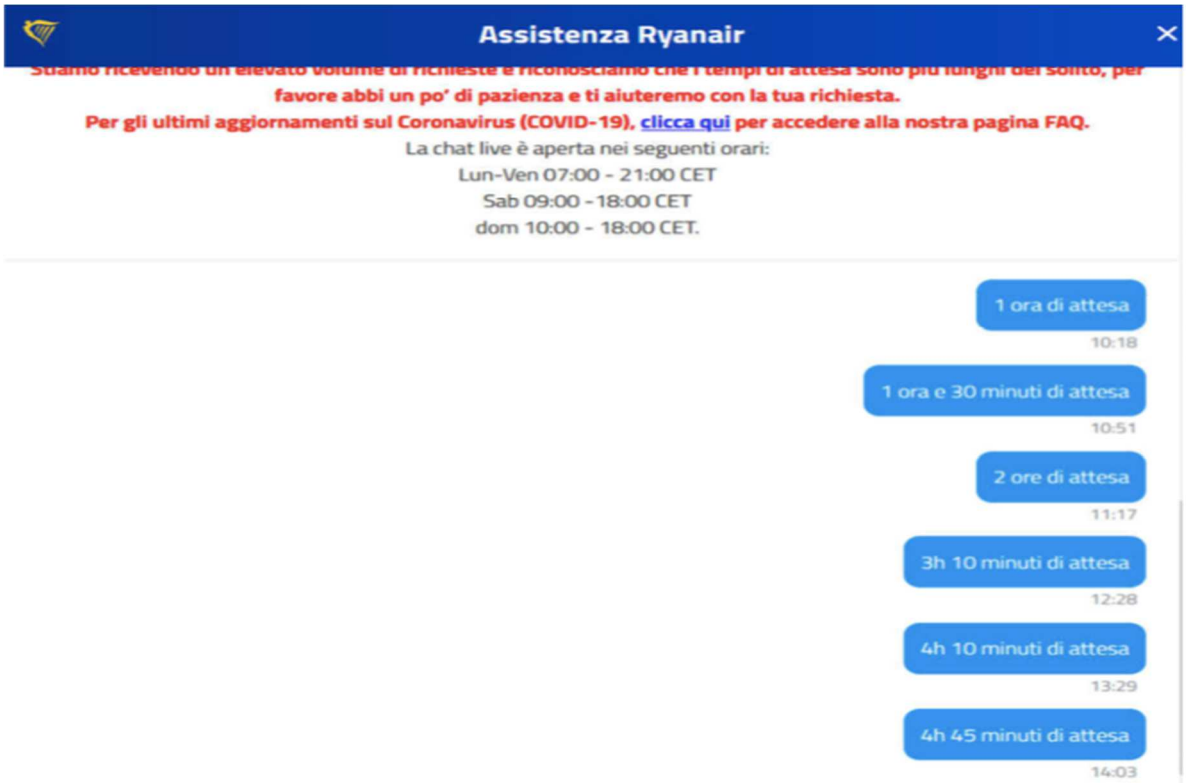
32. Alcuni segnalanti hanno evidenziato che, se in seguito all'annullamento del volo si opta per il cambio della prenotazione o per la richiesta di rimborso, occorre mettersi in contatto con l'assistenza clienti tramite *chat* e, dopo aver completato un *form*, "*si viene automaticamente rinviati al punto di partenza, in cui si legge di restare indefinitamente collegati in attesa di un riscontro dai tempi indefiniti, con ciò di fatto scoraggiando e anzi vanificando la possibilità di cambio di volo*"[17].

33. Numerosi consumatori hanno lamentano di essere riusciti a mettersi in contatto con il *call center* della compagnia aerea con estrema difficoltà o dopo lunghi tempi di attesa al telefono; altri sottolineano che il contatto telefonico indicato per poter modificare la prenotazione è a pagamento

[16] Cfr. segnalazione prot. n. 64388 del 18/8/2020.

[17] Cfr. segnalazione prot. n. 48191 del 19/6/2020 e la segnalazione prot. 61316 del 3/8/2020.

e, conseguentemente, dopo essere rimasti in attesa per un certo tempo, sono portati a desistere dal concludere l'operazione[18].



34. Un'altra segnalazione di un consumatore lamenta "*l'illegittimo comportamento di Ryanair volto ad indurre il consumatore ad accettare un cambio volo*" (citazione testuale) posto che gli altri sistemi di rimborso potevano essere richiesti tramite una telefonata a pagamento. In particolare il consumatore ha fatto presente di aver ricevuto in data 17 agosto 2020 la comunicazione da parte di Ryanair di cancellazione del volo Atene-Roma del 4 settembre 2020 mediante invio di una *e-mail* nella quale, ad avviso del segnalante "maliziosamente", veniva inserito un *link* per accettare il cambio volo e solo scorrendo il messaggio veniva indicata la possibilità di rimborso o cambio volo; per il cambio volo però il consumatore avrebbe dovuto chiamare il servizio di assistenza a pagamento al n. 895.5698769; pertanto effettuava (a pagamento) la chiamata al numero citato e, dopo oltre diciotto minuti senza aver potuto interloquire con alcuno, era costretto a chiudere la chiamata per costo eccessivo della chiamata[19].

---

[18] Cfr. segnalazione prot. 50767 del 30/6/2020 da cui estratta l'immagine e da ultimo, a titolo esemplificativo segnalazione prot. 64338 del 18/8/2020.

[19] Cfr. Segnalazione prot. n. 64288 del 18/8/2020.

Consumi in Italia

Dettaglio dei tuoi consumi voce

Paese	Tipo	Numero	Data e ora	Volume	Importo
Italia	Voce	895 569 8***	18/08/20, 10:28:33	18m 36s	6.73€
Italia	Voce	068 938 6***	18/08/20, 10:14:48	12m 31s	0.00€

¶

35. Un altro consumatore ha segnalato che, nel mese di gennaio 2021, avendo più volte cercato di ricevere, senza successo, assistenza tramite *chat* in merito ad un rimborso per un volo il cui orario di volo era stato modificato dalla compagnia nel mese di novembre 2020, ha cercato di avere informazioni tramite un operatore telefonico ma quest'ultimo gli ha comunicato che avrebbe dovuto chiamare un numero di telefono, a pagamento, di Dublino.[20]

36. Altri consumatori hanno segnalato l'impossibilità di ottenere, tramite *chatbox*, *e-mail* o *call center*, sia un rimborso o un *voucher* sia lo spostamento del volo; l'impossibilità di inviare un reclamo alla *e-mail* dedicata *ryanairen@ryanair.ie*; l'assenza di una sezione dedicata alla risoluzione della problematica[21]; l'onerosità del servizio telefonico di assistenza alla clientela predisposto da Ryanair[22].

Le condotte tenute a novembre 2020 in concomitanza con le nuove restrizioni alla circolazione

37. Ulteriori segnalazioni di consumatori, pervenute a partire dal mese di novembre 2020, evidenziano che Ryanair ha continuato a porre in essere una condotta non in linea con i diritti dei consumatori, non applicando la disciplina emergenziale e non riconoscendo ai consumatori un ristoro in caso di annullamento del viaggio a causa della pandemia da Covid-19. Ad esempio, un consumatore ha segnalato che, avendo dovuto annullare un volo perché positivo al Covid-19, ha ricevuto dalla compagnia aerea un netto rifiuto alla richiesta di rimborso del costo del biglietto[23]. Un altro consumatore ha evidenziato di non riuscire ad ottenere il rimborso monetario in quanto il sistema di richiesta *online* del rimborso continua a chiedere dati già in possesso della compagnia aerea[24]. Al riguardo si evidenzia la nota dell'ENAC con la quale quest'ultima ha richiamato le compagnie aeree che operano da e per il territorio nazionale a rispettare "*l'obbligo di rimborsare i passeggeri con voli programmati sugli aeroporti situati nelle zone rosse e arancioni e che, per motivi indipendenti dalla loro volontà, non possono usufruire del volo*"[25].

38. Altri consumatori hanno segnalato che, avendo acquistato un biglietto per un viaggio da effettuare dopo il 3 novembre 2020 e trovandosi in Regioni dove, successivamente a tale data, sono

---

[20] Cfr. segnalazione prot. n. 11674 del 12/1/2021.

[21] Cfr. segnalazione prot. n. 89466 del 1°/12/2020.

[22] Cfr. in particolare alcune segnalazioni riportate da Federconsumatori nella nota del 16 novembre 2020, prot. n. 84847.

[23] Cfr. segnalazione prot. n. 26084 del 4/3/2021.

[24] Cfr. segnalazione prot. n. 30593 del 19/3/2021.

[25] Cfr. nota Enac dell'11 dicembre 2020, prot. n. 92295, con la quale è stata anche trasmessa la lettera che la stessa ha inviato alle compagnie aeree per ricordare l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 88-*bis* del d.l. n. 18/2020, così come modificato dalla legge di recepimento n. 77/2020, che consente ai vettori di fornire la controprestazione mediante un voucher di pari importo emesso entro quattordici giorni dalla data di esercizio del recesso, valido per diciotto mesi dall'emissione e rimborsabile decorsi dodici mesi dall'emissione.

stati limitati gli spostamenti non necessari come misura di contenimento dell'epidemia di Covid-19, non hanno potuto utilizzare il biglietto a causa di dette restrizioni e non hanno ottenuto da Ryanair quanto previsto dalla normativa emergenziale a titolo di ristoro[26]. Infatti, ai consumatori che hanno richiesto il rimborso del proprio biglietto, Ryanair avrebbe risposto con il seguente messaggio: "*Se ci sta contattando in merito a una sua futura prenotazione e il suo volo programmato è confermato nonostante le restrizioni imposte dal governo, sfortunatamente, in questo caso non le spetta il rimborso*"[27] non riconoscendo la motivazione delle restrizioni alla circolazione a causa del Covid-19 per l'annullamento del volo da parte dei consumatori[28].

39. In particolare un consumatore ha segnalato che, avendo un volo programmato proprio per il giorno di entrata in vigore delle nuove misure di restrizione della circolazione del 3 novembre 2020, ha contattato l'assistenza clienti Ryanair per chiedere il rimborso di quanto pagato per l'acquisto del biglietto, ma la risposta dell'assistenza del Vettore è stata quella di proporre la scelta tra "*viaggiare o modificare il volo pagando la penale prevista e la eventuale differenza tariffaria*"[29].

40. Altri consumatori hanno riferito di aver acquistato da Ryanair, in data 14 ottobre 2020, due biglietti aerei di andata e ritorno Bergamo-Bari per i giorni 7 novembre 2020, e 9 novembre 2020[30]. A seguito dell'entrata in vigore del D.P.C.M. del 3 novembre 2020 e dell'ordinanza del Ministro della Salute del 4 novembre 2020 con i quali è stato disposto il divieto di spostamento dalla regione Lombardia e all'interno dell'intero territorio nazionale, salvo che per gli spostamenti comprovati da motivate esigenze lavorative o situazioni di necessità oppure per motivi di salute, per i segnalanti sorgeva l'impossibilità sopravvenuta a poter effettuare il volo. Pertanto, attraverso la *chat* ed il servizio clienti, e successivamente anche a mezzo p.e.c., formulavano numerosi tentativi di espressa richiesta il rimborso o anche di rilascio di un *voucher*, ma Ryanair non ha provveduto a quanto richiesto e previsto dalla normativa, senza fornire alcuna spiegazione in merito a tale comportamento. I segnalanti evidenziano di aver tentato di effettuare il cambio di volo, ma il sistema di Ryanair non permetteva di procedere nemmeno in tal senso.[31]

41. Un altro consumatore ha segnalato l'impossibilità di richiedere un rimborso alla compagnia Ryanair per il volo di andata e ritorno (24 dicembre - 30 dicembre tratta Roma-Palermo e viceversa) a seguito dell'introduzione delle norme che per il periodo natalizio hanno vietato la circolazione su tutto il territorio nazionale. Infatti, a fronte della richiesta di rimborso formulata tramite *chat*, la risposta è stata che il consumatore non aveva diritto al rimborso in denaro[32].

---

[26] Cfr. a valere per tutte, segnalazione della associazione Federconsumatori prot. n. 82554 del 6/11/2020.

[27] Cfr. tra le altre, segnalazioni del 6/11/202 prot. n. 82725 e del 9/11/ 2020, prot. n. 82739.

