



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9056 del 2011, proposto da:
Società Siemens Spa, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Tommaso Salonico e Roberto
Amore, con domicilio eletto presso Tommaso Maria Salonico in
Roma, piazza del Popolo, 18;

contro

Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, in
persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dall'Avvocatura Generale Dello Stato, presso i cui Uffici è domiciliata
per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Società Philips Spa, in persona del legale rappresentante p.t.; Società
Toshiba Medical System Italia Srl, in persona del legale
rappresentante p.t.; Società Alliance Medical Srl, in persona del legale

rappresentante p.t., non costituite;

per l'annullamento

del provvedimento dell'AGCM n. 22648 - adottato nell'adunanza del 4.8.2011 e notificato a Siemens S.p.A., in data 5.8.2011, prot. n. 44026 del 5.8.2011;

nonché di ogni eventuale atto presupposto della Decisione, o connesso o consequenziale alla medesima e, per quanto occorra, della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, notificata il 5 maggio 2011, prot. 0028608 del 4.5.2011

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2012 il cons. Rosa Perna e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, Siemens s.p.a. (di seguito, "Siemens" oppure la "società") ha contestato la legittimità della determinazione con la quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM" o l' "Autorità"), a conclusione del procedimento istruttorio I/729, ha ritenuto che la ricorrente, unitamente a Philips s.p.a. ("Philips"), Toshiba Medical Systems Italia s.r.l. ("Toshiba") ed

Alliance Medical S.r.l. ("Alliance"), avesse posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza – consistita nella definizione congiunta delle modalità di partecipazione ad una gara pubblica per la sanità per la regione Campania – ed ha applicato una sanzione amministrativa pecuniaria di importo pari ad € 1.102.500,00.

Nel sottolineare, preliminarmente, come l'impianto probatorio con il quale AGCM ha argomentato la presenza dell'intesa sia essenzialmente fondato sui rilievi all'attenzione dell'Autorità adottati dalla segnalazione di una società terza (GE Medical Systems Italia s.p.a., appartenente al gruppo General Electric, di seguito "GEMS") – relativa ad una riunione tra le anzidette società che si sarebbe tenuta il 6 luglio 2009 (la "Riunione") – l'odierna deducente ha proceduto ad un'analitica ricostruzione della vicenda nonché alla sintetica esposizione dell'*iter* procedimentale che ha condotto alla conclusiva irrogazione della contestata sanzione.

2. In data 4 febbraio 2010, l'Autorità ha avviato il procedimento n. I/729 nei confronti delle società Siemens, Toshiba, Philips ed Alliance, volto ad accertare eventuali violazioni dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ("art. 101 TFUE"). In data 4 agosto 2011, l'Autorità ha adottato il provvedimento impugnato con l'epigrafo ricorso ("Gara d'appalto per la sanità per le apparecchiature per la risonanza magnetica", pubblicato sul Bollettino n. 33-34/2011 del 12 settembre 2011; di seguito, il "Provvedimento").

Il Provvedimento sanziona le suddette società poiché avrebbero ”

posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, avente per oggetto l'alterazione del confronto concorrenziale realizzata attraverso lo scambio di informazioni sensibili e il coordinamento delle strategie commerciali". Secondo il Provvedimento, *"nel corso di una riunione tenutasi presso la sede di Alliance, i rappresentanti di Alliance stessa, Siemens, Toshiba e Philips hanno scambiato informazioni sulle reciproche strategie commerciali e concordato le possibili modalità di partecipazione alla gara in un'ottica ripartitoria della fornitura"* (punto 43 del Provvedimento).

I comportamenti pretesamente distorsivi della concorrenza sarebbero stati adottati al fine di concordare le modalità di partecipazione ad una gara pubblica, bandita in data 17 giugno 2009 dalla Società Regionale per la Sanità S.p.A. ("Soresa") per l'acquisto ed il noleggio di apparecchiature elettromedicali (la "Gara").

3. Il capitolato speciale della Gara prevedeva la fornitura complessiva, in un unico lotto, di sette apparecchiature per la risonanza magnetica, di cui tre in acquisto e quattro a noleggio, destinate ad alcune aziende sanitarie campane. L'importo massimo a base di gara, fissato in 8.885.000 euro, era riferito non solo alla fornitura ed alla manutenzione delle apparecchiature (oggetto dell'attività commerciale della ricorrente) ma anche a tutte le spese, nessuna esclusa, per la posa in opera, collaudo e messa in funzione delle apparecchiature e di tutte le opere edili, elettriche, idrauliche e di quant'altro necessario per la predisposizione dei siti. L'importo di rilevanza commerciale per le imprese che avessero presentato un'offerta di vendita e di noleggio

delle sette apparecchiature RM era quindi ben inferiore all'importo massimo fissato.

Infine, la Gara non riguardava l'intero territorio italiano e nemmeno tutto il territorio regionale, trattandosi di una singola gara per sette apparecchiature RM destinate ad alcuni ospedali che rappresentano una parte soltanto della domanda in Campania, dunque una frazione estremamente ridotta del territorio italiano.

4. La ricorrente affida l'impugnativa ai seguenti argomenti di doglianza:

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE e dell'art. 3 della legge 24 novembre 1981 n. 689 in merito all'imputabilità dell'illecito; eccesso di potere per carenza istruttoria in merito alla rappresentanza di Luigi Saggiomo; eccesso di potere per falso supposto in fatto, carenza istruttoria ed illogicità manifesta in merito alla prova principale della conoscenza dell'accordo da parte di Siemens; eccesso di potere per illogicità sull'interesse di Siemens a farsi rappresentare ed irragionevolezza delle presunzioni operate dall'Autorità;

Non è stato adeguatamente provato che l'accordo asseritamente anticompetitivo testimoniato nel Verbale sia effettivamente imputabile a Siemens.

