

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

Roma – Prima Sezione

nelle persone dei magistrati:

Dott. Pasquale de Lise Presidente

Dott. Antonino Savo Amodio Componente

Dott. Roberto Caponigro Componente, relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1822 del 2007, proposto da

Bristol-Myers Squibb S.r.l.

in persona del dott. Josè Alberto Cerutti, rappresentata e difesa dagli Avv.ti

Rino Caiazza e Giovanni Pesce ed elettivamente domiciliata presso gli

stessi in Roma, Via Venti Settembre n. 1

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del Presidente

pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato

presso cui *ope legis* domicilia in Roma, Via dei Portoghesi n. 12

con intervento *ad adiuvandum*

di F.A.I.S. – Federazione Associazioni Incontinenti e Stomizzati ONLUS, in

persona del Presidente, legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e

difesa dagli Avv.ti M. Laura Gazzi e Luciano Salomoni ed elettivamente

domiciliata in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46/P (dott. Gian Marco

Grezi);

Gesuina Della Giovanna, Giuseppe De Salvo e Giuseppe Sciacca,
rappresentati e difesi dagli Avv.ti M. Laura Gazzi e Luciano Salomoni ed
elettivamente domiciliati in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46/P (dott.
Gian Marco Grez)

per l'annullamento

del provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
del 6 dicembre 2006, successivamente comunicato

nonché per l'annullamento

del provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
del 3 agosto 2007, notificato al ricorrente in data 8 agosto 2007

sul ricorso n. 9616 del 2007, proposto da

Hollister S.p.a.

in persona del legale rappresentante *pro tempore*, sig.ra Cristina Lo Guercio,
rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giulio Rosauer, Sergio La Via e Fabio
Diana presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Roma, Via Umbria
n. 7

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del Presidente
pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato
presso cui *ope legis* domicilia in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

Azienda Unità Sanitaria Locale di Ferrara, in persona del Direttore Generale
e legale rappresentante, in proprio e quale capofila dell'unione di acquisto
con l'Azienda Città di Bologna, l'Azienda USL Bologna Nord, l'Azienda
USL Bologna Sud, l'Azienda Ospedaliera di Bologna Policlinico S.Orsola –
Malpighi, l'Azienda USL di Imola, gli Istituti Ortopedici Rizzoli e

l'Azienda Ospedaliera di Ferrara, rappresentata e difesa dall'Avv. Giancarlo Pazzaglia ed elettivamente domiciliata in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46/P (dott. Gian Marco Grez)

con intervento *ad adiuvandum*

di F.A.I.S. – Federazione Associazioni Incontinenti e Stomizzati ONLUS, in persona del Presidente, legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti M. Laura Gazzì e Luciano Salomoni ed elettivamente domiciliata in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46/P (dott. Gian Marco Grez);

Gesuina Della Giovanna, Giuseppe De Salvo e Giuseppe Sciacca, rappresentati e difesi dagli Avv.ti M. Laura Gazzì e Luciano Salomoni ed elettivamente domiciliati in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46/P (dott. Gian Marco Grez)

per l'annullamento

della delibera adottata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'adunanza del 3 agosto 2007 e notificata il giorno 8 agosto 2007

sul ricorso n. 9710 del 2007, proposto da

Coloplast S.p.a.

in persona del Direttore Generale e legale rappresentante *pro tempore*, dott. Achille Grisetti, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Ugo Ruffolo, Carlo Berti e Barbara Banorri ed elettivamente domiciliata presso lo studio Ruffolo, in Roma, Corso Vittorio Emanuele II n. 308

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui *ope legis* domicilia in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

Azienda Unità Sanitaria Locale di Ferrara, in persona del Direttore Generale e legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avv. Giancarlo Pazzaglia ed elettivamente domiciliata in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46/P (dott. Gian Marco Grez)

con intervento *ad adiuvandum*

di F.A.I.S. – Federazione Associazioni Incontinenti e Stomizzati ONLUS, in persona del Presidente, legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti M. Laura Gazzì e Luciano Salomoni ed elettivamente domiciliata in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46/P (dott. Gian Marco Grez);

Gesuina Della Giovanna, Giuseppe De Salvo e Giuseppe Sciacca, rappresentati e difesi dagli Avv.ti M. Laura Gazzì e Luciano Salomoni ed elettivamente domiciliati in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46/P (dott. Gian Marco Grez)

per l'annullamento

del provvedimento assunto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'adunanza del 3 agosto 2007, ad esito del procedimento I666, notificato alla ricorrente in data 8 agosto 2007, con cui è stato ritenuto che Coloplast S.p.a., Bristol-Myers Squibb S.r.l., B.Braun Milano S.p.a. e Hollister S.p.a. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 2 della L. 287/1990, avente per oggetto e per effetto il coordinamento dei propri comportamenti in relazione alle gare a fornitore

unico indette dalla USL di Ferrara nel 2003 e 2004 per la fornitura di dispositivi medici per stomia, applicando una sanzione amministrativa pecuniaria che per Coloplast ammonta ad € 910.080,00;

di tutti gli atti presupposti, antecedenti, consequenziali e comunque connessi, ivi compresa la delibera assunta in data 20 luglio 2006 con la quale è stata avviata l'istruttoria

e sul ricorso n. 9803 del 2007, proposto da

B.Braun Milano S.p.a.

in persona del legale rappresentante *pro tempore*, dott. Luigi Boggio, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Silvia D'Alberti e Lucio D'Amario ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n. 284

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui *ope legis* domicilia in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

Azienda Unità Sanitaria Locale di Ferrara, in persona del Direttore Generale e legale rappresentante, quale capofila dell'unione di acquisto con l'Azienda Città di Bologna, l'Azienda USL Bologna Nord, l'Azienda USL Città di Bologna Sud, l'Azienda Ospedaliera di Bologna Policlinico S.Orsola – Malpighi, l'Azienda USL di Imola, gli Istituti Ortopedici Rizzoli e l'Azienda Ospedaliera di Ferrara, rappresentata e difesa dall'Avv. Giancarlo Pazzaglia ed elettivamente domiciliata in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46/P (dott. Gian Marco Grez)

con intervento *ad adiuvandum*

di F.A.I.S. – Federazione Associazioni Incontinenti e Stomizzati ONLUS, in persona del Presidente, legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti M. Laura Gazzi e Luciano Salomoni ed elettivamente domiciliata in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46/P (dott. Gian Marco Grez);

Gesuina Della Giovanna, Giuseppe De Salvo e Giuseppe Sciacca, rappresentati e difesi dagli Avv.ti M. Laura Gazzi e Luciano Salomoni ed elettivamente domiciliati in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46/P (dott. Gian Marco Grez)

per l'annullamento

del provvedimento dell'Autorità n. 17135, adottato nell'adunanza del 3 agosto 2007 a conclusione del procedimento istruttorio I/666, notificato a Braun l'8 agosto 2007, con cui l'Autorità, ritenuta la partecipazione di Braun a un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 2 L. 287/1990 avente per oggetto e per effetto il coordinamento del proprio comportamento con quello delle società Bristol-Myers Squibb S.r.l., Coloplast S.p.a. e Hollister S.p.a. in relazione alle gare a fornitore unico indette dalla Azienda Unità Sanitaria Locale di Ferrara nel 2003 e 2004 per la fornitura di dispositivi medici per stomia, ha imposto a Braun una sanzione amministrativa pecuniaria pari ad € 269.940,00 imponendone il pagamento entro novanta giorni dalla notifica del provvedimento;

di ogni atto antecedente, presupposto, consequenziale o comunque connesso.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti i motivi aggiunti depositati da Bristol-Myers Squibb S.r.l.;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Avvocatura dello Stato;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda USL di Ferrara con riferimento ai ricorsi nn. 9616/2007, 9710/2007 e 9803/2007;

Visti gli interventi *ad adiuvandum* della Federazione Associazioni Incontinenti e Stomizzati ONLUS nonché dei sigg.ri Gesuina Della Giovanna, Giuseppe De Salvo e Giuseppe Sciacca;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti delle cause;

Uditi alla udienza pubblica del 16 aprile 2008, relatore il dott. Roberto Caponigro, gli avvocati di cui al relativo verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Nell'adunanza del 6 dicembre 2006, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - vista la propria delibera del 20 luglio 2006 con la quale è stata avviata l'istruttoria, ai sensi dell'art. 14 L. 287/1990, nei confronti delle società Bristol-Myers Squibb S.r.l., B.Braun Milano S.p.a., Hollister S.p.a. e Coloplast S.p.a., volta ad accertare eventuali violazioni dell'art. 2 L. 287/1990 – ha deliberato di rigettare l'impegno presentato da Bristol-Myers Squibb S.r.l. ai sensi dell'art. 14 *ter* L. 287/1990.

Di talché, la Bristol-Myers Squibb S.r.l. ha proposto il ricorso n. 1822/2007, articolato nei seguenti motivi:

- Eccesso di potere per errore nei presupposti, contraddittorietà ed illogicità manifesta.

La disciplina comunitaria e la disciplina nazionale non conterrebbero alcuna preclusione all'applicazione della procedura sugli impegni ai casi

di intese orizzontali segrete. Il giudizio prognostico sull'idoneità degli impegni dovrebbe basarsi sugli effetti nel caso concreto e sull'adeguatezza degli impegni offerti anziché sulla natura dell'infrazione.

Il provvedimento sarebbe contraddittorio rispetto alla precedente delibera del 6 settembre 2006, con cui l'Autorità aveva invitato la ricorrente a proporre impegni ai sensi dell'art. 14 *ter*.

La ricorrente avrebbe formulato un impegno idoneo a scongiurare il rischio, per il futuro, di altre gare deserte, tra quelle per la fornitura di dispositivi per stomia, per cui sarebbe illogica la valutazione dello stesso in termini di idoneità a ripristinare lo *status quo ante*, nonché contraddittoria con altre decisioni adottate.

- Eccesso di potere per deviazione rispetto alla comunicazione AGCM sulle procedure di applicazione dell'art. 14 *ter* L. 287/1990 e difetto di istruttoria.

La valutazione del merito dell'idoneità degli impegni dovrebbe avvenire, secondo le regole che l'Autorità si è autoimposta con la Comunicazione del 12 ottobre 2006, a seguito delle osservazioni formulate dai terzi interessati, a conclusione del c.d. *market test*, mentre, nel caso di specie, l'impegno sarebbe stato rigettato indipendentemente dal *marker test* attraverso la valutazione nel merito dello stesso.

- Difetto di motivazione.

Il giudizio di inidoneità a priori degli impegni, in considerazione della natura dell'infrazione, sarebbe carente di motivazione.

- Violazione dei principi di non discriminazione e di proporzionalità.

L'Autorità avrebbe accettato impegni in casi ben più gravi.

L'Autorità, nell'adunanza del 3 agosto 2007, ha deliberato che:

- a) le società Bristol-Myers Squibb S.r.l., B.Braun Milano S.p.a., Coloplast S.p.a. e Hollister S.p.a. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 2 L. 287/1990, avente per oggetto e per effetto il coordinamento dei propri comportamenti in relazione alle gare a fornitore unico indette dalla USL di Ferrara nel 2003 e 2004 per la fornitura di dispositivi medici per stomia;
- b) le società di cui al punto a) si astengano dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata;
- c) in ragione di quanto indicato in motivazione, vengano applicate le sanzioni amministrative pecuniarie alle seguenti società: Bristol-Myers Squibb S.r.l. € 2.345.000; B.Braun Milano S.p.a. € 269.940; Coloplast S.p.a. € 910.080; Hollister S.p.a. € 470.600.

Tale provvedimento è stato impugnato da ciascuna delle quattro imprese sanzionate.

La Bristol Myers-Squibb S.r.l., con motivi aggiunti al ricorso n. 1822/2007, ha dedotto quanto segue:

- Sul provvedimento in generale: eccesso di potere per manifesta contraddittorietà, manifesta illogicità e perplessità.