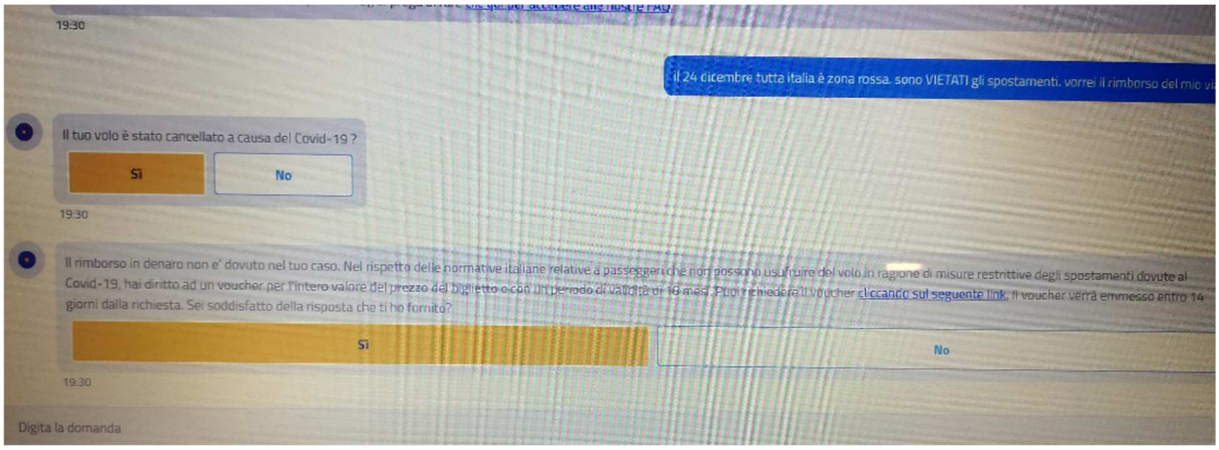
[28] Cfr. segnalazione del 23/3/2021, prot. n. 31763.

[29] Cfr. segnalazione del 5/11/ 2020, prot. n. 82081 e segnalazione prot. n. 82578 del 6/11/2020.

[30] Cfr. segnalazione del 30/12/2020 prot. n. 96851.

[31] Cfr. a titolo esemplificativo tra le tante, segnalazione del 18/6/2020 prot. n. 47787, segnalazione del 10/7/2020 prot. n. 54859 e segnalazione prot. n. 63098 del 13/8/2020.

[32] Cfr. segnalazione del 22/12/ 2020, prot. n. 95070.



42. Un altro consumatore ancora ha segnalato, che, avendo acquistato quattro biglietti per la tratta Bari-Karlsruhe del 13 gennaio 2021, e avendo subìto la cancellazione del volo, ha formulato richiesta di ristoro come previsto dal Regolamento (CE) 261/2004; tuttavia, a distanza di oltre un mese dalla richiesta, non ha ricevuto alcun ristoro e pur avendo più volte contattato, tramite *chat*, l'assistenza clienti non è riuscito ad avere risposte in ordine all'accoglimento o meno della relativa domanda[33].

43. Un ulteriore consumatore ha lamentato che, avendo acquistato un volo per il mese di aprile 2021 e avendo ricevuto da Ryanair la comunicazione dell'annullamento del volo acquistato con riprotezione su un volo in altra data, ha richiesto all'assistenza clienti di poter avere il rimborso monetario oppure utilizzare tale importo per l'acquisto di un biglietto su un'altra tratta, poiché la nuova data del volo non era consona alle sue esigenze, ma l'assistenza clienti gli ha risposto che avrebbe dovuto accettare il cambio volo proposto dalla Compagnia aerea oppure perdere l'importo pagato per il biglietto[34]. Analoga segnalazione è pervenuta da parte di un consumatore che riferisce di aver prenotato dal sito internet del vettore, in data 8 ottobre 2020, un volo per il 17 dicembre 2020 con partenza da Oradea (RO) ed arrivo a Bologna. In data 2 novembre 2020 gli è stato comunicato un cambiamento dell'orario del volo che è stato accettato. In data 12 novembre 2020 gli è stata comunicata la cancellazione del volo e si rappresentavano due possibilità di scelta: la modifica del volo o il rimborso entro sette giorni. Avendo scelto il rimborso, il giorno dopo, ossia il 13 novembre 2020, riceveva una *e-mail* con la proposta di un *voucher*. Dopo aver rifiutato il *voucher* e insistito con la richiesta di rimborso, il 14 dicembre 2020 riceveva un'altra *e-mail* (a distanza di un mese dalla richiesta di rimborso) in cui Ryanair affermava che "*questa prenotazione è stata fatta tramite un'agenzia di viaggi o un provider online di terze parti*", chiedendo la compilazione di un modulo contenenti dati e codici non in possesso del consumatore. Il passeggero rispondeva che la prenotazione era stata fatta direttamente dall'account personale di Ryanair ma da allora non ha ricevuto più nessuna notizia e neanche un rimborso[35].

---

[33] Cfr. segnalazione del 22/2/ 2021, prot. n. 23178.

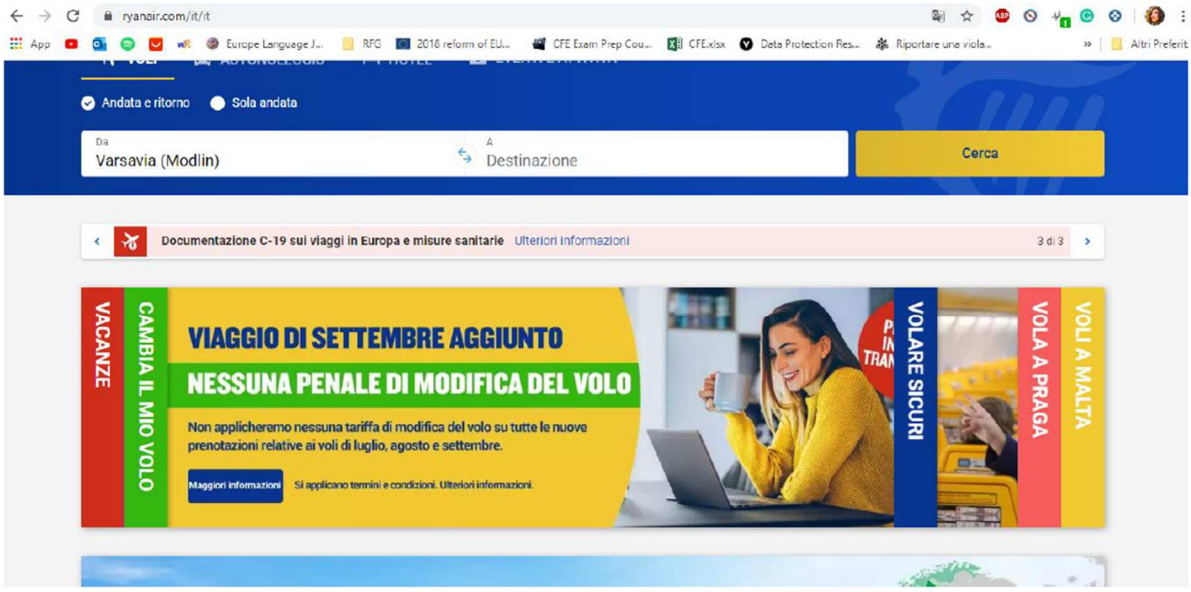
[34] Cfr. segnalazione del 10 febbraio 2021, prot. n. 19788.

[35] Cfr. segnalazione dell'11/1/2021, prot. n. 11277.

44. Da ultimo, un consumatore ha segnalato che avendo acquistato un biglietto aereo tramite *voucher*, ricevuto per un precedente annullamento sempre a causa Covid, ed essendo stato anche questo successivo volo annullato, sempre a causa delle restrizioni per l'emergenza sanitaria, ha ricevuto da Ryanair solo il rimborso di 6 euro consistenti nella parte di eccedenza del costo del biglietto, pagato con carta di credito, non avendo diritto al rimborso della quota pagata tramite *voucher*[36]. Un ulteriore consumatore ha segnalato che, avendo un *voucher* relativo ad un biglietto annullato a marzo 2020 a causa dell'emergenza sanitaria, ha chiesto alla compagnia aerea di poterlo utilizzare per acquistare un volo a nome del figlio ma ciò non è stato possibile perché il sistema in automatico generava il biglietto a nome del titolare del *voucher*[37].

Pratica B) la campagna pubblicitaria dal claim "Nessuna penale/supplemento per cambio volo"

45. Nel periodo giugno 2020 - gennaio 2021 Ryanair ha diffuso tramite diversi canali (stampa, *internet* e altri mezzi di comunicazione: da ultimo, ad esempio, uno spot televisivo diffuso dall'emittente televisiva Italia 1 in data 5 gennaio 2021, alle ore 23 circa[38]) un messaggio pubblicitario che invitava all'acquisto di biglietti aerei, prospettando la possibilità di effettuare il cambio volo senza il pagamento di alcuna penale, *claim* successivamente modificato in "*senza il pagamento di alcun supplemento*"[39]. In particolare, l'annuncio che segue è stato diffuso tramite il sito del professionista nel periodo giugno - novembre 2020.



36 Cfr. segnalazione del 15 marzo 2021, prot. n. 29008.

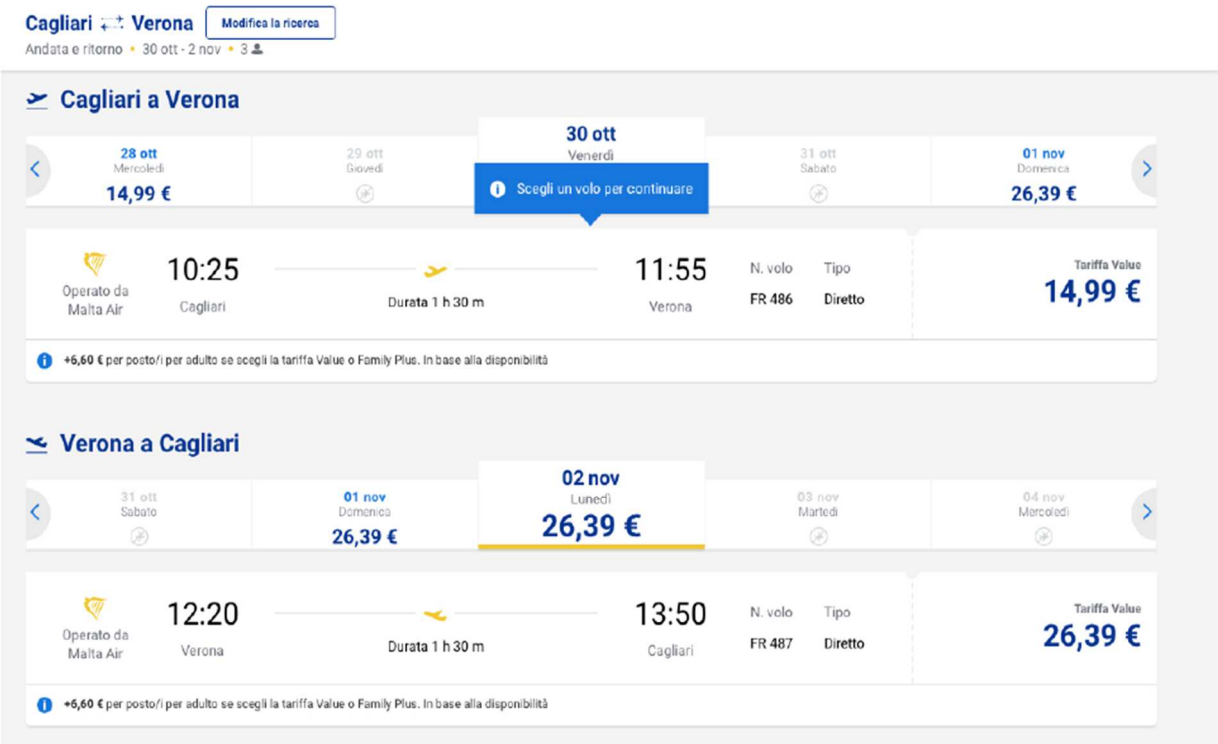
37 Cfr. segnalazione prot. n. 62553 del 6/8/2020.

38 Cfr. allegato alla risposta alla richiesta di informazioni prot. n. 10573 del 7/1/2021.

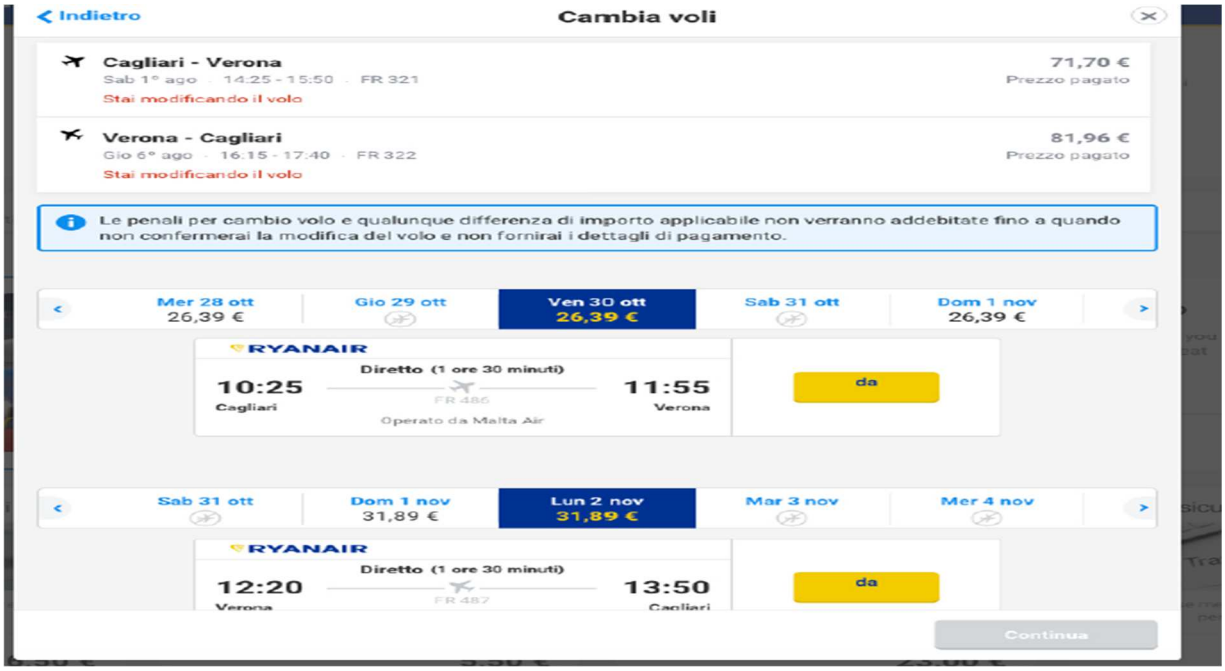
39 Immagine estratta da documentazione allegata a segnalazione prot. n. 63908 del 13/8/2020.