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE in merito agli elementi probatori o indiziari; violazione dell'art. 6, n. 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e/o dell'art. 48, n. 1, della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; travisamento dei fatti, difetto d'istruttoria e di motivazione,

in quanto non vi è alcuna circostanza comportamentale né alcun documento a carattere probatorio o indiziario da cui si possa desumere l'adesione alla presunta intesa da parte della ricorrente; eccesso di potere per contraddittorietà e manifesta illogicità nella ricostruzione degli eventi;

La Decisione impugnata è erronea e illegittima, per la parte riguardante Siemens, poiché è fondata su un'istruttoria superficiale e su presunzioni ed elementi incongruenti e in aperto contrasto con le evidenze a discarico contenute nel fascicolo

III. Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE per insussistenza dell'intesa; eccesso di potere per carenza istruttoria, difetto di motivazione ed illogicità manifesta in merito al coinvolgimento di Siemens nella presunta intesa ripartitoria;

La Decisione è in ogni caso illegittima poiché non è in grado di dimostrare l'intesa spartitoria tra concorrenti ipotizzata dall'Autorità.

IV. Violazione e falsa applicazione dell'art. 10 e degli artt. 22 e ss. della legge 241/90 e degli artt. 7 e 13 del d.p.r. n. 217/98; violazione degli artt. 41, n. 2 e 42 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; eccesso di potere per carenza istruttoria e difetto di motivazione in relazione alle prove a discarico relative a Siemens e violazione del diritto di difesa;

L'illegittimità della Decisione deriva anche dalla scelta assai grave dell'Autorità di ignorare immotivatamente la documentazione aggiuntiva prodotta dalle parti nel corso del procedimento.

V. Sulla determinazione della sanzione: violazione e falsa applicazione

della Comunicazione della Commissione europea 2006/C 210/02; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 15 e 31 della legge 287/1990 e dell'art. 11 della legge 689/1981; eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, nonché violazione dei diritti di difesa e irragionevolezza.

La motivazione del Provvedimento impugnato sul tema della sanzione è gravemente carente. L'importo è sproporzionato e viziato da errore di diritto, in relazione alla gravità e alla durata dell'infrazione.

5. La parte ricorrente ha concluso insistendo per l'accoglimento del gravame proposto, con conseguente annullamento dell'atto oggetto di censura.

6. L'Autorità intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

7. Alla Pubblica Udienza del 18 aprile 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Nell'esaminare le censure svolte con l'epigrafata impugnativa, ritiene il Collegio che occorra: esaminare i fatti come ricostruiti dall'AGCM e le prove poste alla base della affermazione di responsabilità della società ricorrente; esaminare la qualificazione giuridica data ai fatti dall'Autorità; valutare se la ricostruzione dei fatti sia ragionevole, le prove raccolte sufficienti, la qualificazione giuridica corretta (Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 10; id., 2 marzo 2004, n. 926).

2. *Il provvedimento impugnato.* Nell'ambito di un accertamento operato con il provvedimento qui impugnato per quanto di ragione, l'AGCM ha accertato la sussistenza di una illecita intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'art. 101 TFUE, intervenuta tra Alliance, Siemens, Toshiba e Philips - imprese attive in Italia nella fornitura, quanto alla prima, di prestazioni e servizi sanitari di diagnostica, quanto alle altre, di apparecchiature mediche di diagnostica per immagini - volta alla determinazione congiunta delle modalità di partecipazione alla gara bandita da SORESA nell'anno 2009 per la fornitura di apparecchiature elettromedicali (punto 179).

2.1 Il provvedimento ha, in particolare, ritenuto che l'intesa sia stata posta in essere sotto forma di scambio di informazioni sensibili e di successiva elaborazione congiunta delle modalità di partecipazione alla gara e dei ruoli da attribuire a ciascuna società, in un'ottica di ripartizione, pro-quota, della fornitura, che hanno determinato condizioni di concorrenza diverse da quelle che si sarebbero verificate in assenza dell'accordo (cfr. punto 129 e ss.); che l'intesa presenti il carattere della consistenza in quanto coinvolge le principali imprese attive nel settore della fornitura di apparecchiature per la risonanza magnetica e servizi accessori, la cui concertazione è stata idonea ad alterare il confronto concorrenziale nel contesto della gara, di rilevanza comunitaria, bandita da Soresa per l'acquisto e il noleggio di sette apparecchiature per la risonanza magnetica destinate a diverse strutture sanitarie della Regione Campania; che l'intesa, peraltro, è suscettibile di pregiudicare i vantaggi di efficienza ricollegabili al

processo di razionalizzazione e centralizzazione degli acquisti pubblici su tutto il territorio nazionale, di cui Soresa è espressione (punto 127).

2.2 L'Autorità ha accertato che le suddette società partecipavano ad una Riunione presso la sede di Alliance - testimoniata dal Verbale trasmesso dal segnalante –svòltasi in due fasi: nella prima fase, i rappresentanti delle aziende scambiavano informazioni sensibili sulle prime valutazione strategiche svolte internamente alle aziende a ridosso della pubblicazione del bando di gara da parte di Soresa; nella seconda, gli stessi esplicitamente concordavano di sostituire al possibile confronto concorrenziale in sede di gara, una forma di collaborazione collusiva (punto 32).