La mancata partecipazione di BMS e delle altre parti alle gare a fornitore unico indette dalla ASL di Ferrara per la fornitura di dispositivi medici per stomia nel 2003 e 2004 sarebbe stato un fatto isolato e mai ripetuto, mentre la sanzione è stata commisurata al fatturato realizzato sull'intero territorio nazionale. L'estensione della fattispecie oltre il perimetro delle

gare di Ferrara sarebbe priva di fondamento, in contrasto con le evidenze probatorie e contraddittoria rispetto ad alcuni passaggi del provvedimento.

- Eccesso di potere per manifesta illogicità ed errore nei presupposti.

Le parti hanno quote di mercato asimmetriche, per cui non sarebbe sostenibile la loro volontà di colludere e, comunque, dette quote non sarebbero rigide ma mostrerebbero una certa variazione negli anni. Sul mercato, peraltro, esisterebbero altri due concorrenti, Rusch S.r.l. e Gallini S.r.l., di dimensioni paragonabili a quelle di Braun e sarebbe poco credibile che in un mercato con sei produttori solo quattro colludano.

I prodotti delle varie aziende del settore non sarebbero del tutto sostituibili ed i loro prezzi sarebbero molto diversi e difficilmente comparabili in considerazione dell'ampia varietà di prodotti.

- Eccesso di potere per carenza di motivazione, contraddittorietà e travisamento dei fatti.

Sulla presunta intesa nella fornitura di prodotti per stomia nei confronti di tutte le strutture sanitarie, senza distinzioni, al fine di scoraggiare il ricorso allo strumento delle gare a fornitore unico tout court.

Non vi sarebbe alcuna evidenza probatoria a supporto dell'affermazione secondo cui le parti avrebbero coordinato le proprie condotte in occasione delle gare di Ferrara al fine di scoraggiare le strutture pubbliche a ricorrere alla gara a "fornitore unico" e, quindi, a ridurre gli spazi per la concorrenza di prezzo nell'ambito della distribuzione di dispositivi per stomia. BMS, anzi, parteciperebbe sistematicamente alle

gare a fornitore unico indette dalle ASL o dagli enti ospedalieri per la fornitura di prodotti per stomia per consumo ospedaliero.

Sulla presunta intesa nella fornitura di prodotti per stomia nei confronti delle strutture pubbliche, al fine di scoraggiare il ricorso allo strumento delle gare a fornitore unico per il consumo post-ospedaliero.

La mera esistenza di un incentivo a colludere non sarebbe di per sé prova dell'intesa e del suo contenuto. Il numero di gare a fornitore unico per la fase di post degenza non sarebbe né aumentato né diminuito rispetto al periodo antecedente alle gare di Ferrara. BMS avrebbe partecipato a tutte le gare a fornitore unico per il consumo post-ospedaliero di cui ha avuto conoscenza.

Sulla presunta intesa relativamente alla partecipazione alle gare di Ferrara del 2003 e 2004.

L'Autorità non avrebbe trovato evidenza di un accordo tra le parti né indizi gravi, precisi e concordanti riguardo alle gare di Ferrara. Né l'AGCM avrebbe spiegato che la condotta parallela non poteva avere una spiegazione alternativa. Di contro, la ricorrente, in piena autonomia, avrebbe ritenuto che la sua partecipazione alla gara avrebbe comportato un grave danno all'immagine dell'azienda in quanto sarebbe stata percepita come azienda "non etica" perché contraria agli interessi dei pazienti pur di perseguire il proprio scopo di lucro.

- Sui criteri per la quantificazione della sanzione. Eccesso di potere per difetto di motivazione. Violazione dei principi di proporzionalità e non discriminazione.

La valutazione di gravità dell'intesa sarebbe fondata su una fattispecie non limitata alla mancata partecipazione alle gare di Ferrara. L'importo base della sanzione imposta a BMS sarebbe stato commisurato al fatturato realizzato per la fornitura di dispositivi per stomia a tutte le ASL ed enti pubblici in Italia e non solo al fatturato per le forniture per consumo post ospedaliero alle ASL di Ferrara ed alle altre Aziende dell'unione di acquisto. La sanzione sarebbe quindi sproporzionata e discriminatoria rispetto ad altre fattispecie.

L'impegno presentato da BMS avrebbe dovuto costituire un'attenuante, sicché la sanzione sarebbe sproporzionata e discriminatoria anche rispetto a quella irrogata alle altre parti.

Con ricorso n. 9616/2007, Hollister S.p.a. ha proposto i seguenti motivi d'impugnativa:

- Nullità del procedimento dinanzi l'AGCM per violazione di legge e conseguente richiesta di annullamento della decisione anche ai sensi dell'art. 21 *octies* L. 241/1990.

L'Autorità avrebbe deliberato l'avvio dell'istruttoria dopo oltre due anni e quattro mesi di accertamenti già effettuati, con nocumento alle garanzie di difesa della ricorrente, per l'aggravamento dell'asserita situazione illecita e sotto il profilo di eventuali ravvedimenti.

- Violazione di legge: illegittima applicazione dell'art. 2 L. 287/1990.

La ricorrente non avrebbe posto in essere alcun comportamento anticoncorrenziale, né sussisterebbero le condizioni che l'intesa sia pregiudizievole, per scopo ed effetti, nei confronti della concorrenza "in maniera consistente" e che tale circostanza si verifichi "all'interno del

mercato nazionale o in una sua parte rilevante”. L’intesa ascritta alla ricorrente, ammesso e non concesso che sia esistita, riguarderebbe circa l’1,2% del valore complessivo delle vendite di dispositivi per stomia sull’intero territorio nazionale.

- Carenza, insufficienza e contraddittorietà di motivazione.

Sui contatti tra le parti.

La stessa decisione evidenzerebbe che il mercato presenta un elevato grado di trasparenza, con particolare riferimento alla dimensione della domanda, alle posizioni relative delle imprese e alla politica di prezzi offerti in sede di gara e non potrebbe destare sorpresa che tra i prezzi dei prodotti in questione non sia dato rilevare sostanziali differenze.

In assenza di altri indizi, gli elementi rilevati dall’Autorità non potrebbero supportare la tesi di una diserzione delle gare concordata tra le imprese, anziché frutto delle autonome valutazioni effettuate da ciascuna.

Sul contenzioso fra parti.

Sarebbe stata omessa qualunque considerazione in ordine alla serie di giudizi vertenti tra Hollister e BMS nonché tra Hollister e Coloplast.

Sui motivi alternativi di una decisione autonoma.

La decisione di non partecipare alle gare sarebbe derivata dall’esigenza di non adottare un comportamento collidente con le aspettative manifestate dalle associazioni dei pazienti. D’altra parte se l’aggiudicazione delle gare di Ferrara fosse stata così vantaggiosa, difficilmente tutte le parti avrebbero tralasciato l’opportunità.

- Falsa applicazione dell’art. 15 L. 287/1990.

L'Autorità si sarebbe erroneamente riferita alla norma in epigrafe, destinata alle violazioni ancora in corso, mentre avrebbe dovuto applicare l'art. 31 L. 287/1990.

- Eccesso di potere e contraddittorietà di motivazione nel determinare l'importo della sanzione comminata.

La sanzione sarebbe stata commisurata ad un grado di gravità dell'infrazione molto superiore alla realtà.

Per determinare la sanzione sarebbe stato preso in considerazione l'intero fatturato realizzato nel 2006 dalla Hollister su tutto il territorio nazionale.

Con ricorso n. 9710/2007, Coloplast S.p.a. – premesso che il limite della gara di Ferrara sarebbe stata la pretesa della Asl di sostituirsi al paziente ed al medico nell'individuazione del dispositivo più congeniale all'assistito, laddove si tratterebbe di scelta del tutto personale dipendente da fattori soggettivi, variabili e diversi - ha articolato i seguenti motivi d'impugnativa:

- Quanto ai vizi procedurali:

Nullità del procedimento avanti l'AGCM per eccesso di potere e violazione di legge ex artt. 1 L. 241/1990, 12 L. 287/1990 e 4 Cost. e conseguente annullamento del provvedimento ex art. 21 octies L. 241/1990.

Il procedimento sarebbe inficiato da nullità in quanto l'Autorità, prima dell'avvio dell'istruttoria, comunicato alla ricorrente il 25 luglio 2006, avrebbe esercitato per oltre due anni, ossia dalla segnalazione dell'ASL

di Ferrara dell'8 marzo 2004, ampi poteri istruttori. In tal modo, il diritto di difesa delle parti sarebbe stato compromesso.

Illegittimità del provvedimento impugnato per eccesso di potere per difetto di motivazione, sotto il profilo della mancata confutazione delle argomentazioni della ricorrente e, comunque, per violazione di legge x artt. 3 e 10 L. 241/1990.

Il provvedimento impugnato apparirebbe una fotocopia della CRI, per cui l'Autorità avrebbe violato l'obbligo di valutare le memorie scritte e i documenti pertinenti all'oggetto del procedimento.

L'amministrazione procedente, in assenza di prove dirette e di indizi univoci e concordanti della concertazione, avrebbe dovuto dimostrare l'impossibilità di una spiegazione alternativa al comportamento delle parti, mentre una spiegazione alternativa e razionale sarebbe stata illustrata da Coloplast e riguarderebbe soprattutto valori e principi etici, atteso che il bando di gara avrebbe presentato condizioni non condivisibili.

- Circa l'illegittimità del provvedimento impugnato per eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 14 e 15 L. 287/1990, artt. 1, 2 e 3 L. 241/1990, artt. 11 e 23 L. 689/1981 e contraddittorietà ed ingiustizia manifesta.

Nella individuazione del mercato rilevante: Violazione e falsa applicazione art. 2 L. 287/1990, eccesso di potere, contraddittorietà ed ingiustizia manifesta.

Le valutazioni conclusive raggiunte in ordine agli effetti dell'intesa, alla sua gravità ed alla sanzione irrogata sarebbero incompatibili con la dimensione e la struttura del mercato rilevante individuata dall'Autorità, atteso che all'intesa sarebbe stata attribuita rilevanza nazionale nonostante la delimitazione del mercato rilevante alla sola distribuzione diretta in una ben ridotta dimensione geografica (province di Bologna e Ferrara). L'intesa non riguarderebbe l'intero mercato nazionale né una parte rilevante dello stesso. Ad ogni buon conto, mancherebbero evidenze probatorie che altre strutture sanitarie abbiano deciso di non indire gare a fornitore unico in quanto scoraggiate dalle gare di Ferrara. Le aziende ricorrerebbero alle gare con ammissione di tutti i listini per la distribuzione post ospedaliera in quanto l'aggiudicazione di tutti i listini sarebbe funzionale alla migliore offerta e distribuzione dei prodotti ai pazienti nel rispetto del diritto di libera scelta da parte degli stessi. Non solo mancherebbe l'evidenza del nesso causale tra la mancata partecipazione delle imprese alle gare di Ferrara e la circostanza che le aziende sanitarie, a livello nazionale, non indicano gare a fornitore unico, ma vi sarebbe l'evidenza del contrario.

Nell'accertamento dell'illecito: eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, contraddittorietà, illogicità, violazione e falsa applicazione degli artt. 2 L. 287/1990, artt. 1, 2 e 3 L. 241/1990.

Non sussisterebbero evidenze probatorie sufficienti a ritenere integrata un'intesa. In particolare, non esisterebbero evidenze documentali che permettano di ritenere che il comportamento in occasione delle gare di Ferrara sia il frutto di una concertazione e non di un'autonoma scelta e

L'Autorità non avrebbe provato l'impossibilità di dare al comportamento di Coloplast una spiegazione alternativa alla concertazione.

Gli elementi indicati dall'Autorità sarebbero inidonei a dimostrare, in modo non equivoco, un'intesa collusiva volta a boicottare le procedure di gare a fornitore unico indette dalla ASL di Ferrara.

In ordine all'asserita "inspiegabilità del parallelismo di comportamenti in assenza di concertazione".

L'aggiudicazione di una gara a fornitore unico non sarebbe così strategica per un'impresa ai fini dell'"agganciamento" del paziente.