46. Al riguardo, molti consumatori hanno segnalato di aver proceduto all'acquisto dei voli offerti da Ryanair perché rassicurati dai *claim* "*Prenota in tutta tranquillità. Nessuna penale per il cambio" "I piani sono cambiati? Non preoccuparti, puoi cambiare il tuo volo gratuitamente*"".

47. Tuttavia, accedendo al servizio, i segnalanti hanno rilevato che i prezzi del nuovo volo erano superiori rispetto a quelli proposti a coloro che effettuavano una prenotazione del tutto nuova, di modo che l'assenza di penale per modifica del volo sarebbe stata comunque applicata attraverso un prezzo superiore[40]. Infatti, Ryanair avrebbe applicato a coloro che effettuano il cambio volo una tariffa più alta rispetto a quella in vendita per gli altri consumatori, come risulta dalle due seguenti schermate fornite dal segnalante, relative allo stesso volo e alla stessa data.



[40] Cfr., fra le tante, la segnalazione prot. 54859 del 10/7/2020, ma anche prot. 61203 del 3/8/2020 e prot. 50767 del 30/6/2020 da cui sono state estratte le immagini su riportate.



48. Altri consumatori hanno segnalato che, avendo cercato di effettuare il cambio volo nei giorni immediatamente antecedenti la data di partenza del volo, sono stati comunque tenuti a pagare il supplemento "cambio volo", previsto nelle condizioni contrattuali ed applicato da Ryanair qualora il consumatore eserciti tale opzione, senza che tale informazione fosse riportata, nel sito *internet*, o nei messaggi pubblicitari della citata campagna pubblicitaria[41].

49. Anche lo *spot* televisivo si basa su un'affermazione rassicurante, quale: "*Covid sta arrivando, prenota oggi ....e non preoccuparti se i tuoi piani cambiano perché non sarà applicato nessun supplemento per il cambio volo*".

50. Dal mese di aprile 2021 il sito *internet* Ryanair riporta un messaggio contenente tutte le condizioni di utilizzo dell'opzione cambio volo, come compare dalla schermata qui di seguito riprodotta.

[41] Cfr., ad esempio, tra le numerose segnalazioni: prot. n. 78404 del 22/10/2020, prot. n. 83644 del 11/11/2020, prot. 10134 del 4/1/2021 prot. 10690 del 7/1/2021, prot. n. 13892 del 19/1/2021 prot. n. 29651 dell'8/3/2021.

3) Modifiche delle condotte già realizzate in corso di istruttoria

51. Nella riunione del 20 ottobre 2020 l'Autorità ha deliberato di non adottare un provvedimento cautelare ad esito delle modifiche alle condotte adottate dal Professionista. Inoltre, il Professionista ha dato seguito anche alle misure presentate, a titolo di impegni in data 10 novembre 2020. Le misure, complessivamente, adottate da Ryanair consistono, in:

- utilizzare la causale relativa alla pandemia da Covid-19 esclusivamente in riferimento a quei casi in cui l'impossibilità di eseguire la propria prestazione dipenda da restrizioni al movimento di persone adottate dalle pubbliche autorità preposte;
- inviare a ciascun consumatore che ha ricevuto un *voucher* un'ulteriore comunicazione nella quale si offra la possibilità di optare per il rimborso pecuniario o l'ottenimento di un voucher (della durata di 18 mesi) e in cui l'opzione di rimborso sia graficamente visibile prima di quella relativa al *voucher*;
- estendere la validità del *voucher* a diciotto mesi;
- garantire il riscatto automatico del *voucher* qualora questo non venga utilizzato entro i diciotto mesi mediante accredito del costo del biglietto sulla carta di credito utilizzata per effettuare la prenotazione, in linea con la prassi già applicata da Ryanair;
- garantire la cedibilità del voucher tra passeggeri inclusi nella medesima prenotazione (cedibilità da esercitarsi attraverso un *link* presente nella pagina web dedicata al *voucher*; il diritto di cedere il *voucher* verrebbe chiaramente identificato anche nell'e-*mail* attraverso cui si offre al passeggero di effettuare la scelta tra rimborso e *voucher*);
- indicare chiaramente l'importo in euro del valore del rimborso pecuniario ovvero del *voucher*, in linea con la prassi già applicata da Ryanair;
- prospettare sul sito *web* di Ryanair (all'interno della pagina relativa alle domande frequenti sull'utilizzo del *voucher*) l'opzione del rimborso pecuniario ed il *link* al *form* di richiesta di rimborso in una posizione più prominente rispetto al *voucher*;
- ripristinare il numero degli addetti all'assistenza clienti per l'Italia a cinquanta unità e mantenere lo stesso numero di addetti per i prossimi sei mesi, nonostante le richieste di rimborso possano oramai facilmente effettuarsi automaticamente sul sito *web* di Ryanair e ci sia pertanto un ridotto bisogno di personale addetto alle richieste inoltrate tramite *call center* o servizio di *chat* in tempo reale;

- rendere il servizio di *call center* accessibile alla tariffa applicata dagli operatori nazionali per sei mesi;
- ricontattare tramite *e-mail* i passeggeri il cui volo sia stato cancellato e poi ripristinato per offrire loro la possibilità di ottenere il rimborso dell'intero prezzo pagato o un *voucher* del medesimo importo;
- predisporre un sistema di coordinamento interno atto ad evitare che voli già cancellati rimangano disponibili in vendita sul sito di Ryanair;
- modificare il messaggio pubblicitario relativo alla possibilità di cambiare il volo senza l'applicazione di una penale per chiarire che Ryanair non applicherà il supplemento per cambio volo indicato nella Tabella dei Supplementi Facoltativi disponibile sul sito *web* della compagnia, ma che il passeggero sarà comunque tenuto a pagare la differenza tariffaria (qualora il prezzo del nuovo volo sia maggiore di quello che il passeggero intende modificare) e che le tariffe disponili per chi effettua un cambio volo potrebbero essere diverse rispetto alle tariffe disponibili per chi effettua una prenotazione *ex novo*.

Ryanair inoltre si è impegnata a garantire ai passeggeri che hanno deciso di effettuare un cambio volo l'applicazione dei medesimi prezzi pubblicati sul sito *web* e disponibili ai passeggeri che effettuano una nuova prenotazione. Ryanair ha modificato: (i) il testo e la grafica del *banner* pubblicitario presente sull'homepage del proprio sito *web*; (ii) il testo e la grafica del *banner* pubblicitario presente sulla *mobile app*; (iii) la pagina informativa accessibile tramite il *banner* pubblicitario nonché (iv) i Termini e Condizioni applicabili al cambio volo. Nello specifico, il testo in apice di colore bianco su verde è stato modificato con la dicitura "*Prenota un viaggio per novembre e pagherai soltanto la differenza di prezzo*"; (ii) il testo in giallo su sfondo blu, è stato modificato con la dicitura "*OFFERTA SPECIALE PER IL CAMBIO DEL VOLO*"; (iii) il testo relativo all'offerta, di colore bianco su sfondo blu è stato modificato con la dicitura "*Sappiamo che i tuoi piani potrebbero cambiare da un momento all'altro. Se effettui il cambio di un volo in partenza a novembre 2020 pagherai soltanto l'eventuale differenza tra il prezzo del biglietto già acquistato ed il prezzo pubblicato sul nostro sito per l'acquisto di un nuovo biglietto. Non applicheremo, invece, il supplemento "Cambio Volo", salvo quando diversamente previsto dai nostri Termini & Condizioni disponibili cliccando sul banner. L'offerta è valida per cambi su qualsiasi volo in partenza fino al 21 marzo 2021*". Ryanair ha apportato modifiche similari ai messaggi visualizzati dai passeggeri nella *mobile app*, nella pagina *web* dedicata alla promozione e ai Termini e Condizioni della promozione.

4) Le argomentazioni difensive del Professionista

Argomentazioni relative alla pratica A)

52. Ryanair innanzitutto sottolinea che la Società si è sempre comportata in modo conforme alla disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette e che, in ogni caso, gli impegni proposti il 5 ottobre 2020 e successivamente integrati il successivo 9 novembre 2020 risulterebbero idonei a fare venire meno ogni profilo di criticità ipotizzato.

53. Il Professionista osserva, inoltre, che il Procedimento è stato avviato nel corso della peggior crisi del settore del trasporto aereo passeggeri, settore strategico ai fini di una futura ripresa economica. Alla chiusura dell'esercizio finanziario a marzo 2021, Ryanair prevede di registrare una perdita di circa 900 milioni di euro.

54. Inoltre, il Professionista osserva che vi sarebbe stata una carenza istruttoria in quanto tutte le contestazioni si baserebbero sulle segnalazioni dei consumatori che sarebbero "*precipitose se non addirittura infondate*". Secondo il Professionista, da un'analisi del fascicolo istruttorio sarebbe emerso che vi sono casi in cui i passeggeri hanno: lamentato il mancato rimborso nonostante il rimborso fosse già stato effettuato da tempo; trasmesso una segnalazione prima ancora di aver ricevuto la comunicazione di cancellazione del volo da parte della compagnia aerea; trasmesso una segnalazione contestualmente alla richiesta di rimborso o di assistenza inviata alla compagnia aerea, senza neppure attendere il riscontro di quest'ultima prima di lamentare la sussistenza di una pratica commerciale scorretta; lamentato il mancato rimborso anche se non vi avevano diritto in quanto il volo aveva operato come da programma ed i passeggeri avevano autonomamente deciso di non viaggiare pur in assenza di restrizioni governative. Sarebbe emerso, altresì, che alcuni segnalanti: non avevano neppure presentato una richiesta di rimborso alla compagnia aerea; avevano effettuato richiesta di *compensazione pecuniaria* e non di rimborso; avevano lamentato di aver ricevuto un *voucher* anziché un rimborso in contanti, nonostante l'offerta di un *voucher* non precludesse ai passeggeri di richiedere un rimborso in contanti in qualsiasi momento; avevano denunciato l'erogazione di un *voucher* di importo inferiore al prezzo pagato quando lo stesso includeva voci di costo per loro natura non rimborsabili; avevano lamentato la mancata applicazione della promozione "cambio volo" per voli che erano stati acquistati ben prima dell'inizio della promozione e rispetto ai quali la promozione non era quindi applicabile.

55. Nel merito delle contestazioni, Ryanair fa presente che, al pari di tutte le altre compagnie aeree, la compagnia effettua la programmazione dei voli e la relativa pubblicazione attraverso i propri canali di vendita con un notevole anticipo rispetto alla data di partenza. I voli sono generalmente programmati almeno 6-12 mesi prima dell'inizio della stagione e sono in vendita fino ad un anno prima dell'inizio della stagione di riferimento. La maggior parte dei voli è, inoltre, disponibile all'acquisto almeno 6 mesi prima dell'inizio della stagione, anche se una ridotta parte può essere messa in vendita con minore anticipo (per esempio voli che vengono inaugurati in base a nuovi accordi con determinati aeroporti), ma comunque mai con un anticipo inferiore alle 4 settimane.

56. Nello specifico, i biglietti per i voli in partenza dopo il 3 giugno 2020 erano stati messi in vendita dal vettore molti mesi prima e, quindi, in un momento in cui la pandemia non era e nemmeno iniziata o quando il fenomeno non si era ancora manifestato in tutta la sua gravità. La cancellazione dei voli non sarebbe stata dettata da ragioni puramente commerciali, ma sarebbe dipesa dalle (tutt'ora) imprevedibili decisioni e raccomandazioni governative che costringono il settore del trasporto aereo passeggeri ad un adattamento e ad una riorganizzazione continui, davvero poco conciliabili con gli esorbitanti costi fissi e le complessità del settore.

57. Sull'aver giustificato le cancellazioni dei voli con motivi legati all'emergenza epidemica Covid-19 anche quando le restrizioni governative erano state eliminate, Ryanair osserva che anche dopo il 3 giugno 2020, l'impatto della crisi sanitaria sul trasporto aereo passeggeri (sia domestico sia internazionale) non sarebbe svanito. L'eliminazione delle restrizioni alla circolazione delle persone da parte del Governo italiano, a far data dal 3 giugno 2020, non avrebbe implicato un ritorno alla normalità per quanto riguarda il traffico aereo passeggeri in Europa. Questo perché, anche in seguito al provvedimento di "de-confinamento" adottato dal Governo italiano a partire dal 3 giugno 2020, si sarebbero verificati fattori, completamente estranei alla volontà o controllo delle compagnie aeree, che di fatto impedivano o rendevano estremamente gravoso operare i voli offerti in vendita.