2.3 Il verbale di incontro - allegato all'e-mail inviata all'Autorità dal segnalante - datato 6 luglio 2009, riportava in oggetto “Soresa” e conteneva la lista dei partecipanti alla Riunione nonché le dichiarazioni rilasciate da ciascuno di questi. Secondo quanto riportato nel provvedimento, “[L'agente della società Philips], in qualità di rappresentante della società Philips, “non esclude la possibilità di fare offerta da capitolato e partecipare direttamente alla gara”, il [omissis], in qualità di rappresentante di Siemens, “esclude la partecipazione diretta”, il [omissis], in rappresentanza di Toshiba, “ritiene fortemente critica la partecipazione alla gara sebbene non esclusa la possibilità alla partecipazione stessa”. Figurano tra i partecipanti anche i Sigg.ri [omissis], tutti dipendenti di Alliance Medical” (punto 30). “Nel documento è, inoltre, riportato il contenuto di quanto “i presenti concordano al termine di una

discussione: - 3RM [risonanza magnetica] fornitura Siemens (che parteciperà in ATI con AM), A) 1 RM noleggio Philips, B) 1 RM noleggio Toshiba, C) 1 RM noleggio Philips, D) 1 RM noleggio Toshiba, OPZIONALI, E) 1 RM noleggio a scelta dell'utilizzatore, F) 1 RM noleggio a scelta dell'utilizzatore" (punto 31).

2.4 Al termine della discussione i partecipanti concordavano che: "Siemens avrebbe partecipato "in ATI con AM" per la fornitura diretta delle tre apparecchiature (una destinata all'ASL Salerno - P.O. Battipaglia e due all'ASL Napoli 1 Centro - A.O. S.G. Bosco e A.O. San Paolo) di cui è previsto l'acquisto. Philips e Toshiba, invece, rinunciando alla possibilità di partecipare singolarmente, avrebbero sub-fornito ad Alliance le rimanenti quattro apparecchiature di cui era previsto il noleggio" (punto 45).

"L'accordo prevedeva anche un criterio di "abbinamento" delle apparecchiature alle strutture sanitarie ispirato alla eventuale preferenza espressa dalla stessa ASL ovvero all'esistenza di un eventuale rapporto di "fornitura storico" con un determinato produttore" (46).

2.5 L'Autorità ha dunque ritenuto che a tale intesa abbia preso parte anche la società ricorrente (punto 34); secondo quanto riportato nel Verbale della Riunione, il rappresentante dell'azienda dichiarava che Siemens "esclude la partecipazione diretta". (punto 44).

Il provvedimento dell'AGCM ha ritenuto che la decisione di Siemens di partecipare alla Gara in ATI con Alliance fosse riconducibile all'influenza dell'accordo concluso presso la sede di Alliance (punto

65).

3. Il settore interessato dal procedimento *de quo* è quello della produzione e vendita di apparecchiature elettromedicali di diagnostica per immagini e della fornitura di assistenza e manutenzione post-vendita. In considerazione delle sue peculiarità, il provvedimento dell'AGCM ha ritenuto che la gara bandita il 17 giugno 2009 da Soresa per l'acquisto e il noleggio di apparecchiature per risonanza magnetica, è idonea ad individuare il mercato rilevante oggetto del presente procedimento (punto 25).

4. Risulta, dall'accertamento operato dall'Autorità, che per effetto dell'intesa si è verificata un'alterazione del normale confronto concorrenziale, determinando condizioni di concorrenza in sede di gara diverse da quelle che si sarebbero determinate in assenza della stessa (punto 33), nel senso che lo scambio di informazioni strategiche e l'accordo concluso nel corso della riunione, al di là delle vicende successive e dell'esito della gara, hanno influito in maniera decisiva sull'autonomia decisionale delle società coinvolte e inciso, pertanto, sul processo di determinazione delle possibili modalità di partecipazione alla gara (punto 43).

5. L'AGCM ritiene provata la sussistenza di una intesa, per la gara di Soresa dell'anno 1999, sulla base del Verbale della Riunione, trasmesso dal segnalante e reperito in sede ispettiva presso tutte le Parti del procedimento ad eccezione di Siemens (punto 32).

Ex post è risultato che dei soggetti indicati nel verbale, soltanto Alliance e Siemens, costituite in ATI con Technoproject s.r.l.,

partecipavano alla gara presentando offerta; l'offerta veniva peraltro esclusa unitamente a quella dell'altra concorrente, GEMS.

6. Sulla base di tali elementi di fatto, l'AGCM perviene alla conclusione che le imprese hanno posto in essere un'intesa, nella forma di una totale *disclosure* delle possibili strategie future ma anche di un accordo di natura ripartitoria, che ha irreparabilmente influito sull'autonomia decisionale di Philips, Toshiba, Siemens e Alliance nella scelta delle possibili strategie di partecipazione alla gara Soresa (punto 48).