In ordine alla asserita inattendibilità delle spiegazioni alternative proposte dalle parti.

Coloplast avrebbe spiegato che la scelta di non partecipare alle gare di Ferrara, limitatamente ai lotti per stomia, era dipesa da vari fattori, primo tra tutti l'etica di settore che impediva di partecipare ad una gara che violava la libertà di scelta dei pazienti ed avrebbe pregiudicato il rapporto con le relative associazioni.

Nella valutazione dell'oggetto e degli effetti dell'intesa: eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, contraddittorietà, illogicità; violazione e falsa applicazione dell'art. 2 L. 287/1990 e degli artt. 1, 2 e 3 L. 241/1990.

Non sussisterebbe evidenza del nesso causale tra la mancata partecipazione delle imprese alle gare di Ferrara e la circostanza che le ASL, a livello nazionale, a seguito di tale episodio, non avrebbero indetto gare a fornitore unico, ma vi sarebbe l'evidenza del contrario.

Nella determinazione della sanzione: violazione e falsa applicazione art. 15 L. 287/1990, eccesso di potere, contraddittorietà ed ingiustizia manifesta.

In assenza della preventiva diffida, nessuna sanzione pecuniaria potrebbe applicarsi. L'infrazione contestata, ove esistente, non potrebbe essere considerata né molto grave né grave e, comunque, di breve durata. L'importo base della sanzione non potrebbe essere riferito ad un'intesa estesa a tutto il territorio nazionale.

Con ricorso n. 9803/2007, B.Braun Milano S.p.a., ha proposto i seguenti motivi di impugnativa:

- Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 L. 241/1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 L. 287/1990. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e in particolare, illogicità e contraddittorietà manifesta, carenza di motivazione, sviamento, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto ed erroneità dei presupposti.

La qualificazione dell'illecito e la ripartizione dell'onere della prova.

Una pratica concordata non sarebbe concepibile quando i comportamenti contestati alle imprese abbiano carattere sporadico e non sia possibile la punizione tempestiva di eventuali comportamenti devianti, mentre nel caso di specie non vi sarebbe stata alcuna reiterazione di comportamenti. Non vi sarebbe traccia di un accordo, attesa l'assenza di prove che dimostrino l'esistenza di una convergente volontà delle parti di coordinare il proprio comportamento in relazione alla gara bandita dalla ASL di Ferrara. L'Autorità, quindi, avrebbe ritenuto sussistente un'intesa anticoncorrenziale in assenza sia degli elementi essenziali ai

fini della configurazione di un accordo sia di quelli necessari per la configurazione di una pratica concordata.

Sulla prova della concertazione.

Gli elementi probatori a disposizione dell'AGCM non sarebbero sufficienti a dimostrare l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale, né sotto forma di accordo, né sotto forma di pratica concordata, atteso che l'intero impianto accusatorio si baserebbe su prove indiziarie di insufficiente qualità e quantità.

Gli elementi indiziari non sarebbero sufficienti per dimostrare che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o plausibilmente diverso, laddove le pressioni derivanti dalle associazioni dei pazienti e le precedenti esperienze relative a gare a fornitore unico dimostrerebbero la razionalità delle scelte effettuate da Braun e dalle altre imprese parti del procedimento.

L'esistenza di contatti tra imprese rileverebbe sotto il profilo indiziaro solo qualora si tratti di contatti qualificati, non altrimenti spiegabili in un contesto concorrenziale, mentre, per quel che riguarda le riunioni del gruppo stomia, non vi sarebbe agli atti alcun elemento di prova sufficiente a suffragare la tesi di un indebito scambio di informazioni.

La gara bandita dalla ASL di Ferrara, peraltro, non sarebbe andata deserta avendo presentato offerte le imprese Rusch e Gallini.

- Sulle spiegazioni alternative alla concertazione: violazione e falsa applicazione dell'art. 2 L. 287/1990. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e in particolare erroneità, illogicità e contraddittorietà manifesta, irragionevolezza, travisamento dei fatti,

difetto ed erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria e difetto di motivazione.

La razionalità del comportamento tenuto da Braun sarebbe dimostrata dal disastroso esito dell'unica esperienza di gara a fornitore unico precedente il 2003, dalle pressioni derivanti dalle associazioni dei pazienti con conseguenti costi reputazionali in caso di partecipazione a gare a fornitore unico e dall'indeterminatezza del bando predisposto dall'ASL di Ferrara.

- Sulla quantificazione della sanzione: violazione dell'art. 15 L. 287/1990; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e in particolare contraddittorietà, illogicità, sviamento, difetto istruttorio e di motivazione, disparità di trattamento.

Imposizione della sanzione.

In assenza di accertamento dell'esistenza della concertazione, le conclusioni dell'Autorità circa la sanzionabilità dell'intesa sarebbero prive di fondamento.

Determinazione dell'importo base della sanzione.

L'importo base della sanzione sarebbe stato erroneamente commisurato all'intero fatturato realizzato da Braun in Italia per la vendita di prodotti per stomia anziché al fatturato realizzato per la vendita di tali prodotti nelle aree coperte dalla gare bandite dalla ASL di Ferrara.

Effetti e durata dell'intesa.

L'Autorità, riguardo all'effetto di deterrenza, giungerebbe a conclusioni erronee, atteso che non vi sarebbe stata alcuna istruttoria circa l'impatto sulla concorrenza delle diverse modalità di approvvigionamento.

Il provvedimento sarebbe altresì viziato per la ritenuta permanenza, ad oggi, degli effetti dell'intesa.

Sproporzione della sanzione.

La sanzione sarebbe sproporzionata anche rispetto alla reale situazione economica della Società.

La Federazione Associazioni Incontinenti e Stomizzati ONLUS ed i sigg.ri Gesuina Della Giovanna, Giuseppe De Salvo e Giuseppe Sciacca sono intervenuti in tutti e quattro i ricorsi svolgendo argomentazioni *ad adiuvandum* delle Società ricorrenti.

L'Avvocatura dello Stato, con ampia ed articolata memoria, ha contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto dei ricorsi.

L'Azienda USL di Ferrara, con riferimento ai ricorsi nn. 9616/2007, 9710/2007 e 9803/2007, ha parimenti concluso per il rigetto dei gravami.

All'udienza pubblica del 16 aprile 2008, le cause sono state trattenute per la decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio, considerata la connessione oggettiva ed in parte soggettiva tra i ricorsi, dispone in via preliminare la riunione dei relativi giudizi.

2. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con delibera del 20 luglio 2006, ha avviato l'istruttoria, ai sensi dell'art. 14 L. 287/1990, nei confronti delle società Bristol-Myers Squibb S.r.l. (di seguito anche BMS), B.Braun Milano S.p.a., Hollister S.p.a. e Coloplast S.p.a., volta ad accertare eventuali violazioni dell'art. 2 L. 287/1990.

Nell'adunanza del 6 dicembre 2006, ha deliberato di rigettare l'impegno presentato da Bristol-Myers Squibb (di seguito anche BMS) ai sensi dell'art. 14 *ter* L. 287/1990, consistente nel garantire, per un periodo di due anni, la propria partecipazione a tutte le gare che verranno promosse, sempre che sia presente la possibilità di avere condizioni economicamente remunerative e vantaggiose per la società, in qualunque forma, dalle Aziende Usl o altra pubblica amministrazione, per la fornitura di dispositivi per stomia, formulando le proprie offerte commerciali in piena autonomia di giudizio.

Il diniego è stato disposto in quanto:

- l'impegno presentato si riferisce a condotte che possono integrare un'intesa orizzontale segreta avente per oggetto e/o per effetto la restrizione della concorrenza nella fornitura dei dispositivi per stomia;
- l'impegno presentato si riferisce a condotte che hanno già realizzato i loro effetti restrittivi;
- l'impegno, in ogni caso, non è sufficiente ad escludere ogni eventuale preoccupazione di carattere concorrenziale, in quanto l'impegno a partecipare a tutte le gare future, essendo condizionato alla possibilità di avere condizioni economicamente remunerative e vantaggiose per la società, lascia all'impresa un ampio margine di discrezionalità non verificabile dall'Autorità e, pertanto, non fornisce sufficienti e precise garanzie che le condotte anticoncorrenziali in esame non verranno replicate nel futuro;
- l'Autorità ha ritenuto, in linea con l'orientamento comunitario, che i profili anticoncorrenziali non possono essere adeguatamente rimossi nel

caso di specie mediante impegni, poiché l'intesa riguarda restrizioni gravi della concorrenza derivanti da un'intesa orizzontale segreta;

- l'impegno presentato, anche se valutato in concreto, è manifestamente inidoneo a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria.

La BMS, con l'atto introduttivo del giudizio di cui al ricorso 1822/2007, ha prospettato l'illegittimità del diniego in quanto:

- la disciplina comunitaria e la disciplina nazionale non conterrebbero alcuna preclusione all'applicazione della procedura sugli impegni ai casi di intese orizzontali segrete atteso che il giudizio prognostico sull'idoneità degli impegni dovrebbe basarsi sulla loro adeguatezza ed i loro effetti nel caso concreto anziché sulla natura dell'infrazione;
- sussisterebbe contraddittorietà rispetto alla precedente delibera del 6 settembre 2006, con cui l'Autorità ha invitato la ricorrente a proporre impegni ai sensi dell'art. 14 *ter*;
- l'impegno proposto sarebbe idoneo a scongiurare il rischio, per il futuro, di altre gare deserte per la fornitura di dispositivi per stomia;
- la valutazione del merito dell'idoneità degli impegni sarebbe dovuta avvenire, secondo le regole che l'Autorità si è autoimposta con la Comunicazione del 12 ottobre 2006, a seguito delle osservazioni formulate dai terzi interessati, a conclusione del c.d. *market test*;
- il giudizio di inidoneità a priori degli impegni, in considerazione della natura dell'infrazione, sarebbe carente di motivazione, mentre l'Autorità avrebbe accettato impegni in casi ben più gravi.

Le censure non possono essere condivise.

L'art. 14 *ter* L. 287/1990 stabilisce che entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli artt. 2 o 3 della stessa legge o degli artt. 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria; l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.

L'articolo è stato aggiunto dall'art. 14 D.L. 223/2006, come modificato dalla relativa legge di conversione, L. 248/2006, entrata in vigore il 12 agosto 2006.

In materia di accettazione degli impegni, la norma ha attribuito all'Autorità un potere discrezionale, da esercitare nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario.

La norma nazionale di cui all'art. 14 *ter* è sostanzialmente ispirata all'art. 9 del Reg. CE 16.12.2002 n. 1/2003 in ragione del quale, qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese. La decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato.

In relazione a tale previsione, il tredicesimo considerando del detto regolamento comunitario indica che qualora, nel corso di un procedimento che potrebbe portare a vietare un accordo o pratica concordata, le imprese propongano alla Commissione degli impegni tali da rispondere alle sue preoccupazioni, la Commissione, mediante decisione, dovrebbe potere rendere detti impegni obbligatori per le imprese interessate. Le decisioni concernenti gli impegni dovrebbero accertare che l'intervento della Commissione non è più giustificato, senza giungere alla conclusione dell'eventuale sussistere o perdurare di un'infrazione. Le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni degli Stati membri di procedere a detto accertamento e di prendere una decisione. Le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda.

Ne consegue che nell'esercizio del proprio potere discrezionale, rilevato che l'Autorità nazionale è tenuta a procedere anche alla stregua dei parametri previsti in ambito comunitario, l'AGCM, ritenendo evidentemente di dovere irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria in ragione della natura e dell'entità dell'intesa, ha legittimamente valutato, in linea con l'orientamento comunitario, che i profili anticoncorrenziali non possono essere adeguatamente rimossi nel caso di specie mediante impegni, poiché l'intesa in esame riguarda restrizioni gravi della concorrenza derivanti da un'intesa orizzontale segreta. In particolare, ha tenuto conto del fatto che l'impegno presentato si riferisce a condotte che possono integrare un'intesa

orizzontale segreta avente per oggetto e/o per effetto la restrizione della concorrenza nella fornitura dei dispositivi per stomia.