58. La ragione per cui le compagnie aeree si sono viste costrette a cancellare migliaia di voli dall'inizio dello stato di emergenza (stato di emergenza che per l'Italia è iniziato il 31 gennaio 2020 e a distanza di oltre un anno sarebbero tuttora in corso) rimane una sola: la pandemia da Covid-19.
59. Per tutte le ragioni sopra esposte, il Professionista ritiene giustificato l'utilizzo della causale Covid-19 anche dopo il 3 giugno 2020 e contesta l'allegazione per cui Ryanair avrebbe cancellato voli "*con la motivazione Covid-19, pur essendo servizi da svolgere in un periodo nel quale non sarebbero stati vigenti i limiti di circolazione stabiliti dai provvedimenti governativi di contenimento dell'epidemia da Covid19*".
60. Sull'aver lasciato in vendita sul proprio sito *web* voli già cancellati, Ryanair fa presente che nel periodo marzo 2020-febbraio 2021, la stessa ha cancellato all'incirca 570.000 voli, con il conseguente obbligo di comunicarne la relativa cancellazione a circa 25 milioni di passeggeri. Il fatto che in un contesto eccezionale il Vettore possa, in via del tutto sporadica e isolata, non essere riuscito ad eliminare tempestivamente dal proprio sito i voli di cui procedeva a comunicare la cancellazione appare senz'altro giustificabile, se non addirittura fisiologico al volume di cancellazioni gestite.
61. Ryanair inoltre contesta gli addebiti secondo cui la Società non avrebbe prospettato in analoga evidenza l'alternativa tra rimborso in denaro e riprotezione su volo alternativo nelle comunicazioni di cancellazione del volo inviate ai propri passeggeri e avrebbe offerto un *voucher* sostitutivo "*peraltro in misura ridotta rispetto a quanto effettivamente pagato dal consumatore*". Quanto al primo profilo, Ryanair evidenzia di aver sempre incluso nelle comunicazioni di cancellazione del volo l'avvertenza prescritta dal Reg. CE n. 261/2004 secondo cui, in caso di cancellazione del volo da parte della compagnia aerea, il passeggero ha sempre diritto ad essere riprotetto su volo alternativo ovvero a richiedere il rimborso del prezzo del biglietto pagato. Inoltre, Ryanair avrebbe sempre offerto ai passeggeri coinvolti da una cancellazione del volo l'ulteriore alternativa di modificare gratuitamente la data, orario e tratta del volo cancellato (al di là degli obblighi imposti dal Regolamento 261/2004).
62. Con riferimento, invece, al secondo profilo, Ryanair osserva che i casi in cui il vettore eroga *voucher* di importo inferiore al prezzo pagato dal passeggero sono esclusivamente riconducibili ad ipotesi in cui il prezzo complessivo corrisposto dal consumatore includa delle voci di costo non rimborsabili, delle quali è comunque data adeguata informativa al passeggero.
63. Tali voci di costo appartengono essenzialmente alle seguenti categorie:
- costi amministrativi di gestione applicati dalle agenzie di viaggio che non possono, evidentemente, essere rimborsati da parte di Ryanair trattandosi di importi che non sono nella sua disponibilità ma vengono, invece, trattenuti direttamente dalle agenzie di viaggio;
- costi relativi all'assicurazione di viaggio, il cui rimborso non viene effettuato da Ryanair (in quanto il vettore non ha ricevuto/trattenuto i relativi importi) ma direttamente dalla compagnia assicuratrice; costi corrisposti a titolo di partecipazione al programma di compensazione volontaria di CO2, costi del tutto facoltativi che il passeggero aggiunge al momento della prenotazione e dei quali viene informato in modo chiaro e inequivoco circa la loro non rimborsabilità.
64. Sull'aver corrisposto un *voucher* in luogo del rimborso in denaro Ryanair ribadisce che con l'avvento dell'epidemia da Covid-19, diversi governi nazionali (quali Germania, Francia, Belgio, Bulgaria, Cipro, Repubblica Ceca, Grecia, Francia, Irlanda, Latvia, Malta, Paesi Bassi, Polonia e

Portogallo) avevano chiesto alla Commissione europea di intervenire per prevedere un regime di "deroga" ad alcune previsioni del Regolamento (CE) 261/2004.

65. In tale contesto, anche il Governo italiano avrebbe ritenuto opportuno introdurre la facoltà per i vettori aerei di emettere *voucher*, senza necessità del consenso del passeggero, anche nei casi di cancellazione del volo da parte degli stessi vettori. A seguito delle critiche sollevate dalla Commissione europea, il governo italiano è successivamente intervenuto sull'ambito applicativo dell'art. 88-*bis* del Decreto Cura Italia, limitandone l'efficacia ai casi di recesso intervenuti prima del 31 luglio 2020. Ciò non toglie che per il periodo marzo-luglio 2020, la normativa emergenziale abbia legittimato l'erogazione di *voucher* anche in assenza del consenso del passeggero.

66. Ryanair evidenzia, peraltro, di aver sempre concesso ai propri passeggeri la possibilità di scegliere tra il *voucher* ed il rimborso pecuniario in linea con quanto previsto dall'art. 7, § 3, del Regolamento (CE) 261/2004 e al di là di quanto originariamente richiesto dall'art. 88-*bis* del Decreto Cura Italia.

67. Più precisamente, in seguito alla cancellazione del volo, Ryanair avrebbe inviato una prima *e-mail* (o SMS in caso il volo fosse in programma il giorno stesso o il giorno successivo) in cui, prospettando le due alternative con identica rilevanza, veniva chiesto al consumatore di effettuare una scelta tra riprotezione o rimborso. In caso di opzione per il rimborso, il consumatore riceveva un'e-*mail* in cui veniva chiaramente offerta l'alternativa tra rimborso in denaro oppure *voucher* di importo pari al prezzo del biglietto, con il quale il consumatore avrebbe potuto effettuare nuove prenotazioni attraverso i canali di vendita Ryanair (in linea con il combinato disposto di cui agli articoli 8 (1) e 7 (3) del Regolamento (CE) 261/2004).

68. La compagnia avrebbe offerto ai passeggeri l'opzione del *voucher* in alternativa al rimborso pecuniario per una serie di ragioni: (i) le limitazioni tecniche e la scarsità di personale che le impedivano di processare le richieste di rimborso (il cui volume si ricorda era mille volte superiore al normale) entro il termine di 7 giorni previsto dall'art. 8 del Regolamento 261/2004; (ii) la possibilità di generare i *voucher* in via automatizzata e pertanto senza l'intervento del personale addetto all'assistenza clienti; (iii) la circostanza che numerosi governi nazionali (incluso quello italiano fino al 31 luglio 2020) avessero autorizzato l'uso del *voucher* in luogo del rimborso addirittura senza il consenso del passeggero.

69. Sull'aver reso difficoltoso il contatto con l'assistenza clienti ed incorso in ritardi nell'elaborare le richieste di rimborso, Ryanair osserva che si tratta di inevitabili difficoltà tecniche peraltro risolte a seguito dell'implementazione degli impegni presentati nel corso del procedimento.

70. Da ultimo, Ryanair ricorda di aver sempre messo e di mettere tuttora a disposizione degli utenti del sito *www.ryanair.it* diverse modalità di contatto con il servizio assistenza clienti visto che i consumatori possono:

- compilare il modulo di reclamo *online* (in italiano), il quale ha una sezione dedicata alle richieste di rimborso: *https://refundclaims.ryanair.com/?lg=IT*. Il modulo è sempre disponibile in diciotto lingue, incluso l'italiano;
- utilizzare la *chat* c.d. "ChatBot" che consiste in un sistema di risposta automatizzato in italiano disponibile 24 ore su 24, tutti i giorni della settimana (*https://prodchatbot.ryanair.com/index.html?locale=%22it_IT%22&env=%22prod%22*);
- utilizzare il servizio di *chat* in tempo reale – dal lunedì al venerdì (07:00-21:00); sabato (09:00-18:00); domenica (10:00- 18:00);

- contattare telefonicamente gli addetti al centro assistenza clienti dal lunedì al venerdì (07:00-20:00), sabato (09:00-19:00), domenica (10:00-19:00).

71. Sull'aver ripristinato l'operatività di voli la cui cancellazione era già stata comunicata ai passeggeri, Ryanair osserva di non aver mai inteso negare il rimborso ai passeggeri ai quali era stata comunicata la cancellazione di un volo poi ripristinato. Al contrario, in caso di cancellazione del volo da parte della compagnia, la politica del vettore sarebbe sempre stata quella di riconoscere il diritto al rimborso anche nei casi in cui in cui il volo sia stato successivamente ripristinato. La *ratio* sottesa a tale *policy* è che, se il passeggero destinatario della comunicazione di cancellazione decide di non programmare un ulteriore viaggio o di soddisfare le proprie esigenze di trasporto acquistando un altro biglietto aereo o di altro mezzo, ha il diritto di ottenere la restituzione del prezzo pagato per il volo cancellato e poi ripristinato.

72. Ryanair fa presente che anche dopo il 3 novembre 2020, nel massimo rispetto della normativa emergenziale (e a differenza di altre compagnie aeree), non avrebbe mai inteso negare il diritto al rimborso a quei passeggeri che non hanno potuto usufruire del volo a causa delle restrizioni governative implementate a seguito sia del DPCM di novembre che di quelli successivi.

73. Secondo Ryanair, visto il complesso e mutevole sistema normativo di riferimento, le eventuali imprecisioni commesse dagli addetti al servizio assistenza clienti Ryanair dovrebbero ritenersi del tutto fisiologiche e di certo inidonee ad integrare gli estremi di una pratica commerciale scorretta come invece prospettato da questa Autorità.

74. Inoltre, con riferimento al rilievo secondo cui ai consumatori che hanno richiesto il rimborso del proprio biglietto Ryanair avrebbe risposto "*Se ci sta contattando in merito a una sua futura prenotazione e il suo volo programmato è confermato nonostante le restrizioni imposte dal governo, sfortunatamente, in questo caso non le spetta il rimborso*", la stessa afferma che tale ricostruzione non corrisponderebbe alla verità dei fatti. Il messaggio erroneamente riferito nella segnalazione all'Autorità come "*comunicato della compagnia*" costituirebbe in realtà solo una generica avvertenza riportata in calce alla pagina dedicata alla *Chatbot* automatizzata e non costituirebbe una risposta data dalla compagnia ad una effettiva e concreta richiesta di assistenza da parte di un passeggero, come invece prospettato dall'Autorità. L'avvertenza in parola era stata inserita in via generalizzata in tutte le 39 versioni del sito Ryanair ad agosto 2020 per far fronte alle innumerevoli richieste di rimborso ricevute dalla compagnia da parte di passeggeri che decidevano di non viaggiare nonostante i voli operassero come da programma. In seguito all'entrata in vigore del DPCM di novembre, Ryanair avrebbe infatti eliminato l'avvertenza dalla versione italiana del proprio sito, proprio al fine di evitare possibili fraintendimenti circa l'interpretazione del termine "restrizioni governative".

75. A riprova del fatto che Ryanair non avrebbe mai inteso negare il rimborso a questa categoria di passeggeri e avrebbe quindi correttamente adempiuto agli obblighi imposti dalla normativa emergenziale, il vettore rileva di aver emesso un totale di circa 49.500 *voucher* nei confronti di passeggeri interessati dalle restrizioni alla libera circolazione delle persone adottate dal Governo italiano nel contesto della pandemia da Covid-19.

Argomentazioni relative alla pratica B)

76. La campagna promozionale del c.d. "cambio volo" è stata introdotta ad inizio giugno 2020. I cambi del volo sono relativi a voli regolarmente operati da Ryanair il cui cambio dipende pertanto da un'esclusiva scelta del passeggero.

77. Ryanair evidenzia che tutti i biglietti dalla stessa messi in vendita sono biglietti non rimborsabili. Ciò significa che qualora il passeggero decida di non intraprendere il viaggio e quindi di non utilizzare il biglietto acquistato, lo stesso non avrà diritto ad ottenere la restituzione del prezzo pagato. Al passeggero che decida di non utilizzare il biglietto acquistato, Ryanair dà tuttavia la possibilità di modificare la data e/o la tratta dietro pagamento di un supplemento, fermo restando che se il nuovo volo è più economico del volo precedentemente acquistato, il passeggero non ha diritto ad ottenere il rimborso della differenza di prezzo (in forza del principio della non rimborsabilità del biglietto acquistato).

78. Nello specifico, prima della campagna promozionale in questione, la politica di Ryanair con riferimento al cambio volo era la seguente (come peraltro indicato nei Termini e Condizioni e nella Tabella dei Supplementi Facoltativi del vettore):

- il passeggero che decideva di modificare il volo era tenuto a pagare una penale il cui importo variava da €35/£35 a €90/£90 in base agli itinerari e date di viaggio selezionate;
- se il nuovo volo era più costoso di quello acquistato, il passeggero era in ogni caso tenuto a corrispondere la differenza tra il prezzo del nuovo volo ed il prezzo del volo modificato;
- se il nuovo volo era più economico di quello acquistato, il Vettore non rimborsava la differenza di prezzo;
- al momento della modifica del volo, il passeggero aveva accesso alle tariffe di importo uguale o superiore rispetto al prezzo originariamente pagato.