7. Questi gli argomenti giuridici utilizzati dall'AGCM:

- <<(…) ogni operatore economico deve determinare autonomamente la condotta che intende seguire sul mercato comune (….)Se la suddetta esigenza di autonomia non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei loro concorrenti, nondimeno essa vieta rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti, diretti o indiretti, in grado di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente attuale o potenziale, oppure di rivelare a tale concorrente il comportamento che si intende tenere, o che si prevede di tenere, sul mercato, qualora tali contatti abbiano lo scopo, o producano l'effetto, di realizzare condizioni di concorrenza diverse da quelle normali nel mercato in questione, tenuto conto della natura dei prodotti o delle prestazioni fornite, dell'importanza e del numero delle imprese e del volume di detto mercato (….) >> (punto 172);
- << Le intese possono estrinsecarsi, in accordi espressi, o in pratiche

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

- << Com'è noto ai fini del riconoscimento dell'illiceità dell'intesa non è necessaria la dimostrazione che la stessa “abbia prodotto in concreto effetti restrittivi, ma è sufficiente che abbia l'attitudine a produrne”>>.

8. Sulla base di tali accertamenti di fatto e di siffatto inquadramento giuridico, l'Autorità ritiene che:

- <<emerge una significativa alterazione del meccanismo concorrenziale riconducibile allo scambio di informazioni sensibili ed alla conclusione di un'intesa vietata tra Alliance, Siemens, Toshiba e Philips, volta alla determinazione congiunta delle modalità di partecipazione alla gara bandita da Soresa per la fornitura di apparecchiature elettromedicali in violazione dell'articolo 101 del TFUE. La consapevole condivisione delle informazioni sulla valutazione interna effettuata da ciascuna società in relazione alla possibile partecipazione alla gara, la successiva elaborazione congiunta delle modalità di partecipazione alla stessa e dei ruoli da attribuire a

ciascuna società, in un'ottica di ripartizione, pro-quota, della fornitura, hanno determinato condizioni di concorrenza diverse da quelle che si sarebbero verificate in assenza dell'accordo >> (punto 179);

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

- << L'intesa in esame risulta inoltre presentare il carattere di consistenza coinvolgendo imprese che cumulativamente detengono, a livello nazionale, una quota aggregata pari a circa il 68% delle vendite >>(punto 181).

9. *Le valutazioni del Collegio.* È in primo luogo largamente acquisito che, per quanto attiene alle intese restrittive della concorrenza, l'unico presupposto perché l'intesa possa essere considerata anticoncorrenziale e debba essere vietata, è costituito dall'avere per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente l'andamento della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante.

Secondo costante giurisprudenza, ai fini della verifica della condotta anticoncorrenziale, non è sempre indispensabile distinguere tra accordi e pratiche concordate, essendo ben più importante

individuare, rispetto ai semplici comportamenti paralleli privi di concertazione, le forme di collusione che ricadono nei divieti *antitrust* (T.A.R. Lazio, sez. I, 13 dicembre 2010, n. 36126, Liquigas s.p.a.; id., 20 settembre 2005 n. 6546, Imballaggi metallici; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1189, Assitalia; Corte Giustizia CE 8 luglio 1999, Anic e T.P.G., 20 marzo 2002, HFB).

Nella logica della normativa *antitrust*, la nozione di intesa è infatti oggettiva e tipicamente comportamentale, anziché formale, avendo al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire con una collaborazione pratica la competizione che la concorrenza comporta (T.A.R. Lazio, sez. I, 8 maggio 2007 n. 4123, relativa alla fornitura di prodotti antisettici e disinfettanti alle strutture sanitarie pubbliche).

Per la sussistenza dell'illecito, quindi, è sufficiente la presenza dell'oggetto anticoncorrenziale, e non anche, necessariamente, dell'effetto: le pratiche concordate ben rivelandosi possibili pur in assenza di effetti anticoncorrenziali, in quanto la pratica presuppone un comportamento dipendente dalla concertazione, ma non implica necessariamente che il comportamento stesso abbia avuto ricadute effettuali nel senso di impedire o falsare la concorrenza (cfr. Cons. Stato, VI, 22 marzo 2001 n. 1699 richiamato da T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 13 dicembre 2010, n. 36126 e 4 settembre 2007, n. 8951).

Il divieto, da intendersi alla luce della concezione comunitaria in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve

autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato, si specifica nel precetto che – pur dovendosi tenere ferma la libertà di scelta da parte delle imprese, incluso il diritto a reagire in maniera intelligente al comportamento, constatato o atteso dei concorrenti – è sempre vietato ogni contatto, diretto o indiretto, tra gli operatori che abbia per oggetto o per effetto di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente o di informare tale concorrente sulla condotta che l'impresa stessa ha deciso di porre in atto.

La legge, quindi, inibisce ogni tipo di iniziativa consistente nel “concordamento” delle linee di azione delle singole imprese, anche in funzione dell'eliminazione di incertezze sul reciproco comportamento, posto che tali iniziative finiscono con il sostituire all'alea della concorrenza il vantaggio della concertazione, così erodendo i benefici che in favore dei consumatori derivano dal normale uso della leva concorrenziale, ossia dalla fisiologica tensione di ogni impresa concorrente a ritagliarsi fette di mercato proponendo condizioni, sotto il profilo economico o sul versante dei caratteri dei prodotti e dei servizi, più appetibili per il fruitore (ex multis: T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 15 gennaio 2007 n. 204, 3 ottobre 2006 n. 9878 e 2 dicembre 2005 n. 12835).