In altri termini, è senz'altro corretto che l'Autorità, nell'esercizio della propria discrezionalità, abbia richiamato l'orientamento comunitario, desumibile dal 13° considerando al Reg. CE 1/2003, che sconsiglia l'accettazione degli impegni quando si intenda irrogare una sanzione pecuniaria, vale a dire nei casi di intese che, al momento dell'adozione della decisione sugli impegni, appaiono di gravità tale che l'accettazione degli impegni priverebbe la sanzione della propria efficacia deterrente.

La percezione della gravità dell'intesa, insomma, costituisce un corretto parametro sulla cui base effettuare, *rebus sic stantibus*, la valutazione relativa all'accettazione o meno degli impegni proposti, né, in caso di reiezione degli impegni, la prognosi sulla sussistenza e sulla gravità dell'intesa può costituire vizio dell'atto di diniego in quanto, se il procedimento per l'accertamento della violazione *antitrust* si conclude senza che sia accertata alcuna violazione o comunque senza l'irrogazione di alcuna sanzione, *nulla quaestio*, mentre, se il procedimento, come nel caso di specie, si conclude con l'accertamento di un'infrazione grave o di estrema gravità, cui segue l'irrogazione di una sanzione, le eventuali censure relative alla sussistenza dell'illecito ed al giudizio di gravità possono essere utilmente proposte avverso tale provvedimento ma non refluiscano in un vizio di legittimità dell'atto di rigetto degli impegni che, al momento della sua adozione, è stato logicamente adottato e congruamente motivato.

In definitiva, il riferimento alle restrizioni gravi della concorrenza derivanti da un'intesa orizzontale segreta (c.d. violazioni *hard core*)

costituisce già di per sé una motivazione sufficiente per giungere, in linea con l'orientamento comunitario, al rigetto degli impegni.

D'altra, al fine di pervenirne ad una corretta esegesi, la norma di cui all'art. 14 *ter* L. 287/1990 va coordinata con quella di cui all'art. 15, co. 2 *bis*, L. 287/1990, anch'essa introdotta dall'art. 14 D.L. 223/2006, come modificato dalla relativa legge di conversione, secondo cui l'Autorità, in conformità all'ordinamento comunitario, definisce con proprio provvedimento generale i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario.

Le decisioni di accettazione degli impegni hanno una *ratio* diversa da quella dei programmi di clemenza *ex art. 15, co. 2 bis*, L. 287/1990 non trattandosi né di un meccanismo di mero sconto della sanzione né di un meccanismo premiale della collaborazione all'accertamento di un'infrazione in quanto, ove gli impegni siano accettati, l'accertamento manca del tutto, sicché l'estensione dell'accettazione degli impegni anche alle intese *hard core* potrebbe ostacolare l'efficacia dei programmi di clemenza essendo preferibile per l'impresa interessata che il procedimento si concluda senza l'accertamento dell'infrazione.

Né la valutazione compiuta dall'Autorità può ritenersi contraddittoria con la precedente delibera del 6 settembre 2006 con cui è stato comunicato alle imprese la possibilità di presentare impegni ai sensi dell'art. 14 *ter* L. 287/1990 e ciò sia perché con tale comunicazione l'amministrazione ha posto in essere un atto vincolato in quanto previsto

dalla legge sia perché la decisione di rigetto non è stata basata esclusivamente sulla considerazione della gravità della restrizione della concorrenza derivante da un'intesa orizzontale segreta ma anche dalla valutazione di inidoneità dell'impegno ad escludere ogni eventuale preoccupazione di carattere concorrenziale, sicché la natura c.d. *hard core* dell'intesa ha costituito uno, ma non l'unico, dei fattori sulla cui base il diniego è stato adottato.

Le ragioni per le quali l'amministrazione procedente ha ritenuto nel merito che gli impegni presentati non sono sufficienti ad escludere ogni eventuale preoccupazione di carattere concorrenziale non sono illogiche o basate su un travisamento dei fatti, ma, al contrario, si presentano del tutto condivisibili.

In primo luogo, sotto un profilo procedimentale, occorre osservare che l'Autorità, nell'adunanza del 12 ottobre 2006, ha adottato una comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14 *ter* L. 287/1990, indicando tra l'altro che, qualora non deliberi il rigetto per manifesta infondatezza degli impegni proposti, dispone con delibera la pubblicazione sul sito *internet* dei medesimi impegni determinando il termine entro il quale dovrà essere presa la decisione, salvo esigenze di proroga: i terzi interessati potranno presentare le proprie osservazioni scritte in merito agli impegni proposti entro un termine di trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione degli impegni stessi sul sito *internet*, mentre le parti interessate potranno rappresentare per iscritto all'Autorità la propria posizione in relazione alle osservazioni proposte dai terzi e, per tener conto di esse, potranno introdurre modifiche accessorie agli impegni.

Nel caso di specie, l'Autorità non ha provveduto alla pubblicazione degli impegni sul sito *internet* in quanto, come emerge dall'ultimo "ritenuto" della delibera in esame, l'impegno presentato, anche se valutato in concreto, è manifestamente inidoneo a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria.

L'impegno *ex art. 14 ter* presentato dalla Bristol-Myers Squibb consisteva nel garantire, per un periodo di due anni, la propria partecipazione a tutte le gare promosse, in qualunque forma, dalle Aziende Usl o altra pubblica amministrazione, per la fornitura di dispositivi per stomia, formulando le proprie offerte commerciali in piena autonomia di giudizio e sempre che fosse presente la possibilità di avere condizioni economicamente remunerative e vantaggiose per la società.

Tale impegno è all'evidenza insufficiente ad escludere preoccupazioni di carattere concorrenziale, atteso che la subordinazione della presentazione dell'offerta nelle gare ad evidenza pubblica per la fornitura di dispositivi per stomia alla possibilità di avere condizioni economicamente remunerative e vantaggiose per la società se, da un lato, rientra nel normale esercizio della libertà dell'impresa, dall'altro, configura una condizione meramente potestativa in quanto completamente discrezionale e sostanzialmente insindacabile in ragione della sua opinabilità e della difficoltà (*rectius*: impossibilità) per l'amministrazione di verificare caso per caso se, nell'ipotesi di mancata partecipazione, questa sia dipesa dall'assenza di condizioni economicamente remunerative e vantaggiose.

Di talché, la concreta valutazione di manifesta infondatezza degli impegni proposti, si presenta esaustivamente motivata ed è immune dai vizi dedotti.

Il prospettato vizio di disparità di trattamento, inoltre, postula che situazioni identiche siano trattate dall'amministrazione in modo diverso e le fattispecie in materia *antitrust*, fisiologicamente complesse, sebbene possano presentare elementi di analogia, non sono mai tra loro identiche e, comunque, l'eventuale provvedimento di accettazione degli impegni intervenuta in una determinata ipotesi non è idonea di per sé sola a tradursi, come *tertium comparationis*, in un vizio di legittimità della valutazione negativa intervenuta in una diversa ipotesi (T.A.R. Lazio, Roma, I, 29 dicembre 2007, n. 14157).

Di qui, l'infondatezza delle censure proposte cui segue l'infondatezza dell'impugnativa proposta con l'atto introduttivo del giudizio di cui al ricorso n. 1822 del 2007 dalla Bristol-Myers Squibb avverso la delibera di rigetto degli impegni adottata dall'Autorità nell'adunanza del 6 dicembre 2006.

3. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'adunanza del 3 agosto 2007, a conclusione del procedimento *de quo*, ha deliberato che:

a) le società Bristol-Myers Squibb S.r.l., B.Braun Milano S.p.a., Coloplast S.p.a. e Hollister S.p.a. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 2 L. 287/1990, avente per oggetto e per effetto il coordinamento dei propri comportamenti in relazione alle gare

a fornitore unico indette dalla USL di Ferrara nel 2003 e 2004 per la fornitura di dispositivi medici per stomia;

- b) le società di cui al punto a) si astengano dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata;
- c) in ragione di quanto indicato in motivazione, vengano applicate le sanzioni amministrative pecuniarie alle seguenti società: Bristol-Myers Squibb S.r.l. € 2.345.200; B.Braun Milano S.p.a. € 269.940; Coloplast S.p.a. € 910.080; Hollister S.p.a. € 470.600.

Le quattro società sanzionate hanno proposto ricorso avverso detto provvedimento e, *ad adiuvandum*, sono intervenuti la Federazione Associazione Incontinenti e Stomizzati ONLUS nonché i sigg.ri Gesuina Della Giovanna, Giuseppe De Salvo e Giuseppe Sciacca.

La F.A.I.S. riunisce le associazioni di persone portatrici di stomia o comunque affette da incontinenza e di coloro che operano per l'assistenza e il reinserimento sociale e lavorativo di tali soggetti, mentre i sigg.ri Della Giovanna, De Salvo e Sciacca sono portatori di dispositivi di stomia.

3.1 Gli interventi *ad adiuvandum* sono inammissibili.

Gli interventori hanno posto in rilievo la peculiare situazione medica dei pazienti stomizzati che, per tutta la propria esistenza, devono applicare sulla cute mediante adesivo un dispositivo per stomia, il che impone di poter disporre, sin dalla fase immediatamente post operatoria e nel corso di tutta la vita, dei dispositivi di stomia di tutte le imprese produttrici, consentendo di poter individuare, con l'assistenza del medico curante, il dispositivo che meglio si adatta alla singola persona, atteso che non sussiste affatto

omogeneità per i pazienti nell'utilizzo dell'uno o dell'altro dispositivo proveniente da differenti produttori.

Essi ritengono che l'indizione di procedure di selezione ad unico fornitore, come nel caso delle gare bandite dalla Azienda USL di Ferrara nel 2003 e 2004 dalle quali prende le mosse l'istruttoria da parte dell'AGCM, non garantisce il diritto alla salute dei pazienti stomizzati, poiché impone ai neo-operati l'utilizzo di un unico determinato dispositivo di stomia che non necessariamente è adatto, o è il più adatto, al singolo paziente.

Di talché, evidenziano il loro interesse ad intervenire in giudizio al fine di riaffermare la necessità, nell'interesse di pazienti stomizzati, di procedure di gara con "ammissione di tutti i listini", per contrastare il provvedimento impugnato che si fonda sull'assunto contrario che sia possibile individuare un unico prodotto per tutti i pazienti stomizzati.

Il Collegio rileva che l'intervento *ad adiuvandum* può essere proposto dal terzo che, avendo un proprio interesse, interviene per sostenere le ragioni fatte valere con il ricorso in quanto titolare di una posizione giuridica che, sia pure non legittimante la proposizione del ricorso in via principale, è collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale.

L'interventore, pertanto, deve essere titolare di un rapporto giuridico connesso con quello dedotto in giudizio o da esso dipendente, nel senso che la sentenza potrà riflettere un effetto favorevole o sfavorevole sulla sua posizione giuridica.

Nel caso di specie, i presupposti dell'intervento *ad adiuvandum* da parte della F.A.I.S. e dei sigg.ri Della Giovanna, De Salvo e Sciacca non sussistono.

Il *thema decidendum* dei presenti giudizi si concreta nell'esame dei motivi di impugnativa con cui le società ricorrenti hanno prospettato l'illegittimità della delibera adottata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'adunanza del 3 agosto 2007 di accertamento di un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza ai sensi dell'art. 2 L. 287/1990 e di irrogazione delle relative sanzioni.

Dal *thema decidendum*, invece, è del tutto estraneo l'accertamento della legittimità delle gare "a fornitore unico".

In altri termini, gli interventori hanno espressamente fatto presente che il loro interesse è costituito dall'esigenza di riaffermare la necessità di procedure di gara con "ammissione di tutti i listini", ma tale risultato non potrebbe comunque essere conseguito all'esito dei presenti giudizi in cui si controverte sulla sussistenza o meno di un'intesa anticoncorrenziale illecita e sulla adeguatezza delle relative sanzioni non certo sulle modalità di indizione delle gare per la fornitura di dispositivi per stomia.