79. L'ultimo punto spiegava perché ai passeggeri che decidevano di modificare il volo potessero essere applicate tariffe diverse rispetto a quelle visualizzabili sul sito *web* Ryanair da un passeggero che decideva di effettuare una prenotazione *ex novo*.

80. Attraverso il messaggio pubblicitario "*Nessuna penale di modifica del volo*", Ryanair intendeva eliminare la suddetta penale per il cambio volo. Ciò non implicava, quindi: (i) il venir meno dell'obbligo di pagare la differenza tariffaria (ove applicabile); (ii) il diritto ad ottenere il rimborso della differenza di prezzo qualora il nuovo volo fosse più economico di quello originariamente acquistato; (iii) che le tariffe disponibili ai passeggeri che decidevano di modificare il volo fossero necessariamente le stesse tariffe disponibili ai passeggeri che invece effettuavano una prenotazione *ex novo*.

81. In uno spirito di massima trasparenza nei confronti dei consumatori, Ryanair si è impegnata a modificare il messaggio pubblicitario del c.d. "*cambio volo*" per indicare con maggiore chiarezza che il vettore non avrebbe applicato il supplemento per la modifica del volo di cui alla Tabella dei Supplementi Facoltativi disponibile sul sito *web* della compagnia, ma che il passeggero era comunque tenuto a pagare la differenza tariffaria (qualora il prezzo del nuovo volo fosse maggiore di quello che il passeggero intendeva modificare) e che, in ogni caso, le tariffe disponibili a chi effettuava un cambio volo sarebbero potute essere diverse rispetto a quelle accessibili a chi procedeva ad una prenotazione *ex novo.*

82. Ryanair ritiene che le modifiche introdotte sarebbero idonee ad eliminare qualsiasi preoccupazione in merito alla trasparenza e chiarezza del messaggio pubblicitario in questione. Infine, evidenzia che da un'analisi dettagliata delle segnalazioni relative alla promozione cambio volo, si evincerebbe che molti passeggeri ne hanno lamentato la mancata applicazione da parte della compagnia aerea anche se i loro voli non soddisfacevano i criteri previsti dall'offerta. Nello specifico, nonostante la promozione indicasse chiaramente che era destinata ai "*clienti che hanno effettuato una prenotazione dopo il 10 giugno*", numerosi passeggeri – i cui voli erano stati prenotati ben prima di tale data – hanno segnalato a questa Autorità il mancato riconoscimento della promozione.

83. Sulla mancata indicazione della limitazione dei sette giorni nel messaggio pubblicitario del cambio volo, la Società osserva che tale aspetto non sarebbe stato oggetto di precisa contestazione e che comunque si tratterebbe di una limitazione temporale che sarebbe sempre stata espressamente indicata nei Termini e Condizioni della campagna pubblicitaria; Termini e Condizioni che la compagnia aerea avrebbe sempre reso disponibili sul proprio sito *web* e che sarebbero facilmente accessibili dalla pagina dedicata alla campagna pubblicitaria nonché dallo stesso *banner* del messaggio promozionale. Pertanto, la contestazione dell'Autorità secondo cui tale informazione non sarebbe stata riportata nel sito *internet* risulterebbe del tutto priva di fondamento.

84. La Società osserva, infine, che la campagna pubblicitaria sarebbe una misura di *customer care* volontariamente messa a disposizione da Ryanair in assenza di qualsivoglia obbligo giuridico.

85. Secondo il Professionista, pertanto, tutte le condotte di cui al procedimento non integrerebbero gli estremi di pratiche commerciali scorrette, ai sensi del Codice del Consumo. Come noto, l'art. 20 del Codice del Consumo contiene una clausola generale che vieta ogni pratica commerciale contraria alle regole di diligenza professionale ed idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio. Tale disposizione di legge prevederebbe dunque che, per aversi pratica commerciale scorretta, debbano ricorrere necessariamente tre imprescindibili elementi cumulativi:

-la sussistenza di una vera e propria prassi, tale da integrare la nozione di pratica commerciale, e cioè di "*una condotta reiteratamente posta in essere dall'operatore commerciale con carattere di apprezzabile omogeneità*" e caratterizzata da una "*effettiva diffusione (sotto i profili quantitativo, geografico, della ripetizione in un arco temporale significativo, nonché della identità configurativa*)" e non invece da comportamenti isolati e di carattere meramente episodico. Deve trattarsi in altre parole "*non già di un comportamento, sporadico ed isolato, adottato dal professionista nei confronti del consumatore, bensì prassi, protocolli ovvero stili di condotta, suscettibili di ripetersi nel tempo, in quanto espressione di una determinata organizzazione ovvero strategia di impresa*";

- la contrarietà di detta pratica alla diligenza professionale e cioè "*al normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista*";

- l'attitudine della stessa pratica ad incidere sensibilmente sulla capacità di scelta del consumatore medio (e cioè normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto), tanto da indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso. Per decisione commerciale si intende quella presa "*da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto,*

in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto; tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla".

86. Infine, Ryanair, nella denegata ipotesi in cui l'Autorità volesse ritenerla responsabile di aver posto in essere pratiche commerciali scorrette ai danni dei consumatori, ritiene necessario svolgere alcune brevi considerazioni:

(i) sull'impatto assolutamente marginale per i consumatori delle pratiche contestate e (ii) sull'atteggiamento pienamente collaborativo tenuto dalla Società nel rimuovere ogni potenziale criticità ravvisata dagli Uffici. Ciò in quanto l'articolo 11 della legge 689/81 dispone espressamente che, nel comminare una sanzione amministrativa, l'Autorità debba aver riguardo "*alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche*".

87. Ryanair ha inoltre fattivamente collaborato con l'Autorità durante tutta la durata del Procedimento, ed infatti ha presentato impegni ritenuti parzialmente idonei e che la compagnia ha tempestivamente proceduto ad integrare per porre rimedio alle residue perplessità manifestate dall'Autorità in sede di non adozione della misura cautelare.

88. Ryanair ritiene pertanto che nel caso di specie sussisterebbero tutti i presupposti affinché, a valle degli accertamenti svolti, il Collegio deliberi l'archiviazione del caso per insussistenza della pratica commerciale contestata e, in via subordinata, chiede che non venga irrogata alcuna sanzione ovvero venga irrogata al più una sanzione di importo assolutamente simbolico.

IV. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

89. Poiché le pratiche commerciali oggetto del presente provvedimento sono state diffuse anche via *internet* e attraverso mezzi di telecomunicazione, in data 6 aprile 2021 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, del Codice del Consumo.

90. Con comunicazione pervenuta il 5 maggio 2021, la suddetta Autorità ha espresso il parere richiesto limitando le proprie valutazioni all'attitudine dello specifico mezzo di comunicazione utilizzato per diffondere le pratiche commerciali a incidere e amplificare l'eventuale ingannevolezza e/o scorrettezza della medesima pratica.

91. Nel parere, dopo aver rilevato, che l'utilizzo quotidiano di *Internet* tra la popolazione italiana è in costante crescita così come il numero di persone che fanno acquisti *online*, con oltre 20 milioni di cittadini che nel 2019 hanno comprato tramite il *web*, il 9% in più rispetto all'anno precedente (Istat, Report "Cittadini imprese e ICT", anno 2019) e che, quindi, *Internet* ha assunto una valenza sempre maggiore per i cittadini nell'attività di acquisto di beni e servizi, l'Autorità ha considerato il mezzo di comunicazione utilizzato idoneo a sviluppare un significativo impatto sui consumatori, che, sulla base delle informazioni contenute nel sito del Professionista, potrebbero essere indotti ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbero preso, così sviluppando in concreto la piena potenzialità promozionale della comunicazione *on line.*

92. Pertanto, l'Autorità ha ritenuto che "*il mezzo internet sia uno strumento idoneo a influenzare significativamente la realizzazione*" delle pratiche commerciali oggetto di parere.

V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

93. Preliminarmente, si rileva che le condotte descritte *supra,* al punto II, lettere A) e B) del presente provvedimento integrano due pratiche commerciali distinte e strutturalmente autonome in ragione della diversa fase di consumo a cui attengono: la prima pratica – *sub* A) – riguarda la fase successiva all'acquisto, attinente alla complessiva assistenza assicurata dal Vettore in caso di cancellazione unilaterale dei viaggi successivamente al 3 giugno 2020, allorché erano venute meno le restrizioni alla circolazione, nonché i mancati ristori in occasione delle rinunce ai voli effettuate dai consumatori dopo il 6 novembre 2020, a seguito della reintroduzione di limitazioni alla circolazione dovute all'emergenza sanitaria. La seconda pratica – *sub* B – riguarda la campagna pubblicitario diffusa nel periodo giugno 2020 - gennaio 2021, descritta al punto II del presente provvedimento.

Pratica sub A)

94. Il provvedimento in esame concerne la scorrettezza dei comportamenti posti in essere da Ryanair e consistenti nella complessiva attività di assistenza post-vendita fornita dalla Società alla propria clientela, successivamente al 3 giugno 2020, a seguito della cancellazione unilaterale dei voli da parte del Professionista nonché, dopo il 6 novembre 2020, anche in relazione alla rinuncia al volo da parte del consumatore, articolatasi in molteplici condotte concernenti in particolare: *i)* l'omissione o la diffusione di informative lacunose o ambigue sui diritti/ristori spettanti a seguito della cancellazione dei voli; *ii)* le modalità disomogenee, incongruenti e intempestive adottate nelle suddette evenienze per la gestione delle istanze di rimborso e, in particolare, la proposta – e la diretta corresponsione – di un *voucher* sostitutivo quale esclusiva o prioritaria modalità di ristoro per il biglietto annullato rispetto al rimborso in denaro; *iii)* gli ostacoli frapposti ai clienti all'atto del successivo utilizzo del *voucher*; *iv)* il diniego di ristoro in caso di annullamento del volo in ragione delle nuove restrizioni di circolazione per Covid.

95. Pertanto, oggetto di valutazione sono i comportamenti posti in essere da Ryanair a partire dal 3 giugno 2020, a seguito della cancellazione di voli ovvero in seguito alla rinuncia al viaggio da parte dei consumatori a causa dell'epidemia e, in particolare, nell'informativa resa ai consumatori titolari di biglietti aerei in merito ai diritti agli stessi spettanti e alle motivazioni sottese alle cancellazioni. In particolare, con riferimento alle cancellazioni unilaterali dei voli da parte del Professionista dopo il 3 giugno 2020, si evidenzia che il professionista ha giustificato le cancellazioni dei voli, riconducibili a legittime scelte di strategia aziendale, alla supposta persistenza di limitazioni alla circolazione per ragioni sanitarie, pur essendo il traffico aereo ripreso a seguito della rimozione dei limiti imposti alla circolazione.

96. Al riguardo, è bene precisare che, contrariamente a quanto sostenuto dal Vettore nelle proprie memorie difensive, il presente provvedimento non ha ad oggetto la decisione di Ryanair di cancellare i voli nel periodo in questione, né attiene alla fase di messa in vendita dei voli, bensì riguarda unicamente la valutazione del comportamento del Vettore in merito alle informazioni fornite ai consumatori, i diritti agli stessi riconosciuti ad esito delle cancellazioni, alla gestione delle successive richieste dei passeggeri volte ad ottenere il rimborso di quanto pagato e/o alle corrette modalità di utilizzo del *voucher.*

97. Più nello specifico, il presente provvedimento riguarda le condotte del Professionista a seguito delle cancellazioni dei voli la cui partenza era prevista successivamente al 3 giugno 2020, data a partire dalla quale il D.L. n. 33 del 16 maggio 2020 ha nuovamente consentito gli spostamenti

all'interno e all'esterno del territorio nazionale dopo un periodo di limiti alla circolazione stabiliti dai provvedimenti governativi di contenimento dell'epidemia di Covid-19.

98. La disciplina emergenziale italiana (d.l. 18/2020, c.d. Decreto Cura Italia) prevedeva, infatti, la possibilità per i vettori aerei di rimborsare in denaro o tramite l'emissione di *voucher* a favore dei consumatori per i voli cancellati dai vettori medesimi, in presenza di una riconosciuta situazione pandemica che impediva l'esecuzione della prestazione, in ragione dei provvedimenti di limitazione della circolazione adottati da autorità nazionali, internazionali o Stati esteri ovvero quando le prestazioni non erano rese a causa degli effetti derivanti dallo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, (cfr. art 88-*bis*, commi 4 e 11, d.l. 18/2020).