10. Sul piano probatorio si consideri, poi, che nella consolidata giurisprudenza comunitaria principio fondamentale è quello per cui spetta all'Autorità produrre elementi probatori precisi e concordanti che corroborino la ferma convinzione che l'infrazione sia stata

commessa (ex multis, cause riunite T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, JFE Engineering/Commissione, 8 luglio 2004, punto 179; causa T- 11/06, 5 ottobre 2011, Romana Tabacchi/Commissione, punto 129); gli elementi di prova posti a base di una decisione antitrust devono dunque essere ragionevoli, affidabili e non contraddittori (sentenza Trib. DE, T-38/02, Groupe Danone/Commissione, 25 ottobre 2005, punto 286).

Coerentemente, la giurisprudenza italiana ha precisato che spetta all'Autorità dimostrare il collegamento e la coerenza tra i vari eventi che ritiene alla base di una intesa vietata e, conseguentemente, provare che tali elementi non siano razionalmente giustificabili in maniera alternativa (Cons. Stato, 7 marzo 2008, n. 1006). Infatti, nell'ambito di procedimenti antitrust "il criterio guida per prestare il consenso all'ipotesi ricostruttiva formulata dall'Autorità è quello della c.d. congruenza narrativa, in virtù del quale l'ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l'unica a dare un senso accettabile alla "storia" che si propone per la ricostruzione della intesa illecita. [...] In tale quadro i vari "indizi" costituiscono elementi del modello globale di ricostruzione del fatto, coerenti rispetto all'ipotesi esplicativa coincidente con la tesi accusatoria. Unitamente all'acquisizione di informazioni coerenti con le contestazioni mosse (riscontri), deve essere esclusa l'esistenza di valide ipotesi alternative alla tesi seguita dall'Autorità" (Cons. Stato, 25 marzo 2009, n. 1794; Cons. Stato, 20 febbraio 2008, n. 594).

11. Ad avviso del Collegio, nel caso che ne occupa, la ricostruzione complessivamente operata dall'Autorità non è congruamente motivata e rispondente ai fatti, come risultanti dalla istruttoria procedimentale, sicché nella fattispecie non è configurabile una intesa vietata ai sensi dell'art. 101 TFUE, né, in ogni caso, risulta provata la partecipazione della ricorrente ad un'intesa restrittiva della concorrenza.

12. Ed invero, meritevoli di adesione risultano le censure con cui la ricorrente contesta il travisamento dei fatti, l'erronea interpretazione del contenuto del Verbale della Riunione e l'erronea applicazione dell'art. 101 TFUE operati dall'Autorità con il provvedimento impugnato, laddove la società nega di aver stipulato o concluso alcuna intesa anticoncorrenziale per la Gara Soresa del 2009 o per altre; e invero, dal fascicolo istruttorio emerge chiaramente che Alliance, non essendo in possesso dei requisiti per partecipare singolarmente alla Gara, ha in primo luogo cercato un'impresa produttrice che le consentisse di partecipare (in ATI); essa infatti non è un produttore di apparecchiature elettromedicali ma una società che offre servizi sanitari, e pertanto è cliente dei produttori di apparecchiature e, come tale, poteva normalmente contattare Siemens per la fornitura di macchinari senza che ciò potesse assumere la valenza di un'intesa spartitoria, come ritenuto dal contestato provvedimento.

13. *La Riunione: la data.* Per una corretta rappresentazione dei fatti, va preliminarmente considerato che il Verbale della Riunione, che indica nel 6 luglio 2009 la data dell'incontro oggetto del procedimento

dell'Autorità (Provvedimento, punti 74-80), contiene un dato errato, dovendosi ritenere che la Riunione medesima avesse invece avuto luogo il 6 agosto 2009. A dimostrazione di quell'errore, e come comprovato da una serie di riscontri in atti, si rileva che: - il 6 luglio 2009 il sig. Cacciano (il giovane venditore di Toshiba che prendeva parte alla Riunione) si trovava in altra località (Nocera) a circa 250 km dagli uffici romani di Alliance, in cui la Riunione avrebbe avuto luogo; - in data 6 agosto 2009, il Sig. Cacciano, alle 16: 18, inviava un fax a Toshiba direttamente dagli uffici romani di Alliance presso i quali la Riunione aveva avuto (verosimilmente) luogo, per inoltrare una copia del Verbale al presidente di Toshiba; - in una e-mail dell'11 agosto 2009 inviata dal Sig. Bellezza (Philips) all'Ing. La Bella (Alliance) si faceva riferimento a "la riunione di qualche giorno fa" ed il cui oggetto indicava "Soresa: incontro"; - in una e-mail interna di Philips, rinvenuta in sede di ispezione dall'Autorità e datata 6 agosto 2009, indirizzata dal Sig. Bellezza ai Dott. Parrella e Secli, il primo informava della Riunione i propri dirigenti; - il rapporto settimanale interno del Sig. Cacciano, riguardante l'attività della settimana del 3 agosto 2009 e prodotto nel corso del procedimento, riportava, per giovedì 6 agosto 2009, il seguente ordine del giorno: "Riunione Alliance Roma per gara RMN Soresa" .

Da ultimo non è priva di significato la circostanza che, nel fascicolo del procedimento dell'Autorità, non esista un singolo documento riferito al periodo 6 luglio-5 agosto 2009.

14. *Segue: l'oggetto.* Quanto al contenuto della Riunione, ritiene il

Collegio che essa non avesse per oggetto o per effetto l'alterazione del confronto concorrenziale realizzata attraverso lo scambio di informazioni sensibili ed il coordinamento delle strategie commerciali delle società partecipanti, e dunque non concretasse una intesa vietata ai sensi dell'art. 101 TFUE.