In definitiva, le argomentazioni proposte sulla libertà di scelta del dispositivo da parte del paziente e sulla consequenziale preferenza per le procedure di gara con "ammissione di tutti i listini" si presentano inconferenti ed irrilevanti rispetto all'oggetto dei giudizi in discorso che vertono sul diverso tema della sussistenza o meno di un'illecita intesa anticoncorrenziale in relazione alle gare a fornitore unico indette dalla Azienda USL di Ferrara nel 2003 e nel 2004.

Ne consegue - atteso che l'esito dei giudizi si presenta indifferente per gli interessi di cui si dichiarano portatori gli interventori e che, quindi,

gli stessi non risultano titolari di alcun interesse di fatto – l’inammissibilità degli interventi *ad adiuvandum*.

3.2 Le ricorrenti Hollister e Coloplast hanno sostenuto che il diritto di difesa delle società parti del procedimento sarebbe stato leso poiché l’Autorità ha deliberato l’avvio dell’istruttoria dopo oltre due anni di accertamenti.

La censura non può essere condivisa.

La segnalazione dell’Azienda USL di Ferrara - riguardante presunti comportamenti restrittivi della concorrenza in occasione dell’espletamento di una gara a licitazione privata per la fornitura a varie aziende sanitarie di dispositivi per stomia – è pervenuta all’Autorità in data 8 marzo 2004, mentre l’istruttoria è stata avviata con delibera del 20 luglio 2006 ai sensi dell’art. 14 L. 287/1990.

La citata fonte normativa non contempla alcun termine di inizio del procedimento, né può trovare applicazione nel caso di specie l’art. 14 L. 689/1981 in quanto - anche a prescindere dalla considerazione che lo stesso si riferisce alla contestazione della violazione a seguito dello svolgimento delle relative indagini e non all’avvio della fase istruttoria del procedimento, che è invece tesa ad accertare la possibile sussistenza di un illecito - l’art. 31 L. 287/1990 richiama, se applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della L. 689/1981 ai soli fini delle sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della legge, mentre non vi è alcun richiamo alle stesse disposizioni per la disciplina della fase istruttoria del procedimento.

D'altra parte - rilevato che l'Autorità, ai sensi dell'art. 14 L. 287/1990, notifica l'apertura dell'istruttoria nei casi di presunta infrazione - la stessa valutazione sulla esigenza o meno di avviare l'istruttoria si presenta complessa e richiede un intervallo di tempo che può divenire rilevante in quanto il potere di indagine precedente l'istruttoria può essere protratto sino a quando non emergano elementi tali da rendere ragionevole l'avvio dell'istruttoria che, altrimenti, si rivelerebbe inutile ed antieconomica.

La protrazione nel tempo della fase preistruttoria, in assenza di specifiche allegazioni di parte, inoltre, non può ritenersi di per sé lesiva del diritto di difesa dei soggetti coinvolti nel procedimento in quanto non è possibile comprendere in che cosa si concreterebbe il prospettato nocumento.

Né l'arco temporale intercorrente tra la segnalazione dell'ASL di Ferrara e la delibera di avvio dell'istruttoria può avere determinato la persistenza nella condotta illecita atteso che, seguendo tale traiettoria argomentativa, occorrerebbe pervenire alla non accettabile conclusione che, a fronte del mancato avvio dell'istruttoria, l'operatore economico è legittimato a porre in essere qualsiasi comportamento, laddove il divieto di colludere con altri operatori economici a fini anticoncorrenziali è un principio che deve essere rigorosamente rispettato a prescindere dall'attivazione dei poteri di accertamento e repressione da parte della competente Autorità.

3.3 Coloplast, ancora in relazione allo svolgimento del procedimento, ha evidenziato che il provvedimento impugnato sarebbe meramente reiterativo della comunicazione delle risultanze istruttorie, per cui l'Autorità avrebbe

violato l'obbligo di valutare le memorie scritte ed i documenti pertinenti all'oggetto del procedimento.

La doglianza è infondata.

La circostanza che le valutazioni contenute nel provvedimento finale siano corrispondenti a quelle contenute nella comunicazione delle risultanze istruttorie non è di per sé sintomatica della omessa valutazione di memorie e documenti.

Nel caso di specie, in un apposito paragrafo (VI), il provvedimento ha dato conto delle argomentazioni delle parti e nelle valutazioni (VII) l'Autorità ha sovente fatto riferimento alle osservazioni formulate dalle parti al fine di confutarle.

D'altra parte, nell'ambito di un procedimento *antitrust*, le prerogative della difesa non richiedono che l'Autorità ribatta analiticamente a tutte le argomentazioni delle imprese interessate, essendo sufficiente che, sotto il profilo sostanziale, sia adeguatamente motivata la tesi accolta in contrapposizione a quanto dedotto dalle parti.

3.4 Le ricorrenti hanno prospettato l'illegittimità dell'azione amministrativa in quanto l'Autorità avrebbe attribuito all'intesa rilevanza nazionale nonostante la delimitazione del mercato rilevante alla sola distribuzione diretta in una ben ridotta dimensione geografica (province di Bologna e Ferrara).

L'intesa, insomma, non riguarderebbe l'intero mercato nazionale né una parte rilevante dello stesso, per cui difetterebbe il requisito della consistenza.

Le doglianze non sono persuasive.

L'art. 2, co. 2, L. 287/1990 vieta le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante.

Ne consegue che, ove effettivamente il mercato rilevante non potesse ritenersi esteso all'intero territorio nazionale o ad una sua parte rilevante, mancherebbe uno degli elementi costitutivi dell'illecito.

La presunta intesa segnalata all'Autorità dall'Azienda Usl di Ferrara riguarda il settore della commercializzazione di dispositivi medici per stomia, ed in particolare la fornitura alle strutture sanitarie pubbliche di tali prodotti.

Il provvedimento indica che l'attività di vendita di dispositivi per stomia può essere distinta in tre segmenti.

Il primo, relativo alla fornitura ospedaliera concernente i dispositivi necessari all'assistenza ed al trattamento del paziente nella fase immediatamente successiva all'intervento (c.d. fase "post-operatoria precoce"), pur rappresentando una parte del tutto marginale delle vendite a livello nazionale, risulta assai importante per le imprese in quanto consente di stabilire un primo contatto con il paziente e la marca del dispositivo per stomia utilizzata al momento della dimissione sarebbe quella che con maggiore probabilità il paziente utilizzerà anche dopo; l'approvvigionamento da parte delle strutture sanitarie avviene generalmente per mezzo di procedure concorsuali con un unico aggiudicatario (c.d. "gara a fornitore unico") e, spesso, le imprese ricorrono a forniture gratuite di campioni di prodotti presso gli ospedali.

Il secondo segmento riguarda la distribuzione diretta dai dispositivi da parte delle strutture sanitarie nella fase successiva alla degenza ospedaliera e può essere quantificato in circa un terzo delle vendite complessive a livello nazionale; l'erogazione dei prodotti avviene attraverso strutture proprie della ASL presso cui il paziente si reca a ritirare il dispositivo e la fornitura alle strutture sanitarie avviene per mezzo di una procedura che solo in rari casi è risultata una “gara a fornitore unico”, mentre generalmente consiste in una procedura che non prevede un unico aggiudicatario (c.d. “trattative con l’ammissione di tutti i listini”).

Il terzo segmento afferisce alla distribuzione indiretta del prodotto ai pazienti da parte delle farmacie o dei negozi di articoli sanitari ed incide per circa i due terzi delle vendite complessive dei dispositivi per stomia a livello nazionale.

La fornitura ospedaliera (primo segmento) e la distribuzione “diretta” alle ASL ed enti ospedalieri (secondo segmento), osserva l’AGCM, sono strettamente collegate alla distribuzione “indiretta” a grossisti e farmacisti (terzo segmento) in quanto, dato l’attuale sistema dei rimborsi, le strutture sanitarie sono interessate anche al contenimento dei prezzi pagati dai grossisti e dai farmacisti ai fornitori di dispositivi per stomia.

Le forniture ad uso ospedaliero sono in genere soddisfatte da gare a “fornitore unico”, mentre le procedure finalizzate alla distribuzione diretta post-ospedaliera non prevedono, di regola, l’individuazione di un unico fornitore. Infatti, in considerazione della preferenza accordata da ciascun paziente ad un determinato prodotto piuttosto che ad un altro, per il periodo

successivo all'intervento, le ASL sono generalmente ricorse a trattative private per la distribuzione diretta in modo tale da poter disporre di tutti i prodotti in commercio onde soddisfare le richieste di tutti i pazienti. La prescrizione da parte dei medici di tutti i tipi di prodotti, quindi, ha determinato la circostanza che le modalità di acquisto finalizzate alla fornitura di dispositivi per stomia per la distribuzione diretta, effettuate in Italia, hanno nella quasi totalità dei casi previsto "l'ammissione di tutti i listini", ossia il sostanziale acquisto, tramite trattativa diretta, di tutti i prodotti commercializzati dalle principali imprese attive nel settore.

Le due gare bandite dalla Azienda USL di Ferrara nel 2003 e nel 2004 ed andate deserte, invece, erano procedure di gara ad evidenza pubblica finalizzate ad individuare un unico standard qualitativo idoneo per la gran parte dei neo-operati, fatta salva la continuità di utilizzo dello stesso prodotto per i pazienti già operati e la necessità di fornire un ausilio diverso per i neo-operati che non rispondessero bene al prodotto risultato aggiudicatario. In sostanza, evidenzia l'Autorità, lo scopo dell'Azienda USL di Ferrara era quello di stabilire una reale procedura concorsuale anche relativamente ai pazienti neo-operati, individuando un idoneo standard qualitativo che doveva essere soddisfatto dall'aggiudicatario, salvo poi concedere eccezioni in caso di esigenze motivate posto che nel capitolato di gara era stato espressamente previsto che, qualora alcuni assistiti avessero presentato problematiche (es. intolleranza cutanea), o altre esigenze specifiche validate in un Centro di riabilitazione o in un reparto, le Aziende Sanitarie, accertata la necessità dell'assistito, si sarebbero impegnate ad erogare la fornitura di ausili diversi rispetto a quelli aggiudicati con la gara.

Dall'analisi dei capitolati emerge, infatti, che le dette gare di Ferrara riguardavano l'approvvigionamento contestuale di entrambe le due tipologie di consumo, quello ospedaliero e quello per la distribuzione territoriale, successivo alla dimissione ospedaliera.

Le gare con unico fornitore, in sintesi, impongono alle imprese operanti nel mercato il confronto concorrenziale sul prezzo, per cui possono determinare risparmi di spesa per le Aziende Sanitarie, mentre, nelle trattative che non prevedono un unico aggiudicatario, la competizione di prezzo risulta assai limitata; in particolare, le procedure di acquisto relative alla distribuzione diretta post-ospedaliera che non prevedono un fornitore unico portano le ASL ad acquistare tutti i prodotti delle imprese presenti sul mercato.

Precedentemente alle due gare di Ferrara del 2003 e 2004, risulta essere stata bandita una sola gara a fornitore unico dalla ASL Salerno 3 alla quale hanno partecipato le quattro imprese parti del procedimento nonché le imprese Teleflex Medical S.r.l., operante con marchio Rusch, e Gallini S.p.a.

L'Autorità, in definitiva, ha posto in rilievo che la scelta del tipo di dispositivo per stomia è effettuata dal medico prescrittore, di norma sulla base delle preferenze espresse dal paziente, e non dal soggetto che ne sopporta il costo economico, vale a dire l'ASL, dando luogo a quella particolare situazione di domanda mediata che caratterizza il settore farmaceutico e dei dispositivi medici; solo nel caso di distribuzione diretta da parte delle ASL tramite procedure di acquisto con fornitore unico anche l'ASL concorre e interviene nella scelta del dispositivo per stomia.