99. Con riguardo alla cancellazione dei voli da parte dei vettori aerei per ragioni connesse all'epidemia, la Commissione, con comunicazione del 18 marzo 2020, ha espressamente affermato che: "*Questa situazione* [la rinuncia al viaggio da parte del consumatore; n.d.r.] *va distinta da quella in cui il vettore annulla il viaggio e offre solo un buono anziché la possibilità di scegliere tra rimborso e servizio alternativo di trasporto. L'offerta di un buono da parte del vettore non può pregiudicare il diritto del passeggero di optare, in alternativa, per il rimborso*", aggiungendo che, ai sensi del Regolamento (CE) n. 261/2004 "*in caso di cancellazione di un volo da parte delle compagnie aeree (indipendentemente dalla causa), l'articolo 5 impone al vettore aereo operativo di offrire al passeggero la scelta tra: a) il rimborso; b) l'imbarco su un volo alternativo non appena possibile, o c) l'imbarco su un volo alternativo ad una data successiva di suo gradimento*"[42]. Successivamente, la Commissione, con Raccomandazione del 13 maggio 2020, ha chiaramente indicato che "*a norma della legislazione dell'Unione, il rimborso può essere effettuato in denaro o sotto forma di buono. Il rimborso mediante buono è possibile tuttavia solo se il passeggero accetta*"[43].

100. Al fine di garantire adeguata tutela ai viaggiatori a fronte del rischio di insolvenza da parte dei Vettori e nell'ottica di un contemperamento dei diritti dei consumatori con le esigenze di liquidità dei Professionisti nel periodo pandemico, la Commissione ha, altresì, individuato le caratteristiche raccomandate affinché i buoni possano essere considerati dai passeggeri quale valida e affidabile alternativa al rimborso in denaro, tra le quali il diritto al rimborso in denaro se alla scadenza del *voucher* il consumatore non avrà usufruito dello stesso[44].

---

[42] Orientamenti interpretativi relativi ai regolamenti UE sui diritti dei passeggeri nel contesto dell'evolversi della situazione connessa al Covid-19, in GUCE (2020/C 89 I/01)

[43] Raccomandazione della Commissione europea del 13 maggio 2020, relativa ai buoni offerti a passeggeri e viaggiatori come alternativa al rimborso per pacchetti turistici e servizi di trasporto annullati nel contesto della pandemia di Covid-19, C(2020) 3125 final., punto 8.

[44] In particolare, nella "*Raccomandazione della Commissione del 13.5.2020 relativa ai buoni offerti a passeggeri e viaggiatori come alternativa al rimborso per pacchetti turistici e servizi di trasporto annullati nel contesto della pandemia di Covid-19*", in cui viene richiamato il Regolamento comunitario n. 261/2004, si legge che "*i vettori e gli organizzatori dovrebbero automaticamente rimborsare ai passeggeri o ai viaggiatori l'importo del buono in questione entro 14 giorni dalla relativa data di scadenza, se il buono non è stato riscattato. Ciò vale anche per il rimborso dell'importo residuo del buono in questione nel caso di un precedente riscatto parziale dello stesso. Se i buoni hanno un periodo di validità superiore a 12 mesi, i passeggeri e i viaggiatori dovrebbero avere il diritto di chiedere il rimborso in denaro entro 12 mesi della data di emissione dei buoni in questione. Dovrebbero avere lo stesso diritto in qualsiasi momento successivo, fatte salve le disposizioni giuridiche applicabili in materia di limiti temporali*".

101. Queste osservazioni sono state riprese e approfondite anche da questa Autorità nella propria segnalazione al Parlamento e al Governo del 28 maggio 2020[45].

102. A completamento della pertinente disciplina, si deve infine evidenziare che il D.P.C.M. del 3 novembre 2020 recante *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»*[46], ha individuato ulteriori misure e limitazioni agli spostamenti per contrastare la diffusione del Covid-19, entrate in vigore il successivo 6 novembre 2020.

103. Alla luce di quanto sopra, Ryanair non può invocare alcun legittimo affidamento basato sulla disciplina italiana vigente, tanto prima quanto successivamente al 3 giugno 2020 (né peraltro dopo il 6 novembre 2020), per giustificare il proprio comportamento in ordine alla mancata prospettazione del rimborso e dell'attribuzione di un *voucher* ai consumatori in assenza un loro esplicito consenso per i voli dalla stessa annullati o cancellati.

104. Peraltro, la disciplina nazionale non imponeva ai vettori di emettere un *voucher* a favore dei consumatori, stabilendo unicamente una facoltà e non già un obbligo per le compagnie aeree di procedere alla loro emissione.

105. Un operatore economico di primaria importanza nel settore aereo europeo quale Ryanair non può ignorare che, per costante giurisprudenza della Corte di giustizia UE, le disposizioni nazionali non possono derogare alle norme euro-unitarie, in virtù del principio di primazia del diritto europeo, e che le norme interne devono essere interpretate in senso conforme alle disposizioni europee.

106. Di conseguenza, il Professionista, anche in osservanza dei propri obblighi di diligenza, avrebbe dovuto interpretare la facoltà lasciata dalla normativa nazionale alla luce e in coerenza con il diritto europeo, nei termini ricordati anche dalla Commissione con le comunicazioni sopra citate, in particolare offrendo in caso di cancellazione per qualunque motivo il rimborso ovvero l'imbarco su un volo alternativo e solo in presenza di un espresso consenso del consumatore attribuire un *voucher* in luogo del rimborso.

107. Peraltro, si evidenzia che, con riferimento ai fatti contestatati nel presente provvedimento, successivi al 3 giugno 2020, non essendoci più limitazioni agli spostamenti per l'emergenza epidemiologica, la normativa italiana non poteva in ogni caso offrire una copertura o un affidamento in ordine al comportamento del Professionista, il quale avrebbe dovuto, in ogni caso, a seguito della cancellazione del volo, offrire ai consumatori l'alternativa tra un nuovo volo e un rimborso in denaro (contante o tramite altro mezzo di pagamento) ovvero, solo previo accordo del passeggero, buoni viaggio e/o altri servizi.

108. In conclusione, è dunque del tutto priva di pregio l'eccezione della compagnia aerea secondo cui la stratificazione della normativa emergenziale nazionale e gli orientamenti contraddittori

---

[45] Cfr. AGCM, ST23, Segnalazione al Parlamento e al Governo del 28 maggio 2020 *"in merito alle criticità della disciplina d'emergenza di cui all'art. 88-bis del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modifiche dall'art.1, comma 1 della legge 24 aprile 2020, n. 27"*, in Bollettino AGCM n. 22/2020, *accessibile al link https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/ST23_segnalazione.pdf.*

[46] Pubblicato in GU Serie Generale n.275 del 04-11-2020 - Suppl. Ordinario n. 41.

provenienti dalle autorità regolatorie italiane avrebbero creato una situazione di incertezza del contesto giuridico.

Valutazione delle condotte

109. Svolta questa doverosa premessa, si deve osservare come i comportamenti oggetto del presente provvedimento, pur presentando svariati e distinti profili di scorrettezza, come rilevato in sede di avvio, appaiono tuttavia connotati da una valenza unitaria, volta a ostacolare i consumatori nel loro diritto a ricevere il rimborso in denaro per l'importo pagato per il biglietto aereo poi cancellato. In particolare, si tratta della complessiva attività di assistenza post-vendita fornita dalla Società alla propria clientela, nel medesimo periodo, articolatasi in molteplici condotte concernenti, nello specifico: *i)* l'omissione o la diffusione di informative lacunose o ambigue sulle cancellazioni operate e su diritti/ristori spettanti, nell'evenienza, ai passeggeri; *ii)* le modalità disomogenee e incongruenti e intempestive adottate nelle suddette evenienze, per la gestione delle istanze di rimborso, in particolare, la proposta – e la diretta corresponsione – di un *voucher* sostitutivo quale esclusiva o prioritaria modalità di ristoro per il biglietto annullato rispetto al rimborso in denaro; *iii)* il mancato riconoscimento integrale dell'importo pagato per l'acquisto del biglietto; *iv)* le difficoltà riscontrate dai consumatori nell'utilizzo integrale del *voucher*.

110. Infatti, le diverse condotte sopra descritte riguardano tutte la fase successiva all'acquisto e, in particolare, attengono alla complessiva assistenza assicurata dal Vettore in caso di cancellazione unilaterale dei viaggi e al riconoscimento dei diritti dei consumatori come declinati dalla normativa comunitaria e nazionale sopra richiamate, non erogando la controprestazione promessa e restituendo solo successivamente e quasi sistematicamente sotto forma di *voucher* le somme già incassate.

111. Nello specifico, si deve osservare come le numerose segnalazioni, concordemente e uniformemente, abbiano messo in luce che la complessiva attività di assistenza post-vendita, resa nel periodo successivo al 3 giugno 2020 da parte di Ryanair ai consumatori incisi dalle cancellazioni dei viaggi con motivazioni legate alle limitazioni alla circolazione dovute al diffondersi del Covid-19, si è articolata, come già detto in precedenza, in svariate condotte consistenti nella diffusione di informazioni non corrette in relazione alle motivazioni sottese alla cancellazione dei propri servizi e ai diritti spettanti alla clientela in caso di cancellazione dei voli, nella proposta immediata di un *voucher* sostitutivo a prioritario ed esclusivo ristoro del viaggiatore inciso dalla cancellazione unilaterale del viaggio, nelle difficoltà di contatto con l'assistenza clienti e nelle difficoltà frapposte all'utilizzo successivo del *voucher,* stante, in particolare, la possibilità di utilizzo solo per il titolare ovvero la perdita del voucher in caso di cancellazione del volo acquistato con il *voucher* stesso nonché, da ultimo, il mancato rimborso di eventuali servizi accessori acquistati dal passeggero insieme al biglietto aereo.

112. Dalla documentazione versata in atti risulta, anzitutto, che il professionista ha agito con modalità ingannevoli ed omissive, in violazione della disciplina consumeristica, laddove, sia nei confronti della generalità degli utenti sia verso i singoli clienti, ha tralasciato informazioni, o le ha rese in modo lacunoso, ambiguo e spesso intempestivo, in merito ai diritti e prerogative spettanti ai consumatori, in base alla vigente normativa a tutela dei passeggeri, a seguito delle cancellazione dei propri servizi di trasporto.

113. Al riguardo, il professionista ha eccepito che i fatti descritti nelle segnalazioni dei consumatori non siano rilevanti ai fini della ricostruzione di una fattispecie di pratica commerciale scorretta in

quanto tutti riconducibili a situazioni specifiche e a condotte isolate. Tale eccezione non può essere condivisa. In primo luogo, molti consumatori hanno allegato le schermate e le *e-mail* ricevute da Ryanair a seguito della cancellazione del volo, dalle quali in chiara evidenza si evincono le difficoltà di contatto con l'assistenza clienti consistenti nei lunghi tempi di attesa ovvero nella necessità di utilizzare un numero a pagamento, le modalità per richiedere il *voucher* (cfr. schermate riportate nel paragrafo dedicato alle risultanze istruttorie) indicate come la forma immediata di rimborso mentre sono descritti i tempi lunghi ed incerti in caso di richiesta del rimborso monetario. Parimenti, è evidente l'utilizzo di affermazioni volte a disincentivare le richieste di rimborso ovvero tese a negare l'esistenza di un diritto al rimborso. Al riguardo vale per tutti l'esempio – ammesso dal professionista quale mero errore – della risposta standardizzata nella *chat box*. Quest'ultima evenienza – a differenza di quanto sostenuto da Ryanair– risulta rilevante al fine di dimostrare un intento generalizzato di ostacolare il consumatore nella richiesta di ristoro e rimborso monetario.

114. In secondo luogo, il numero elevato di segnalazioni che lamentano un comportamento del professionista volto a indurre il consumatore ad optare per il *voucher* creando ostacoli nel riconoscere il rimborso monetario è il sintomo di un fenomeno diffuso che ha riguardato tutti i consumatori che avevano acquistato i biglietti aerei di Ryanair.

115. Pertanto, il quadro fattuale che emerge dall'insieme delle segnalazioni è che, nel periodo considerato, il Vettore non ha adottato un comportamento idoneo e adeguato ad allertare i consumatori circa le possibilità loro offerte a seguito dell'avvenuta cancellazione del volo già prenotato. Inoltre, il Vettore ha adottato modalità di comunicazione idonee a far "preferire" la scelta del *voucher* anziché il rimborso in denaro. È evidente, infatti, che se il professionista, a fronte della cancellazione del volo, offre un *voucher,* descrivendo la possibilità di ottenere il rimborso in denaro come difficile ed incerta, determina, di fatto, una limitazione alla libertà di scelta dei consumatori, inducendo il consumatore ad una scelta commerciale che altrimenti non avrebbe effettuato.

116. In merito alla valenza delle segnalazioni, rileva la giurisprudenza costante dei giudici amministrativi i quali hanno più volte riaffermato il principio secondo il quale "*non occorre individuare un concreto pregiudizio delle ragioni dei consumatori, in quanto è la stessa potenzialità lesiva, al fine di evitare anche solo in astratto condizionamenti e/o orientamenti decettivi, che consente di ascrivere la condotta nel quadro dell'illecito di "mero pericolo" in quanto intrinsecamente idonea a configurare le conseguenze che il codice del consumo ha invece inteso scongiurare*"[47].