Il contenuto del Verbale riflette invece lo svolgimento di una Riunione nella quale Alliance, che ne aveva assunto l'iniziativa, semplicemente presentava una proposta commerciale preliminare alle altre società presenti, in quanto suoi fornitori.

14.1 Come già rilevato, infatti, Alliance – a differenza delle altre imprese presenti - non offre prodotti e apparecchiature elettromedicali ma servizi di diagnostica per immagini e pertanto essa non opera nello stesso mercato di Siemens e delle altre società partecipanti.

Ne consegue che Alliance, non essendo in possesso dei requisiti per partecipare singolarmente alla Gara, e riscontrata l'impossibilità di ottenere la partecipazione di GEMS nel costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese, in quella Riunione, verosimilmente si proponeva di chiedere ai propri fornitori di formulare, sia pure in un momento successivo, una proposta rivolta alla stessa Alliance ed avente ad oggetto la fornitura delle apparecchiature per la partecipazione alla Gara Soresa, per poi consentire a quest'ultima in un secondo momento di effettuare una scelta definitiva, dopo una necessaria comparazione di prezzi, di requisiti e di condizioni di vendita i quali, nel corso della Riunione, non venivano indicati né

contrattati; come non venivano discussi né il modello né le caratteristiche tecniche delle RM prodotte dalle varie imprese invitate alla Riunione.

14.2 Oggetto e scopo della Riunione, dunque, era di sollecitare una proposta rivolta ad Alliance per la fornitura delle apparecchiature necessarie per la partecipazione di questa alla Gara e non anche un accordo per il coordinamento delle strategie commerciali delle imprese in ordine alla partecipazione alla Gara, in modo da, e al fine di, sostituire al possibile confronto concorrenziale in gara una forma di collaborazione collusiva. Si deve pertanto concludere che quella Riunione era stata indetta per fini del tutto diversi da quelli di una possibile spartizione di una fornitura ovvero per finalità comunque anticoncorrenziali.

E invero, nel corso di quella Riunione, i partecipanti non precisavano, in modo impegnativo per le rispettive società, le offerte e le condizioni alle quali esse sarebbero stati disponibili ad offrire le loro apparecchiature RM in Gara.

14.3 Che nel corso della Riunione non fossero intervenute intese per la spartizione della fornitura a Soresa emerge anche da una lettera che l'Ing. La Bella, direttore commerciale di Alliance, in data 12 agosto 2009 aveva scritto a Philips, che recita come segue: "*A seguito della vostra decisione di offrire in rivendita MR1 da 1,5 (per Soresa Napoli) ... desideriamo richiedervi offerta per i sistemi e per i relativi contratti di manutenzione ...*". La lettera, rinvenuta dall'Autorità in sede di ispezione e redatta in un momento contestuale ai fatti per cui si

procede, comprova: (i) che nel corso della riunione Alliance propose non già la spartizione della fornitura ma la formulazione a suo favore di offerte per la rivendita di apparecchiature RM; e (ii) che alla proposta doveva seguire la formulazione di offerte per la rivendita; che, solo dopo la formulazione e l'accettazione di tali offerte sarebbe stata conclusa un accordo ma che questo non avrebbe concretato un'intesa spartitoria della fornitura, bensì l'offerta ad Alliance di apparecchiature in rivendita da parte di imprese che rimanevano soggettivamente estranee alle vicende della gara.

14.4 Le suddette conclusioni risultano rafforzate dall'esegesi testuale del Verbale della Riunione, nel quale erroneamente l'Autorità ha ravvisato la manifestazione di una forma di collusione realizzata in due fasi: a) lo scambio di informazioni sensibili concernenti le prime valutazioni strategiche relative alla partecipazione alla gara; b) la determinazione congiunta delle modalità di partecipazione alla Gara bandita da Soresa (punto 179).

15. *Segue: Il Verbale.* Come riportato nel provvedimento, in una prima parte della Riunione i partecipanti si scambiano le seguenti informazioni: “[L’agente della società Philips], in qualità di rappresentante della società Philips, “non esclude la possibilità di fare offerta da capitolato e partecipare direttamente alla gara”, il [omissis], in qualità di rappresentante di Siemens, “esclude la partecipazione diretta”, il [omissis], in rappresentanza di Toshiba, “ritiene fortemente critica la partecipazione alla gara sebbene non esclusa la possibilità alla partecipazione stessa”. Figurano tra i partecipanti anche i Sigg.ri [omissis], tutti dipendenti di Alliance Medical” (punto 30). “Nel

documento è, inoltre, riportato il contenuto di quanto “i presenti concordano al termine di una discussione: - 3RM [risonanza magnetica] fornitura Siemens (che parteciperà in ATI con AM), A) 1 RM noleggio Philips, B) 1 RM noleggio Toshiba, C) 1 RM noleggio Philips, D) 1 RM noleggio Toshiba, OPZIONALI, E) 1 RM noleggio a scelta dell'utilizzatore, F) 1 RM noleggio a scelta dell'utilizzatore” (punto 31).