Dal punto di vista dell'offerta, il settore della commercializzazione di dispositivi per stomia in Italia è caratterizzato da un'elevata concentrazione, atteso che le quattro imprese parti del procedimento detengono circa il 95% delle vendite, mentre esistono altri due concorrenti di dimensioni assai più contenute, Rusch e Gallini, ed altri operatori con quote di mercato del tutto marginali. Il mercato, inoltre, appare caratterizzato da un elevato grado di trasparenza, con particolare riferimento alla dimensione della domanda, alle posizioni relative delle imprese ed alla politica dei prezzi offerti in sede di gara.

L'Autorità, tenuto anche conto delle considerazioni richiamate, ha individuato il mercato rilevante nel contesto competitivo rappresentato dalle gare indette dalla USL di Ferrara per la fornitura ospedaliera e per la distribuzione diretta alle strutture sanitarie operanti nelle province di Bologna e di Ferrara.

L'individuazione del mercato rilevante si rivela corretta ed è esente dai prospettati vizi di legittimità.

Le intese restrittive della libertà di concorrenza sono le intese tra imprese che hanno per oggetto, o per effetto, impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante.

La rilevanza della parte del mercato nazionale idonea ad integrare la sussistenza della fattispecie illecita deve essere considerata non solo sotto il profilo quantitativo ma anche sotto quello qualitativo, vale a dire per la sua potenziale capacità di comportare una consistente restrizione della concorrenza.

La circostanza che il mercato rilevante sia stato individuato in un ambito territoriale limitato non determina l'insussistenza della fattispecie atteso che l'intesa riferita alle gare *de quibus* è intrinsecamente suscettibile di avere un'incidenza negativa sul libero esplicarsi delle regole di concorrenza nel mercato in un ambito territoriale molto più vasto.

In altri termini, è il segmento geografico in relazione al quale l'intesa è potenzialmente in grado di produrre i propri effetti che deve essere tenuto in considerazione al fine di qualificare la fattispecie come illecita, anche nel caso in cui, come nella specie, la presunta intesa si è tradotta nella mancata partecipazione a singole gare bandita da stazioni appaltanti che operano in una ben circoscritta area geografica.

Di talché, è ben possibile che il mercato rilevante sia territorialmente limitato e tuttavia l'intesa possa comportare una consistente restrizione della concorrenza tale da integrare la fattispecie di cui all'art. 2 L. 287/1990.

In tale prospettiva, il provvedimento impugnato, al punto 141, ha fatto presente che, essendo le procedure indette dalla ASL di Ferrara le prime gare a fornitore unico di dimensioni significative destinate al consumo sia ospedaliero che post-ospedaliero, l'intesa ha avuto una portata più generale, consistente nello scoraggiare – nell'intero ambito nazionale – l'utilizzo di procedure di gara a fornitore unico per la distribuzione post-ospedaliera, “segnalando” non solo alla ASL di Ferrara, ma anche alle altre strutture sanitarie sul territorio nazionale, la sostanziale impraticabilità di tale modalità di acquisto.

Pertanto, l'Autorità ha logicamente individuato il mercato rilevante nel contesto competitivo rappresentato dalle gare indette dalla ASL Ferrara

andate deserte, ma il circoscritto ambito territoriale per il quale dette gare sono state bandite (fornitura ospedaliera e distribuzione diretta alle strutture sanitarie operanti nelle province di Bologna e di Ferrara) non impedisce di ritenere integrata la fattispecie di cui all'art. 2 L. 287/1990 per la portata più generale dell'intesa, consistente nello scoraggiare nell'intero ambito nazionale l'utilizzo di procedure di gara a fornitore unico per la distribuzione post-ospedaliera.

Tale *iter* argomentativo non è contraddittorio ed è senz'altro plausibile in quanto, come detto, le procedure di gara indette dalla ASL di Ferrara nel 2003 e nel 2004 sono le prime gare a fornitore unico di dimensioni significative destinate sia al consumo ospedaliero che post-ospedaliero, sicché si presenta ragionevole dedurre che il comportamento delle imprese è stato finalizzato anche a “scoraggiare”, sull'intero ambito nazionale, l'indizione di gare a fornitore unico.

Di qui, la consistenza della portata anticoncorrenziale dell'intesa e la sua indubbia rilevanza ai fini *antitrust*.

3.5 Le ricorrenti, in relazione ad una pluralità di profili, hanno contestato la sussistenza dei presupposti per l'astratta configurabilità dell'intesa restrittiva della concorrenza.

In particolare, è stato sostenuto che:

- la mancata partecipazione alle gare a fornitore unico indette dalla ASL di Ferrara per la fornitura di dispositivi medici per stomia nel 2003 e 2004 sarebbe stato un fatto isolato e mai ripetuto, sicché mancherebbe la reiterazione dei comportamenti;

- i prodotti delle varie aziende del settore non sarebbero del tutto sostituibili ed i loro prezzi sarebbero molto diversi e difficilmente comparabili in considerazione dell'ampia varietà di prodotti e, comunque, le parti avrebbero quote di mercato asimmetriche e variabili, per cui non sarebbe sostenibile la loro volontà di colludere;
- l'esistenza sul mercato di altri due concorrenti, Rusch S.r.l. e Gallini S.r.l., di dimensioni paragonabili a quelle di Braun renderebbe poco credibile che in un mercato con sei produttori solo quattro colludano.

Le doglianze non possono essere condivise.

3.5.1 La circostanza che le condotte in cui si è concretizzata l'intesa ha riguardato le sole gare indette dalla ASL di Ferrara nel 2003 e nel 2004 non esclude la possibile sussistenza dell'intesa stessa.

La reiterazione dei comportamenti nel tempo, infatti, costituisce un elemento indiziario dell'intesa, ma non assurge ad elemento costitutivo della stessa.

In altre parole, la ripetitività dei comportamenti delle imprese, se normalmente acquisisce rilievo perché attribuisce significatività a condotte che, diversamente, non potrebbero essere considerate finalizzate ad un obiettivo anticoncorrenziale, si presenta sostanzialmente irrilevante al fine di accertare la sussistenza dell'intesa quando la specificità della condotta delle parti, sebbene riferita ad un singolo o a pochi episodi, già di per sé può essere idonea a dimostrare la presenza della fattispecie *antitrust*.

Nel caso di specie, il provvedimento impugnato ha indicato che l'intesa stessa si è concretizzata, in particolare, nella mancata partecipazione alle due gare indette dalla ASL di Ferrara nel 2003 e nel 2004, a seguito

delle quali la stazione appaltante è stata indotta ad abbandonare la scelta dell'indizione di gare ad unico fornitore tornando ad utilizzare procedure che prevedevano l'ammissione di tutti i listini, alle quali le imprese stesse hanno partecipato.

La peculiarità della fattispecie induce a ritenere che, pur in assenza di ulteriori episodi reiterativi dei comportamenti *de quibus*, non possa essere esclusa a priori la sussistenza della ipotizzata intesa anticoncorrenziale.

3.5.2 Le differenze sussistenti tra i dispositivi per stomia prodotti dai vari fornitori, che possono rendere opportuno utilizzare per un paziente un dispositivo in luogo di un altro sia pure di pari qualità, nonché le asimmetrie e la variabilità delle quote di mercato delle società parti del procedimento sono circostanze parimenti inidonee ad escludere la possibile configurazione dell'intesa *antitrust*.

Nel provvedimento, l'Autorità ha dato ampiamente conto delle caratteristiche del settore e le stesse non acquisiscono alcun rilievo in quanto, come chiaramente evidenziato al punto 106, l'intesa restrittiva della concorrenza ex art. 2, co. 2, L. 287/1990 ha avuto per oggetto e per effetto il coordinamento dei comportamenti delle imprese in occasione delle due gare indette dalla ASL di Ferrara, al fine di scoraggiare le strutture sanitarie pubbliche a ricorrere alla gara a "fornitore unico" e, per questa via, a ridurre gli spazi per la concorrenza di prezzo nell'ambito della distribuzione di dispositivi per stomia.

Ne consegue che l'oggetto dell'intesa non è stata la volontà di ripartire il mercato, la cui realizzazione sarebbe stata poco compatibile con la presenza di quote di mercato asimmetriche e variabili, ma piuttosto la

volontà di ridurre la concorrenza di prezzo che sarebbe verosimilmente derivata dal buon esito delle gare “a fornitore unico” e tale volontà si presenta invece del tutto compatibile con le caratteristiche del settore.

La mancata partecipazione alle gare “a fornitore unico”, infatti, ha impedito che potesse avere luogo la competizione di prezzo connessa a tali tipologie di procedura.

L’applicazione della normativa comunitaria e nazionale per la scelta del contraente di un’amministrazione pubblica (c.d. procedura ad evidenza pubblica), viceversa, è finalizzata ad individuare il “miglior” contraente possibile dell’amministrazione per quanto riguarda sia la qualità che il prezzo della prestazione da ricevere, sicché garantisce l’ottimale utilizzo del danaro pubblico e nel contempo assicura la tutela della libertà di concorrenza tra le imprese operanti nel mercato.

3.5.3 Con riferimento alla presenza di altri due operatori di mercato, Rusch e Gallini, non coinvolti nella concertazione, è sufficiente rilevare che l’intesa oggetto di valutazione ha coinvolto imprese titolari al livello nazionale di una quota di mercato congiunta di circa il 95%.

Pertanto – sebbene Rusch e Gallini abbiano formulato offerte nella gara del 2004, risultando peraltro escluse dalla Commissione di gara per motivi attinenti alle caratteristiche dei prodotti - è senz’altro plausibile ipotizzare una fattispecie di illecito concorrenziale pur in assenza della partecipazione delle suddette imprese, operanti sul mercato con quote marginali.

3.6 Le ricorrenti, con censure afferenti ad una pluralità di profili, hanno prospettato l'insufficienza di elementi probatori idonei a dare conto della concreta sussistenza dell'intesa.

In particolare, Bristol-Myers Squibb ha sostenuto che:

- non vi sarebbe alcuna evidenza probatoria a supporto dell'affermazione secondo cui le parti avrebbero coordinato le proprie condotte in occasione delle gare di Ferrara al fine di scoraggiare le strutture pubbliche a ricorrere alla gara a "fornitore unico" e, quindi, a ridurre gli spazi per la concorrenza di prezzo nell'ambito della distribuzione di dispositivi per stomia;
- l'Autorità non avrebbe trovato evidenza di un accordo tra le parti né indizi gravi, precisi e concordanti riguardo alle gare di Ferrara e non avrebbe illustrato l'assenza di una spiegazione alternativa, laddove la ricorrente, in piena autonomia, avrebbe ritenuto che la sua partecipazione alla gara avrebbe comportato un grave danno alla sua immagine in quanto sarebbe stata percepita come azienda "non etica" perché contraria agli interessi dei pazienti pur di perseguire il proprio scopo di lucro.

Hollister ha fatto presente che:

- la stessa decisione evidenzerebbe che il mercato presenta un elevato grado di trasparenza, con particolare riferimento alla dimensione della domanda, alle posizioni relative delle imprese e alla politica di prezzi offerti in sede di gara e, in assenza di altri indizi, gli elementi rilevati dall'Autorità non potrebbero supportare la tesi di una diserzione delle

gare concordata tra le imprese, anziché frutto delle autonome valutazioni effettuate da ciascuna;

- sarebbe stata omessa qualunque considerazione in ordine alla serie di giudizi vertenti tra Hollister e BMS nonché tra Hollister e Coloplast;
- la decisione di non partecipare alle gare sarebbe derivata dall'esigenza di non adottare un comportamento collidente con le aspettative manifestate dalle associazioni dei pazienti.