117. Infatti, le informazioni complessive rese in merito alle modalità di assistenza post-vendita e, soprattutto, le modalità per il rilascio di ristori e rimborsi spettanti in restituzione del prezzo del biglietto cancellato sono risultate gravemente omissive. Risulta, infatti, che Ryanair non ha evidenziato adeguatamente alla clientela tutte le alternative di ristoro comunque spettanti, in base alla vigente normativa europea a tutela dei diritti dei consumatori, in caso di soppressione dei servizi di trasporto, inducendo il consumatore a preferire il *voucher*; né, del pari, è stata rappresentata chiaramente la possibilità di scelta che dev'essere rimessa al consumatore circa la modalità di rimborso per il biglietto del volo cancellato. Infatti, Ryanair ha proposto il *voucher* come prima, prioritaria e più immediata forma di ristoro per il volo dalla stessa cancellato, in quanto generato

[47] Cfr. Sentenza Tar Lazio n. 6446 del 3 luglio 2009, n. 218 del 10 gennaio 2017 e n. 2245 del 20 febbraio 2020; Consiglio di Stato 27 febbraio 2020 n. 1425.

automaticamente a seguito della *e-mail* di comunicazione della cancellazione del volo, rimettendo la possibilità di chiedere il rimborso monetario ad una successiva e specifica richiesta da parte del consumatore, da formulare tramite richiesta espressa al *call center* a pagamento, che risultava peraltro di difficile utilizzo.

118. In base alle evidenze raccolte, la corretta ed esaustiva informazione su tutti i diritti dei clienti incisi dalla cancellazione unilaterale dei voli è stata assicurata solo da ultimo dal Vettore, attraverso le misure migliorative introdotte nel corso dell'istruttoria.

119. Risulta infatti che, in patente violazione della diligenza professionale ordinariamente attendibile dalle imprese del settore, Ryanair ha addotto la grave situazione emergenziale da Covid-19, in particolare, sottolineando le connesse ma non più vigenti limitazioni alla circolazione, a motivo (e vincolo) dei comportamenti contestati quando, al contrario, le cancellazioni hanno costituito decisioni commerciali assunte in autonomia dal Professionista. Ryanair ha in questo modo indebitamente e strumentalmente sfruttato la complessiva situazione emergenziale a proprio vantaggio ed in continuativo e diffuso danno dei consumatori. L'assunto è supportato dalle varie evidenze istruttorie *supra* riportate (le denunce dei consumatori) in base alle quali il Vettore risulta invece aver costantemente addotto la circostanza emergenziale a sistematica giustificazione delle cancellazioni operate e a favore dell'erogazione del *voucher* invece del rimborso in denaro costantemente ostacolato e sostanzialmente negato.

120. In tale contesto risulta particolarmente rilevante la libertà di scelta che deve essere riconosciuta ai consumatori in merito al tipo di ristoro/rimborso per il biglietto del volo cancellato dal Vettore. Inoltre, tale orientamento condivide con la normativa nazionale emergenziale l'intento di contemperare il più possibile gli interessi dei passeggeri con quelli dei Professionisti, senza tuttavia dimenticare l'oggettiva asimmetria del rapporto di consumo e la posizione strutturalmente sperequata del consumatore individuale rispetto all'impresa.

121. In tale contesto, le modalità di assistenza post cancellazione dei voli adottate da Ryanair assumono caratteristiche aggressive, in quanto idonee ad attuare un indebito condizionamento delle scelte dei consumatori, mediante la frapposizione degli ostacoli soprarichiamati all'esercizio dei diritti contrattuali con riferimento all'ottenimento del rimborso in denaro, spettante in caso di cancellazione unilaterale del viaggio da parte del Vettore, comportando, per la generalità dei consumatori, la sostanziale imposizione di una modalità specifica di ristoro nonostante la perfetta ammissibilità (ed anzi la loro doverosità, dal lato dell'impresa) delle alternative previste dalle discipline vigenti sul punto.

122. Va rilevata, a riprova dell'aggressività della fattispecie in esame, nel caso di specie la sussistenza dell'elemento strutturale dell'indebito condizionamento (ossia gli ostacoli non contrattuali posti all'esercizio dei diritti scaturenti dal contratto), nonché dell'elemento funzionale, costituito, nella fattispecie, dall'effetto distorsivo sulla libertà di scelta del consumatore in merito all'opzione di rimborso preferita.

123. La scorrettezza e gravità delle condotte emergono anche in ragione del sostanziale vantaggio conseguito dall'impresa (ossia l'anticipato pagamento di prestazioni non più erogate) e dal fatto che i consumatori sono stati indotti a sopportare un sacrificio non dovuto, ossia l'accettazione del *voucher* sostitutivo, pur di non perdere il valore economico del biglietto già pagato. Infatti - e diversamente da quanto addotto a propria difesa dal Professionista - è proprio il carattere ampio e "unilaterale" del beneficio economico derivante alla Società da tali condotte che non può renderle

"giustificabili" nemmeno nell'attuale contingenza di crisi economica generale, stante, peraltro, il riconoscimento di ristori ricevuti dalle compagnie aeree da quasi tutti i Paesi europei.

124. Parimenti connotata da elementi di aggressività risulta la successiva condotta posta in essere dal Vettore al riaggravarsi della situazione sanitaria e alla necessità per molti consumatori di annullare i biglietti aerei in quanto impossibilitati a recarsi in zone del territorio nazionale o extranazionale interdetto per le restrizioni sanitarie locali. Infatti, come risulta dalle segnalazioni acquisite agli atti del fascicolo, molti consumatori non hanno ricevuto alcuna forma di ristoro a seguito della rinuncia al viaggio, così violando altresì quanto previsto dall'art. 88-*bis*, commi 1-3, d.l. n. 18/2020, ai sensi del quale il professionista è tenuto a ristorare il consumatore nel caso in cui quest'ultimo rinunci al volo per i motivi legati all'emergenza sanitaria individuati nella previsione normativa.

125. Inoltre, molti consumatori che hanno cercato di utilizzare il *voucher* - accettato volontariamente in sostituzione del rimborso monetario - per l'acquisto di nuovi voli si sono visti decurtare di una parte del valore dello stesso per la parte relativa ai servizi accessori, pagati ma non utilizzati a seguito della cancellazione del servizio aereo al quale erano connessi ovvero per la perdita del valore del *voucher* in caso di cancellazione anche del volo acquistato con il *voucher* stesso. Quest'ultimo comportamento appare particolarmente lesivo dei diritti dei consumatori in quanto idoneo a vanificare l'esercizio pieno dei diritti post-vendita derivanti dal contratto e dalla normativa emergenziale, creando un impedimento concreto e non giustificato da ragionevoli obiettivi commerciali del Vettore.

126. Peraltro, il *voucher*, quale misura compensativa dell'importo pagato per un volo, poi cancellato dal vettore, deve poter essere utilizzato nella sua interezza, anche in più occasioni, qualora il consumatore non riesca, con un acquisto successivo, ad utilizzarlo interamente. Tale principio, che dovrebbe avere valenza generale, trova in una situazione come quella derivante dall'emergenza sanitaria ancora maggior fondatezza stante la natura irrinunciabile dei diritti riconosciuti ai consumatori da parte della normativa vigente e da tutti gli obblighi dalla stessa imposti a carico dei vettori ed a favore dei consumatori[48].

127. Risulta evidente che, anche in tale ultima ipotesi, Ryanair abbia di fatto aggirato le vigenti prescrizioni di riferimento a tutela dei consumatori-viaggiatori nella parte in cui viene imposta alle imprese la restituzione dell'importo integrale del biglietto "*senza ulteriori oneri*" per il passeggero che abbia comunque subìto la soppressione del volo ad opera del Vettore.

128. Nel caso in esame, pertanto, rilevano le condotte commerciali adottate da Ryanair attinenti alla complessiva attività di assistenza post-vendita fornita dalla Società alla propria clientela, successivamente al 3 giugno 2020, a seguito della soppressione unilaterale dei voli da parte del vettore o alla rinuncia al volo da parte dei consumatori successivamente al 6 novembre 2020. Tali attività è articolata in molteplici condotte consistenti nella fornitura di informazioni lacunose e intempestive sulla cancellazione dei servizi e sui diritti spettanti alla clientela in caso di soppressione

---

[48] Infatti l'art. 15 del Regolamento UE n. 261/2004, rubricato "*Irrinunciabilità*", recita: "*1. Gli obblighi nei confronti dei passeggeri stabiliti dal presente regolamento non possono essere oggetto di restrizioni o rinuncia, in particolare per effetto di clausole derogatorie o restrittive del contratto di trasporto.*
2. Qualora una clausola restrittiva o derogatoria sia applicata contro un passeggero o se costui non sia stato correttamente informato dei suoi diritti ed abbia pertanto accettato una compensazione inferiore a quella prevista dal presente regolamento, il passeggero ha comunque il diritto di avviare le necessarie procedure dinanzi ai tribunali od organi competenti per ottenere una compensazione integrativa".

delle voli, nella proposta immediata del *voucher* sostitutivo in luogo del rimborso in denaro costantemente ostacolato e ritardato ovvero nella mancata fornitura di un ristoro anche laddove lo stesso risultava previsto dalla normativa emergenziale nazionale, nell'applicazione di oneri ulteriori ed imprevisti sui ristori erogati e, in particolare, sull'utilizzo successivo del *voucher*. Tali condotte hanno determinato una limitazione e riduzione dei diritti spettanti ai consumatori, in violazione degli artt. 21, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo.

Pratica sub B)

129. La campagna pubblicitaria diffusa da Ryanair, e descritta più dettagliatamente al paragrafo II del presente provvedimento, si fonda su una promessa rassicurante rivolta ai consumatori, relativa alla possibilità di acquistare un biglietto aereo e di poterlo cambiare senza il pagamento di alcun onere economico aggiuntivo, sia esso penale o supplemento. L'intento del messaggio è quello di invogliare i consumatori all'acquisto di biglietti aerei anche in una situazione di incertezza in ordine alla possibilità di effettivo utilizzo degli stessi, a causa del perdurare della situazione pandemica Covid-19.

130. L'incertezza sulla possibilità di viaggiare e di spostarsi liberamente sul territorio nazionale ed internazionale ha ridotto notevolmente gli acquisti di biglietti aerei da parte dei consumatori, come ha affermato lo stesso Professionista. Infatti, molti consumatori, a fronte del rischio di acquistare un biglietto aereo che poi non potrebbero utilizzare, hanno preferito astenersi dall'effettuare l'acquisto. In tale contesto, la forte valenza di aggancio del messaggio è evidente, stante la singolarità del periodo in cui è stata posta in essere la pratica – con i mutevoli limiti posti alla circolazione – che ha in ogni caso sensibilizzato e stimolato all'acquisto i consumatori, convinti, proprio a seguito della rassicurante promessa pubblicitaria, di poter ragionevolmente usufruire del servizio acquistato senza dover pagare costi aggiuntivi in caso di impossibilità di effettuare il viaggio e, di conseguenza, dovendo cambiare data della partenza.

131. In questo caso, l'effetto "aggancio" del cliente è consistito nella stessa possibilità di cambiare la data di utilizzo del servizio di trasporto aereo acquistato e dalla prospettazione dell'assenza di qualsivoglia condizione o supplemento in caso di impossibilità da parte dello stesso passeggero che per ulteriori propri impedimenti o a causa di successive restrizioni alla circolazione, avrebbe comunque potuto rimandare il viaggio e usufruire del servizio aereo acquistato in un momento successivo.

132. Le risultanze istruttorie hanno evidenziato, invece, che l'opzione pubblicizzata aveva condizioni di utilizzo diverse da quelle ambiguamente descritte nel messaggio pubblicitario. Infatti, come peraltro ammesso dallo stesso Professionista, normalmente le condizioni di utilizzo dell'opzione cambio volo previste dal professionista prevedono: un supplemento cambio volo, l'applicazione di tariffe più elevate e il pagamento di una penale. A seguito della campagna pubblicitaria in parola Ryanair ha riconosciuto ai consumatori di poter effettuare il cambio volo escludendo – solamente ed esclusivamente – la penale per il cambio volo normalmente applicato dal professionista, rimanendo altresì valide l'applicazione di tariffe più elevate e l'eventuale supplemento, profili che non sono assolutamente indicati nel messaggio che lascia ingannevolmente intendere la possibilità di cambiare il biglietto senza il pagamento di alcun onere economico.

133. Anche l'applicazione di una penale, in caso di cambio volo nei sette giorni antecedenti la partenza, ha snaturato l'effettività dell'offerta commerciale, come pubblicizzata, generando

conseguentemente un effetto ingannevole sull'aspettativa dei consumatori di poter fruire del biglietto in maniera incondizionata e senza costi aggiuntivi. In tal modo, peraltro, proprio in ragione della congiuntura epidemica in corso, i clienti sono stati orientati ad acquistare i biglietti aerei messi in vendita dal Vettore, in quanto apparentemente utilizzabili in qualunque periodo, laddove invece avrebbero dovuto rispettare condizioni di cambio e pagare un importo aggiuntivo.

134. Diversamente da quanto affermato dal Vettore, il messaggio pubblicitario, modificato a seguito della presentazione degli impegni, continua a presentare aspetti di ingannevolezza e scorrettezza in ordine alle condizioni di utilizzo dell'opzione pubblicizzata, in quanto un *claim* così forte e rassicurante – come quello utilizzato dal vettore nella campagna pubblicitaria *de qua* – non può essere sanato da un semplice rinvio a "Termini e Condizioni contrattuali". Il messaggio infatti contiene in sé la promessa di una modifica sostanziale delle normali condizioni di viaggio previste da Ryanair. L'applicazione di tariffe più elevate, come il permanere della penale, nel caso in cui il cambio volo venga effettuato nei sette giorni antecedenti la partenza del volo, sono condizioni essenziali nelle scelte di acquisto del consumatore e, per tale ragione, non possono essere taciute ovvero portate a conoscenza del consumatore tramite un generico rinvio alle condizioni contrattuali.