Infine, al termine della discussione i partecipanti concordavano che: *“Siemens avrebbe partecipato “in ATI con AM” per la fornitura diretta delle tre apparecchiature (una destinata all'ASL Salerno - P.O. Battipaglia e due all'ASL Napoli 1 Centro - A.O. S.G. Bosco e A.O. San Paolo) di cui è previsto l'acquisto. Philips e Toshiba, invece, rinunciando alla possibilità di partecipare singolarmente, avrebbero sub-fornito ad Alliance le rimanenti quattro apparecchiature di cui era previsto il noleggio” (punto 45).*

15.1 Quanto allo scambio di informazioni effettuato nel corso della Riunione, ritiene il Collegio che tali informazioni non potessero considerarsi sensibili, e come tali idonee ad influenzare il comportamento delle altre imprese nella partecipazione alla Gara in quanto, a ben considerare, le dichiarazioni rese dai partecipanti erano a contenuto indeterminato e perciò prive di una chiara valenza univoca.

In particolare, per Toshiba il Sig. Cacciano avrebbe detto che *“Toshiba ritiene fortemente critica la partecipazione alla gara sebbene non esclusa la possibilità alla partecipazione stessa”*. Il che, come è ovvio, rappresenta un'informazione priva di qualunque utilità o valenza pratica in quanto combina due elementi informativi di segno opposto, la cui somma

porta necessariamente ad escludere che quella fosse un'informazione sensibile, tale da influenzare o anche soltanto incidere sulle scelte commerciali delle altre imprese in ordine alla partecipazione alla Gara. Ma anche le dichiarazioni dei rappresentanti delle altre imprese lasciavano inalterato l'ampio grado di incertezza del mercato in merito al numero degli operatori partecipanti, alla formula delle offerte e alle possibili altre alleanze. La dichiarazione (di Philips) di "non escludere" la partecipazione lascia, invero, aperta la possibilità tanto alla partecipazione che alla non partecipazione e non è pertanto idonea a svelare alcunché di certo. La dichiarazione (di Siemens) di escludere la partecipazione diretta, d'altra parte, come non escludeva l'ipotesi opposta della non partecipazione, lasciava nel contempo aperta la possibilità ad altre forme di partecipazione.

15.2 Al riguardo non sembra inutile rammentare che, secondo la Commissione europea, *"lo scambio di informazioni di mercato può ... dar luogo ad effetti restrittivi sulla concorrenza ... quando può consentire alle imprese di essere a conoscenza di strategie di mercato dei propri concorrenti"* (Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 TFUE agli accordi di cooperazione orizzontale, GUUE 2011, C 11, pag. 1, punto 58). *"Lo scambio delle informazioni può dunque costituire una pratica concordata, se riduce l'incertezza strategica nel mercato facilitando quindi la collusione, ossia se i dati scambiati sono strategici"* (Ibid., punto 61).

15.3 La dichiarazione resa dal rappresentante di Siemens, di escludere la partecipazione diretta, in relazione al suo contenuto intrinsecamente indeterminato, non risultava utilizzabile dalle altre

imprese al fine di conoscere compiutamente le strategie di mercato della società; tantomeno quelle informazioni avrebbero potuto ridurre l'incertezza strategica delle altre imprese circa le future strategie di Siemens in merito alla Gara Soresa.

15.4 *Sull'assenza di un accordo spartitorio.* D'altra parte, nel Verbale risulta assente qualunque previsione di limiti o rinuncia alla facoltà delle imprese di partecipare alla Gara presentando un'offerta diretta o mediante sub-forniture anche ad altri soggetti, diversi da Alliance; e tanto porta ad escludere che l'accordo in questione concretasse una forma di collaborazione collusiva, sostitutiva di un confronto concorrenziale tra le imprese, le quali erano e restavano comunque libere di attuare anche forme di partecipazione alla Gara Soresa aggiuntive rispetto a quelle, di subfornitura ad Alliance, oggetto dell'incontro.

E infatti – e le condizioni del bando di gara non lo vietavano - se anche Toshiba, Siemens o Philips avessero offerto proprie apparecchiature RM in rivendita ad Alliance, nulla avrebbe impedito loro di partecipare direttamente alla gara con un' offerta propria per tutte e sette le apparecchiature in gara.

Né un limite all'accordo con Alliance poteva ravvisarsi nella normativa in materia di appalti pubblici (D.lgs 163/2006) la quale, fatti salvi gli obblighi di segretezza delle offerte, non impedisce che un produttore sub-fornisca i propri macchinari a più imprese (clienti del produttore) in concorrenza tra loro, qualora decida di non partecipare direttamente.

La stessa normativa, peraltro, prevede che le imprese si riuniscano ed organizzino in ATI per partecipare congiuntamente ad una gara, per la quale esse non abbiano la capacità o la convenienza a partecipare singolarmente; ne discende che, le conclusioni sopra rassegnate in ordine alla non configurabilità nel caso in esame di una intesa vietata, non mutano per la circostanza che, all'esito della riunione, Alliance e Siemens davano atto della rispettiva disponibilità a partecipare alla Gara Soresa in ATI per la fornitura diretta di tre apparecchiature RM.

15.5 In definitiva, ciò che risulta dal Verbale è il mero tentativo di Alliance, quale *service provider* privo dei requisiti necessari per partecipare singolarmente ad una gara di fornitura, di sondare rapidamente la possibilità a) di acquistare quattro risonanze da Philips e Toshiba, lasciando impregiudicata la possibilità per tali imprese di sub-fornire ad altri soggetti come di partecipare in gara con le modalità ritenute più opportune; e nel contempo b) di acquisire la disponibilità a partecipare in ATI da parte di un soggetto (Siemens), in possesso dei requisiti, che altrimenti non avrebbe offerto alcuna apparecchiatura.