Coloplast ha dedotto che:

- l'amministrazione procedente, in assenza di prove dirette e di indizi univoci e concordanti, avrebbe dovuto dimostrare l'impossibilità di una spiegazione alternativa al comportamento delle parti;
- una spiegazione alternativa e razionale sarebbe stata illustrata dalla Società e riguarderebbe soprattutto valori e principi etici, in quanto il bando di gara avrebbe presentato condizioni non condivisibili; in particolare, la scelta di non partecipare alle gare di Ferrara, limitatamente ai lotti per stomia, sarebbe dipesa da vari fattori, primo tra tutti l'etica di settore che impediva di partecipare ad una gara che violava la libertà di scelta dei pazienti ed avrebbe pregiudicato il rapporto con le relative associazioni;
- non sussisterebbero evidenze documentali che permettano di considerare il comportamento in occasione delle gare di Ferrara come frutto di una concertazione e non di un'autonoma scelta e gli elementi indicati dall'AGCM sarebbero inidonei a dimostrare, in modo non equivoco, un'intesa collusiva volta a boicottare le procedure di gare a fornitore unico indette dalla ASL di Ferrara.

B.Braun Milano ha rilevato che:

- gli elementi probatori a disposizione dell'Autorità non sarebbero sufficienti a dimostrare l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale, né sotto forma di accordo, né sotto forma di pratica concordata, atteso che l'intero impianto accusatorio si baserebbe su prove indiziarie insufficienti per qualità e quantità;
- gli elementi indiziari non sarebbero sufficienti per dimostrare che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o plausibilmente diverso, laddove le pressioni derivanti dalle associazioni dei pazienti e le precedenti esperienze relative a gare a fornitore unico dimostrerebbero la razionalità delle scelte effettuate da Braun e dalle altre imprese parti del procedimento;
- l'esistenza di contatti tra imprese rileverebbe sotto il profilo indiziaro solo qualora si tratti di contatti qualificati, non altrimenti spiegabili in un contesto concorrenziale, mentre, per quel che riguarda le riunioni del gruppo stomia, non vi sarebbe agli atti alcun elemento di prova sufficiente a suffragare la tesi di un indebito scambio di informazioni;
- la gara bandita dalla ASL di Ferrara, peraltro, non sarebbe andata deserta avendo presentato offerte le imprese Rusch e Gallini.

In sostanza, le ricorrenti hanno dedotto l'insussistenza di sufficienti elementi indiziari volti a provare un'intesa anticoncorrenziale sotto forma di accordo o pratica concordata, indicando che l'amministrazione procedente non avrebbe fornito dimostrazione dell'inesistenza di una spiegazione alternativa logica e razionale al comportamento parallelo delle parti, laddove le stesse parti avrebbero invece evidenziato che la loro condotta derivava

dalla volontà di conformarsi a valori e principi etici, nel rispetto della libertà di scelta del paziente al più adatto dispositivo per stomia, anche al fine di non compromettere i rapporti con le relative associazioni.

3.6.1 Il Collegio rileva su un piano generale che il giudice amministrativo può sindacare con piena cognizione i fatti oggetto dell'indagine e il processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, fermo restando che, ove sia accertata la legittimità dell'azione sulla base della corretta utilizzazione delle regole tecniche sottostanti, il sindacato giurisdizionale non può spingersi oltre, perché vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, la quale soltanto è titolare del potere esercitato (*ex multis*: Cons. Stato, VI, 12 febbraio 2007, n. 550; T.A.R. Lazio, Roma, I, 29 dicembre 2007, n. 14157; T.A.R. Lazio, Roma, I, 30 marzo 2007, n. 2798; T.A.R. Lazio, Roma, I, 13 marzo 2006, n. 1898).

In altri termini, il giudice amministrativo, in relazione ai provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio ai sensi dell'art. 23 L. 689/1981 applicabile in virtù del richiamo contenuto nell'art. 31 L. 287/1990, per cui deve valutare i fatti onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'Autorità sia immune da travisamenti e vizi logici e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate ed applicate, mentre, ove residuino margini di opinabilità circa concetti indeterminati non può sostituirsi all'amministrazione nella definizione degli

stessi se la relativa definizione fornita sia immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge (*ex multis*: Cons. Stato, VI, 10 marzo 2006, n. 1271; Cons. Stato, VI, 2 marzo 2004, n. 926; T.A.R. Lazio, Roma, I, 15 gennaio 2007, n. 204).

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.

Per la sussistenza dell'illecito, quindi, è sufficiente la presenza dell'oggetto anticoncorrenziale e non anche necessariamente dell'effetto ed anche le pratiche concordate sono 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 l'effetto di impedire o falsare la concorrenza (cfr. Cons. Stato, VI, 22 marzo 2001, n. 1699 richiamato da T.A.R. Lazio, Roma, I, 14 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, I, 15 gennaio 2007, n. 204; T.A.R. Lazio, Roma, I, 3 ottobre 2006, n. 9878; T.A.R. Lazio, Roma, I, 2 dicembre 2005, n. 12835).

Le condotte vietate possono essere costituite da accordi espressi, da pratiche concordate o da decisioni di associazioni di imprese o organismi similari.

La fattispecie dell'accordo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, mentre la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento fra le 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 (*ex multis*: Cons. Stato, VI, 10 febbraio

2006, n. 548; Cons. Stato, VI, 2 marzo 2004, n. 926; Corte Giustizia CE 8 luglio 1999, Commissione - Anic).

L'intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richiede comportamenti di più imprese uniformi e paralleli, che appaiano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali, per cui manca o è difficilmente rintracciabile un accordo espresso, il che è agevolmente comprensibile atteso che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, consapevoli della loro illiceità, è verosimile che tentino in ogni modo di celarla, evitando non solo accordi scritti ma anche accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto (Cons. Stato, VI, 10 febbraio 2006, n. 548).

Ne consegue che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, può essere indiziaria, purché gli indizi siano seri, precisi e concordanti, e gli elementi indiziari, sebbene singolarmente considerati possano generare perplessità in ordine alla loro significatività, vanno inquadrati nel contesto complessivo del sistema per apprezzarne l'eventuale rilevanza.

L'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali:

- la durata, l'uniformità ed il parallelismo dei comportamenti;
- gli incontri tra le imprese;
- gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni;

- i segnali e le informative reciproche;
- il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate.

In altri termini, la giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena (c.d. *smoking gun*: testo dell'intesa; documentazione inequivoca della stessa; confessione dei protagonisti) e della conseguente vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa *antitrust* che scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso, reputa sufficiente, e necessaria, la delineazione di indizi, purché gravi, precisi e concordanti, circa l'intervento di illecite forme di concertazione e coordinamento (*ex multis*: T.A.R. Lazio, Roma, I, 13 marzo 2008, n. 2312; T.A.R. Lazio, Roma, I, 14 settembre 2007, n. 8951; T.A.R. Lazio, Roma, I, 15 gennaio 2007, n. 204; Cons. Stato, VI, 22 marzo 2001, n. 1699).

In assenza di ulteriori elementi di riscontro, quali indizi gravi, precisi e concordanti, invece, il parallelismo può essere considerato di per sé sintomatico di una condotta illecita sul versante soggettivo solo ove non sia configurabile una spiegazione alternativa capace di inquadrare le condotte parallele come razionali ed autonome scelte imprenditoriali, fisiologicamente condizionate dalla previsione dell'altrui possibile risposta ad un'iniziativa differenziatrice.

In presenza di un parallelismo dei comportamenti ma non di ulteriori elementi di riscontro, quindi, la dimostrazione della pratica concordata si concreta nella prova logica, il cui onere incombe all'Autorità, rappresentata

dall'impossibilità di dare una diversa spiegazione capace di collegare la situazione di mercato alle normali scelte imprenditoriali.

La giurisprudenza comunitaria ha così individuato, in primo luogo, elementi indiziari endogeni, ossia collegati alla stranezza intrinseca della condotta, ovvero alla mancanza di spiegazioni alternative nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello in pratica riscontrato (Corte Giustizia CE, 31 marzo 1993 Woodpulp – Pasta di legno).

La seconda tipologia degli elementi indiziari, cc.dd. esogeni, concerne invece i riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita ed attiene, in particolare, ai contatti tra le imprese e, soprattutto, agli scambi di informazioni se non addirittura a veri e propri concordamenti non altrimenti spiegabili in un contesto di sano confronto concorrenziale e, quindi, sintomatici di un'intesa illecita; detti scambi di informazioni assumono una particolare gravità in caso di mercato oligopolistico in quanto risultano idonei ad eliminare l'unico fattore che può spingere le imprese soddisfatte della quota di mercato raggiunta ad un ribasso dei prezzi, ossia il timore di una manovra competitiva sui prezzi da parte dei concorrenti e la conseguente necessità di prevenirla o contrastarla efficacemente (Cons. Stato, VI, 16 marzo 2006, n. 1397).

In conclusione, un parallelismo consapevole delle condotte tenute da imprese, anche operanti in un mercato oligopolistico, di per sé lecito, può essere considerato come frutto di un'intesa anticoncorrenziale, vale a

dire di un vietato coordinamento delle condotte, ove sia impossibile spiegare alternativamente la condotta parallela come frutto plausibile delle iniziative imprenditoriali e, in tal caso, l'onere dell'impossibilità di spiegazioni alternative grava sull'Autorità procedente, ovvero anche per la presenza di elementi indiziari esogeni, quali contatti e scambi di informazioni, rivelatori di una concertazione e di una collaborazione anomala e, in tal caso, l'onere probatorio di spiegare la razionalità della condotta grava sulle imprese.

Nel caso di intesa avente un oggetto anticoncorrenziale non è necessario, al fine della sua qualificazione in termini di illiceità, effettuare ulteriori valutazioni sugli effetti concreti che la stessa ha avuto sul mercato atteso che la qualificazione come illecita della condotta discende dall'oggettiva idoneità della stessa ad alterare la concorrenza, mentre l'analisi degli effetti prodotti dall'intesa sul mercato può incidere in termini di gravità della stessa e, di conseguenza, sulla quantificazione della sanzione pecuniaria.

La valutazione degli effetti conseguenti alla realizzazione dell'intesa, quindi, rileva ai fini della qualificazione della gravità della stessa, atteso che quanto maggiori sono gli effetti prodotti tanto più l'intesa può essere ritenuta offensiva del principio della libera concorrenza, e della determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria da irrogare.

3.6.2 Nella fattispecie in esame, le condotte parallele tenute dalle Società ricorrenti in occasione delle gare “a fornitore unico” indette dalla ASL di Ferrara nel 2003 e nel 2004 non sono in discussione.

Le imprese, infatti, non hanno partecipato alle dette procedure di gara, mandandole deserte.

In particolare, come indicato nel punto 57 del provvedimento, la prima gara bandita dalla ASL di Ferrara, andata deserta, era una licitazione privata per la fornitura a varie aziende di dispositivi medici, tra cui i dispositivi per stomia, indetta con delibera del 4 agosto 2003.

La gara aveva ad oggetto la fornitura biennale, rinnovabile di anno in anno sino ad ulteriori due anni, di sacche per nutrizione artificiale, sangue, apparato urinario e stomie, per le esigenze della Azienda USL di Ferrara, quale capofila dell'unione d'acquisto con l'Azienda USL Città di Bologna, l'Azienda USL Bologna Nord, l'Azienda USL Bologna Sud, l'Azienda Ospedaliera di Bologna Policlinico S.Orsola-Malpighi, l'Azienda Usl di Imola, gli Istituti Ortopedici Rizzoli e l'Azienda Ospedaliera di Ferrara.

Nell'invito a partecipare alla gara, trasmesso il 22 ottobre 2003, la data di scadenza per la presentazione delle offerte è stata fissata al 2 dicembre 2003, ma, in relazione a vari lotti, tra cui quelli relativi ai dispositivi medici per stomia, la gara è andata deserta. Le Società ricorrenti, in risposta al bando, si erano prequalificate.

Nel 2004, la Azienda USL di Ferrara ha indetto, questa volta con la modalità della trattativa privata, una nuova gara che prevedeva, come la precedente, l'aggiudicazione di ciascun lotto ad un'unica impresa, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La gara del 2004, in cui il termine per la presentazione delle offerte era stato fissato al 26 luglio, è anch'essa andata deserta atteso che Bristol-Myers Squibb, B.Braun Milano, Coloplast ed Hollister non hanno

presentato alcuna offerta, mentre le offerte formulate da Rusch e Gallini sono state escluse dalla commissione di gara per motivi attinenti alle caratteristiche dei prodotti.