135. Risulta, infine, priva di pregio l'eccezione sollevata da Ryanair in ordine alla mancata contestazione di questo specifico profilo di doglianza. Oggetto della contestazione è infatti la campagna pubblicitaria in ordine alla possibilità di cambiare il biglietto aereo senza limitazioni e oneri economici e la conformità della stessa ai princìpi di trasparenza, completezza e correttezza dell'informazione pubblicitaria, come declinati dagli artt. 21 e 22 del Codice del Consumo. Nel caso di specie, tali canoni sono stati violati dal professionista nella misura in cui ha omesso un'informazione essenziale ai fini della scelta di acquisto da parte del consumatore.

136. Infine, come sottolineato anche nel parere dell'AGCOM, l'utilizzo dei canali *on line* di vendita ha contribuito ad amplificare l'effetto decettivo della pratica in virtù dell'ampia platea di destinatari che la proposta del Vettore era comunque idonea a raggiungere, nonostante la concreta decettività dell'offerta commerciale.

137. Sulla base di tali valutazioni, la pratica commerciale in esame, siccome inerente all'invito all'acquisto – a mezzo della rassicurante promessa di poter effettuare il cambio volo – deve ritenersi gravemente ingannevole in contrasto con gli artt. 21, comma 1, lett. *a)* e *b*), e 22 del Codice del Consumo in quanto ha indotto i consumatori a scelte commerciali di acquisto che altrimenti non avrebbero effettuato.

Conclusioni

138. In conclusione, nel caso in esame sono state poste in essere due pratiche commerciali scorrette da parte di Ryanair DAC.

139. La prima, *sub* A), attiene alla complessiva attività di assistenza post-vendita fornita dalla Società alla propria clientela, successivamente al 3 giugno 2020, a seguito della soppressione unilaterale dei voli da parte del vettore o alla rinuncia al volo da parte dei consumatori successivamente al 6 novembre 2020, articolatasi in molteplici condotte consistenti nella fornitura di informazioni lacunose e intempestive sulla cancellazione dei servizi e sui diritti spettanti alla clientela, nella proposta immediata del *voucher* sostitutivo in luogo del rimborso in denaro costantemente ostacolato e reso oneroso attraverso la richiesta da formulare tramite *call center* a pagamento, nell'applicazione di oneri ulteriori ed imprevisti sui ristori erogati e, in particolare,

sull'utilizzo successivo del *voucher*; inoltre, a partire da novembre 2020, nella mancata applicazione della disciplina emergenziale con riconoscimento del ristoro in caso di annullamento da parte del passeggero. Le condotte sopra esaminate appaiono configurare, pertanto, una pratica scorretta in occasione della quale il professionista ha sfruttato indebitamente la giustificazione relativa all'emergenza epidemiologica per limitare i diritti dei consumatori, i quali avrebbero dovuto essere adeguatamente informati ed assistiti nonché prontamente rimborsati in caso di cancellazione del volo.

140. Peraltro, con riferimento alle condotte sopra esaminate, non si riscontra, nel caso di specie, il normale grado di diligenza professionale richiesto dall'articolo 20, comma 2, del Codice del Consumo, ossia quel grado di specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente ci si può attendere avuto riguardo alla qualità del Professionista e alle caratteristiche dell'attività svolta, con riferimento alle modalità inadeguate con cui ha gestito la complessiva assistenza post-vendita alla clientela incisa dalla cancellazione unilaterale del volo o che ha rinunciato a causa delle restrizioni imposte dall'emergenza sanitaria al viaggio acquistato. Ryanair, invece, avrebbe dovuto rendere, anzitutto, informazioni complete e tempestive sulla soppressione dei voli e sulla propria *policy* di ristoro senza contrastare l'esercizio dei diritti e delle facoltà spettanti ai consumatori in siffatte evenienze in base alle norme vigenti ed evitando ulteriori addebiti.

141. Pertanto, come sopra ampiamente illustrato, con riferimento alla pratica *sub* A) si deve concludere che la stessa risulti non solo ingannevole ed omissiva, ma anche connotata da specifici profili di aggressività, in violazione degli artt. 20, 21, comma 1, lettere a) e *b*), 22, 24 e 25 del Codice del Consumo.

142. La seconda pratica, *sub* B) è consistita nella diffusione di una campagna pubblicitaria decettiva ed ingannevole, basata su *claim* fortemente accattivante per i consumatori che hanno ritenuto di poter acquistare biglietti aerei e di poterli cambiare senza alcun onere aggiuntivo sulla base dell'evolversi della situazione legata alla libertà degli spostamenti derivante dall'emergenza sanitaria mentre hanno dovuto pagare tariffe più elevate e l'applicazione della penale in caso di cambio nei sette giorni dalla partenza, limitazione non adeguatamente evidenziata, e ciò in violazione degli artt. 20, 21 comma 1, lettere *a*) e *b*), e 22 del Codice del Consumo.

VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

143. Ai sensi dell'articolo 27, comma 9, del Codice del Consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

144. In caso di procedimento che abbia ad oggetto una pluralità di illeciti amministrativi accertati, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire come in presenza di una pluralità di condotte dotate di autonomia strutturale e funzionale, ascritte alla responsabilità dei professionisti, si applica il criterio del cumulo materiale delle sanzioni, in luogo del cumulo giuridico (cfr. tra le altre, Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza del 19 gennaio 2012, n. 209).

145. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'articolo 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta

dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

146. Con riferimento alla pratica commerciale *sub* A), ai fini della gravità dell'infrazione si considerano: *i)* la dimensione economica del Professionista, che nell'esercizio 2020 ha realizzato un fatturato pari a oltre 8 miliardi di euro, e l'importanza dello stesso trattandosi del principale operatore *low cost* a livello mondiale; *ii)* dell'ampia diffusione della pratica commerciale, idonea a raggiungere una pluralità di consumatori, in ragione dei canali *on line* disponibili per le vendite dei biglietti, e del fatto che sono state operate dal Vettore *[500.000-800.000]*[*] cancellazioni di viaggi nel secondo semestre 2020; *iii)* l'entità del pregiudizio economico derivante ai consumatori, con riguardo al mancato viaggio e all'esborso pur sostenuto per il pagamento del relativo biglietto; *iv)* il corrispondente beneficio economico complessivo derivato al Professionista per l'acquisizione anticipata di pagamenti in assenza di immediate controprestazioni; *v)* l'aver sfruttato indebitamente la contingente situazione di emergenza sanitaria, prospettandola a sistematica giustificazione delle cancellazioni autonomamente operate.

147. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi acquisiti agli atti risulta che la pratica commerciale *sub* A) è stata posta in essere dal mese di giugno al mese di dicembre 2020, avuto riferimento ai comportamenti relativi alle comunicazioni inviate ai passeggeri contenenti la proposta del solo *voucher* quale modalità di ristoro e agli ostacoli alle richieste di rimborso, mentre la pratica risulta ancora in corso in ordine ai comportamenti relativi agli ostacoli nell'utilizzo del *voucher* ed in particolare modalità, caratteristiche e tempistica di utilizzo dello stesso o al rimborso alla sua scadenza, così come al diniego di ristoro in caso di rinuncia al volo da parte dei consumatori successivamente al 6 novembre 2020.

148. Sulla base di tali elementi, con riguardo alla pratica *sub* A), si ritiene di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Ryanair DAC nella misura di 4.000.000 € (quattromilioni di euro).

149. Tuttavia, in considerazione della presenza, nel caso di specie, di alcune circostanze attenuanti quali: *i)* la rappresentata grave perdita economica subita dal Vettore nel periodo marzo 2020 - marzo 2021, pari al *[50-100%]* di fatturato rispetto al medesimo periodo dell'anno precedente; *ii)* il contesto – operativo ed economico – oggettivamente eccezionale in cui la Società è venuta ad operare per /effetto del diffondersi, nel periodo in contestazione, dell'epidemia di Covid-19, si ritiene congruo ridurre l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Ryanair DAC a 2.800.000 € (duemilioniottocentomila euro).

150. Con riferimento alla pratica commerciale *sub* B), ai fini della gravità dell'infrazione si tiene sempre conto della *i)* dimensione economica del Professionista e *ii)* dell'ampia diffusione della pratica commerciale – come sopra rappresentate per la pratica A) – nonché *iii)* dell'entità del pregiudizio economico derivante ai consumatori, con riguardo alla necessità di dover pagare un successivo onere economico (tariffa più elevata o penale in caso del cambio volo nei sette giorni) rispetto alla promessa gratuità del cambio volo; *iv)* il corrispondente vantaggio economico complessivo derivato al Professionista per la vendita di biglietti sulla base di una promessa di gratuità non veritiera, nonché degli eventuali ulteriori addebiti applicati per l'utilizzo del cambio

[*] Nella presente versione alcuni dati sono stati omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza e segretezza delle informazioni.

volo da parte del passeggero; *v)* l'aver sfruttato indebitamente la contingente situazione di emergenza sanitaria, per indurre il consumatore ad un acquisto sulla base di un presupposto non vero.

151. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi acquisiti agli atti risulta che la pratica commerciale *sub* B) è stata posta in essere dal mese di giugno 2020 al mese di gennaio 2021[49].

152. Sulla base di tali elementi, con riguardo alla pratica *sub* B), si ritiene di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Ryanair DAC nella misura di 2.000.000 € (duemilioni di euro).

153. Tuttavia, in considerazione della presenza, anche per tale pratica, di alcune circostanze attenuanti quali: *i)* la rappresentata grave perdita economica nel periodo marzo 2020 – marzo 2021, pari al *[50-100%]* di fatturato rispetto al medesimo periodo dell'anno precedente; *ii)* il contesto – operativo ed economico – eccezionale in cui la Società è venuta ad operare per effetto del diffondersi, nel periodo in contestazione, dell'epidemia da *Covid-19*; *iii)* l'implementazione anticipata, nel corso dell'istruttoria, di alcune misure migliorative, idonee ad eliminare/attenuare le conseguenze pregiudizievoli delle condotte illecite nei confronti dei consumatori; si ritiene congruo ridurre l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Ryanair DAC a 1.400.000 € (unmilionequattrocentomila euro).

RITENUTO, pertanto, tenuto conto del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, e sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale *sub* A) risulta scorretta, ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1, lettere *a*) e *b*), 22, e aggressiva ai sensi degli artt. 24 e 25 del Codice del Consumo, in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea, mediante adozione di modalità ingannevoli e aggressive, a ostacolare l'assistenza post-vendita ai passeggeri a seguito della cancellazione unilaterale di servizi di trasporto offerti, in modo da falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio in relazione ai servizi offerti dal Professionista;

RITENUTO, altresì, tenuto conto del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, e sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale *sub* B) risulta scorretta, ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1, lettere *a*) e *b*), ai sensi dell'articolo 21 e 22, del Codice del Consumo, in quanto idonea, mediante la persistente offerta, a mezzo dei canali di comunicazione di massa, di una promozione ingannevole ed omissiva in grado di falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio, in relazione alla possibilità di acquistare un biglietto aereo e di cambiarlo senza il pagamento di alcun costo supplementare;

DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II, lettera A), del presente provvedimento, posta in essere dalla società Ryanair DAC, costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta e aggressiva ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1, lettere *a*) e *b*), 22, 24 e 25 del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

[49] Cfr. memoria Ryanair del 6 aprile 2021

b) che la pratica commerciale descritta al punto II, lettera B), del presente provvedimento, posta in essere dalla società Ryanair DAC, costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta, ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1, lettere *a)* e *b*), e 22 del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

c) di irrogare alla società Ryanair DAC, in relazione alla violazione di cui al punto a), una sanzione amministrativa pecuniaria di 2.800.000 € (duemilioniottocentomila euro);

d) di irrogare alla società Ryanair DAC, in relazione alla pratica di cui al punto b), una sanzione amministrativa pecuniaria di 1.400.000 € (unmilionequattrocentomila euro);

e) che il Professionista comunichi all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui ai punti a) e b).

Le sanzioni amministrative irrogate devono essere pagate entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, tramite bonifico (in euro) a favore dell'Erario, utilizzando il codice IBAN IT04A0100003245348018359214 (codice BIC: BITAITRRENT), che corrisponde alla terna contabile 18/3592/14.
Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a 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.
Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

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

Ai sensi dell'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza al provvedimento, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. *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 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
Filippo Arena

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

Autorità garante della concorrenza e del mercato	Bollettino Settimanale Anno XXXI- N. 21 - 2021
Coordinamento redazionale	Giulia Antenucci
Redazione	Valerio Ruocco, Simonetta Schettini, Manuela Villani Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato Ufficio Statistica e Applicazioni Informatiche Piazza Giuseppe Verdi, 6/a - 00198 Roma Tel.: 06-858211 Fax: 06-85821256 Web: http://www.agcm.it
Realizzazione grafica	Area Strategic Design