16. Quanto precede dimostra la totale assenza, nel caso di specie, di quegli elementi costitutivi di un accordo, quali elaborati da costante e consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, secondo cui è configurabile un accordo quando le "*imprese abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo*". (TAR-Lazio, Sez. I, 2 dicembre 2009, n. 12313, Unipi; Cons. Stato, Sez. VI, 9 aprile 2009, n. 2201, Trambus; nonché, Tribunale dell'Unione

Europea, causa T-9/99, HFB, 20 marzo 2002, punto 199).

17. *Sull'inconfigurabilità di un pregiudizio al commercio fra gli Stati Membri.* In particolare, va disattesa la tesi dell'AGCM secondo cui l'intesa presentasse il carattere della consistenza in quanto coinvolgente le principali imprese attive nel settore della fornitura di apparecchiature per la risonanza magnetica e servizi accessori, e che la concertazione fosse dunque idonea ad alterare il confronto concorrenziale nel contesto della gara, di rilevanza comunitaria, bandita da Soresa per l'acquisto e il noleggio di sette apparecchiature destinate a diverse strutture sanitarie della Regione Campania. Si osserva in contrario che la Gara rappresentava un fenomeno estremamente circoscritto, e l'asserita condotta non riguardava neppure l'intero territorio di uno Stato Membro ma piuttosto una sola fornitura di alcune apparecchiature destinate a taluni ospedali della Regione Campania, e quindi una frazione estremamente ridotta del mercato italiano; irrilevante essendo che le imprese considerate fossero dei gruppi multinazionali o avessero quote di mercato importanti nel mercato interessato, come si ricava dalle Linee guida (*“Si deve inoltre dare un peso abbastanza limitato alla quota di mercato delle parti dell'accordo. Anche se le parti hanno una quota di mercato elevata in un mercato regionale correttamente definito, la dimensione di tale mercato in termini di volume può essere insignificante rispetto alle vendite totali dei prodotti interessati all'interno dello Stato membro in questione”*, punto 90).

18. Stante il limitato segmento di mercato occupato dalla Gara Soresa, è *a fortiori* da escludere che l'accordo in questione potesse, anche solo

potenzialmente, pregiudicare il commercio tra Stati membri o limitare falsare restringere il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, come contemplato dall'art. 101 TFUE che, nella specie, non era pertanto applicabile; del resto, non ogni condotta che abbia influenza su una gara di rilevanza europea deve necessariamente presumersi avere un impatto sensibile sul commercio tra gli Stati membri.

19. *La decisione di partecipare alla gara.* In ogni caso, come risulta all'evidenza dallo stesso Verbale della Riunione e dai comportamenti successivamente tenuti dalle imprese interessate, l'accordo sanzionato dall'Autorità non sortiva alcun effetto anticoncorrenziale nei confronti dei partecipanti.

In particolare, per quanto riguarda Siemens, stando a quanto risulta dal Verbale, grazie alla proposta di partnership con Alliance che si assumeva il rischio per la parte di fornitura a noleggio, la ricorrente aveva deciso di partecipare alla Gara; pertanto, secondo la ricostruzione operata dall'Autorità, all'esito della Riunione Siemens avrebbe mutato la propria decisione iniziale di astenersi dalla gara in quella di offrire tre macchinari, mentre in assenza dei contatti con Alliance e gli altri concorrenti, era possibile che Siemens avrebbe deciso di non presentare offerta.

A riguardo non può non rilevarsi l'incongruenza dell'assunto, atteso che la decisione di non partecipare alla Gara era già stata presa, mentre la successiva contraria decisione sortiva l'effetto di ampliare la platea dei concorrenti e non di restringerla.

In alternativa, l'AGCM ritiene che, se non fosse stata presente all'incontro in questione, Siemens avrebbe potuto comunque "partecipare in ATI con partner alternativi ad Alliance" (punti 65 e 146); l'affermazione è tuttavia contraddetta dal fatto che Siemens aveva già deciso di non partecipare alla gara, mentre non risulta che avesse comunque intenzione di cercare altri potenziali partners.

E' chiaro che, vincolandosi a partecipare in ATI, l'accordo di fornitura tra le due parti escludeva i soggetti diversi, ma in ciò non può certamente ravvisarsi un oggetto o un effetto anticompetitivo dell'accordo.

In ogni caso, l'ipotesi di un qualsivoglia accordo ripartitorio contenuto nel Verbale della Riunione veniva poi contraddetta dalla offerta effettiva per sette apparecchiature RM che Alliance e Siemens (tramite un Raggruppamento Temporaneo d'Imprese) successivamente facevano a Soresa. Non sembra inutile osservare che l'accordo tra Alliance e Siemens per costituire il RTI non fu raggiunto a seguito delle discussioni del 6 agosto 2009, bensì dopo lunghe trattative a livello manageriale avviate sin dal 23 luglio e che furono finalizzate ad una riunione fra i dirigenti delle due società tenutasi ai primi di settembre, come emerge dalle evidenze nel fascicolo dell'Autorità (memoria finale di Siemens del 30 giugno 2011, al punto 3.5, e corrispondenza fra Alliance e Siemens in Allegato12).

20. Per quanto esposto, il ricorso, assorbita ogni altra censura e deduzione, va accolto e, per l'effetto, gli atti impugnati vanno annullati.

21. Le spese seguono la soccombenza e restano liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato al pagamento nei confronti della ricorrente delle spese del presente giudizio, che liquida complessivamente e forfetariamente in euro 10.000,00.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Angelo Gabbricci, Consigliere

Rosa Perna, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/06/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)