Nel dicembre 2004, infine, sono state indette licitazioni private finalizzate ad assicurare la fornitura di tutti i prodotti per stomia presenti sul mercato per il periodo 1° maggio 2005 – 30 aprile 2008, con possibilità di rinnovo per ulteriori tre anni, attraverso l’offerta, da parte delle imprese, di sconti sui rispettivi listini. BMS, Braun e Coloplast hanno partecipato a questa procedura, mentre Hollister non ha presentato la propria offerta a causa di un mero disguido secondo quanto dalla stessa affermato nel corso del procedimento, ma la continuità della sua fornitura è comunque avvenuta mediante il rinnovo del contratto in essere nel 2001.

Le Società ricorrenti, quindi, si sono prequalificate a seguito dell’indizione della gara ed hanno ricevuto la relativa lettera di invito ma non hanno presentato offerte per la licitazione privata “a fornitore unico” bandita nel 2003, né hanno presentato offerte per la conseguente procedura a trattativa privata del 2004.

A fronte di tali condotte parallele, integranti i cc.dd. elementi indiziari endogeni, occorre verificare l’eventuale sussistenza di elementi indiziari esogeni e la possibile spiegazione alternativa logica e razionale dei comportamenti, il cui onere, ove sussistano anche elementi indiziari esogeni, grava sulle imprese interessate.

Il provvedimento (ai punti 112 e seguenti) fa presente che, dalle evidenze emerse nel corso del procedimento, si evince l’esistenza di informazioni e di contatti tra le imprese che hanno determinato la

consapevolezza, in ciascuna delle imprese parti del procedimento, che nessuna di esse avrebbe partecipato alle gare “a fornitore unico” indette dalla ASL di Ferrara.

In particolare, l’Autorità ha evidenziato che le riunioni del c.d. “gruppo stomia” hanno quantomeno ridotto l’incertezza in merito al comportamento che le parti avrebbero tenuto in occasione delle gare.

In occasione delle riunioni del c.d. “gruppo stomia” che hanno avuto luogo presso la sede di Assobiomedica prima di entrambe le gare, infatti, le Parti hanno avuto modo non solo di conoscere le perplessità delle associazioni dei pazienti, ma anche di manifestare la comune contrarietà al contenuto del capitolato e, più in generale, alle gare a fornitore unico per la distribuzione post-ospedaliera dei dispositivi medici per stomia.

Nel provvedimento è indicato al punto 60 che, nel corso di riunioni del gruppo di lavoro “stomia” esistente nell’ambito di Assobiomedica, svoltesi il 12 settembre ed il 17 novembre 2003, anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte fissata al 2 dicembre 2003, le imprese hanno manifestato, secondo quanto affermato dai soggetti sentiti in audizione nel corso del procedimento, la loro perplessità in merito al contenuto del capitolato di gara e, più in generale, alle gare a fornitore unico per l’erogazione post-ospedaliera.

La riunione del 12 settembre 2003 è stata convocata con e-mail di Assobiomedica del 2 settembre indirizzata ad Hollister, Braun, Coloplast, BMS e Rusch e ad essa hanno partecipato Hollister, Braun, Coloplast e Rusch; la riunione del 17 novembre 2003 è stata fissata il 3 novembre 2003 e ad essa hanno partecipato BMS, Hollister, Braun, Coloplast e Rusch.

In vista dello svolgimento della seconda gara, il 30 giugno 2004, Coloplast ha convocato il c.d. “gruppo stomia” per una riunione da tenersi presso la sede di Assobiomedica di Milano il 13 o 16 luglio 2004, proponendo di far partecipare alla riunione anche il Presidente dell’Associazione FAIS “affinché possa illustrarci quali sono le iniziative che la FAIS intende intraprendere in merito all’oggetto del nostro incontro”.

La riunione è stata infine fissata al giorno 16 luglio 2004 e ad essa, svoltasi presso la sede di Assobiomedica, hanno sicuramente partecipato Hollister, Coloplast e BMS nonché l’associazione dei pazienti FAIS; con riguardo alla partecipazione di Braun, invece, le evidenze raccolte nel corso dell’istruttoria non sono univoche, atteso che Hollister e Coloplast hanno dichiarato che era presente anche un rappresentante di Braun, mentre il rappresentante di FAIS ha dichiarato di non ricordare la presenza a tale riunione di Braun e quest’ultima, dopo avere dichiarato di non ricordare la sua eventuale partecipazione a tale riunione, ha poi negato di avere partecipato.

Secondo quanto affermato da Hollister e Coloplast, nel corso della riunione tutte le imprese erano a conoscenza della posizione negativa delle associazioni dei pazienti e le imprese stesse hanno reciprocamente manifestato la loro contrarietà in merito al contenuto del capitolato di gara. Coloplast ha aggiunto che nel corso della riunione è stato proposto l’invio di una lettera di protesta di Assobiomedica alla ASL di Ferrara e alle altre ASL interessate alla gara.

Anche Assobiomedica, sebbene non presente a suo dire alla riunione del 16 luglio 2004, ha affermato che nel corso della riunione precedente la

scadenza del termine per la presentazione delle offerte nella gara del 2004 tutte le parti del procedimento sono venute reciprocamente a conoscenza della contrarietà di ciascuna di esse al capitolato di gara.

E' ancora significativo sottolineare che, come riportato nel punto 75 del provvedimento, il 19 luglio 2004 Coloplast ha inviato una e-mail all'associazione dei pazienti FAIS e, per conoscenza, a Hollister, BMS e Braun, intitolata "gara d'appalto USL Ferrara", in cui comunica di avere "ritenuto opportuno: a) essere più incisivi nell'oggetto (...); b) ribadire il perché della scesa 'in campo' della FAIS (supporto all'Associazione Regionale e necessità di una visibilità NAZIONALE del problema); c) come ricordava (...), di aprire ad un successivo incontro – tavolo".

Inoltre, come indicato al punto 76, la lettera di Assobiomedica prevista nel corso della riunione del 16 luglio 2004, è stata inviata alla ASL di Ferrara e agli altri enti e strutture ospedaliere interessati il 22 luglio 2004, pochi giorni prima della scadenza del termine del 26 luglio fissato per la presentazione delle offerte; nella lettera è stata espressa la contrarietà al capitolato, a motivo della necessità di rispondere all'esigenza comunemente avvertita dei pazienti di scelta tra le diverse marche di dispositivi per stomia e si conclude con l'affermazione della indispensabilità della revisione della procedura di approvvigionamento al fine di un più ampio accesso dei pazienti ai prodotti più idonei alle loro necessità.

L'istruttoria, come si desume dal punto 115, ha evidenziato anche contatti bilaterali tra le parti del procedimento (Hollister e Coloplast) aventi ad oggetto la contrarietà delle imprese alle gare di Ferrara.

In definitiva, il Collegio rileva che, sulla base delle evidenze raccolte dall'AGCM nel corso dell'istruttoria, gli scambi di informazioni tra le imprese possono effettivamente avere facilitato il coordinamento delle condotte commerciali delle parti soprattutto in ordine alla consapevolezza che nessuna di esse avrebbe formalizzato l'offerta nelle gare indette dalla ASL di Ferrara nel 2003 e nel 2004, eliminando così la naturale incertezza che dovrebbe gravare su un'impresa relativamente al comportamento futuro dei concorrenti.

Né, l'eventuale assenza di Braun alla riunione del c.d. "gruppo stomia" precedente al termine per la formalizzazione delle offerte nella gara del 2004 può acquisire rilievo in quanto la gara del 2004 era la "prosecuzione" della gara del 2003, andata deserta, alla riunione precedente la quale Braun aveva partecipato.

Nel caso di specie, insomma, sussistono sia il parallelismo dei comportamenti delle imprese nelle gare del 2003 e del 2004 sia elementi indiziari esogeni da cui è possibile evincere uno scambio di informazioni tra le parti che può avere facilitato, attraverso la consapevolezza delle condotte tenute in sede di gara, il coordinamento delle condotte parallele, per cui l'onere di fornire una spiegazione del parallelismo alternativa al coordinamento, economicamente logica e razionale, grava sulle imprese.

3.6.3 Le censure proposte dalle ricorrenti in proposito non sono idonee a dare conto dell'illegittimità dell'azione amministrativa in quanto non convincono dell'esistenza di una logica spiegazione alternativa al parallelismo riscontrato.

Di talché, le condotte non possono essere considerate l'espressione di scelte compiute dalle parti in modo autonomo ma appaiono il frutto di un'intesa volta a "boicottare" le gare "a fornitore unico" indette dalla ASL Ferrara nel 2003 e nel 2004.

La gara "a fornitore unico", imponendo il confronto concorrenziale sui prezzi, implica la possibilità di aggiudicarsi tutta la quantità di fornitura richiesta dalla ASL o, comunque, una quantità superiore a quella ottenibile partecipando alle gare con l'ammissione di tutti i listini, per cui, accettando la competizione, l'impresa se, da un lato, aumenta il rischio ad essa connesso, dall'altro, ha la possibilità di ottenere un maggiore profitto rispetto a quello derivante dall'ammissione di tutti i listini.

L'eventuale aggiudicazione della gara, quindi, sarebbe stata verosimilmente conveniente per l'impresa che avesse presentato l'offerta giudicata economicamente più vantaggiosa.

Pertanto, è oltremodo difficile ipotizzare che l'omessa presentazione dell'offerta da parte di ciascuna impresa sia nella prima che nella seconda gara si sia verificata nell'inconsapevolezza della condotta che le altre imprese avrebbero avuto in sede di gara.

In altri termini, sulla base di un criterio di ragionevolezza, occorre presumere che ciascuna impresa, nel momento in cui ha deciso di non presentare l'offerta, sia stata al corrente del fatto che anche le altre imprese concorrenti non avrebbero presentato l'offerta, atteso che, in assenza di detto coordinamento, la condotta di ciascuna impresa sarebbe difficilmente comprensibile e, se ciò è possibile si verifichi con riferimento ad una di

esse, è estremamente improbabile che si verifichi con riferimento alla loro totalità.

Si rivela, pertanto, corretta ed esente da vizi logici la valutazione dell'Autorità secondo cui il parallelismo delle condotte (*id est*: la mancata partecipazione alle gare "a fornitore unico" indette dalla ASL di Ferrara nel 2003 e nel 2004) non trova una plausibile giustificazione diversa dalla concertazione ed appare essere la conseguenza non di scelte adottate in modo indipendente da ciascuna impresa, ma di un'intesa tra le parti.

L'astensione congiunta dalle gare con unico fornitore, in sintesi, non appare spiegabile senza una preventiva concertazione tra le parti in quanto l'incentivo di ciascuna impresa a partecipare alla singola gara era elevato e la concertazione per essere efficace non necessariamente doveva essere estesa a tutte le imprese presenti sul mercato, essendo sufficiente il coinvolgimento dei principali operatori.

Ne consegue che - avendo la stessa Autorità dimostrato, sulla base del descritto e condivisibile ragionamento logico presuntivo, che il parallelismo della condotta delle parti non poteva trovare una spiegazione alternativa plausibile - il riferimento agli elementi indiziari esogeni dell'intesa costituisce un *quid pluris*, non determinante ai fini della qualificazione della fattispecie in termini di illecita intesa anticoncorrenziale.

Ad ogni buon conto, l'AGCM si è data carico, ai punti 122 e seguenti del provvedimento, di esaminare le spiegazioni alternative fornite dalle parti ed ha escluso la loro attendibilità.

Le Società ricorrenti hanno censurato la valutazione compiuta dall'amministrazione precedente ribadendo essenzialmente che le pressioni derivanti dalle associazioni dei pazienti e le precedenti esperienze relative a gare a fornitore unico dimostrerebbero la razionalità delle scelte effettuate e che la scelta di non partecipare alle gare di Ferrara, limitatamente ai lotti per stomia, sarebbe dipesa da vari fattori, primo tra tutti l'etica di settore che impediva di partecipare ad una gara che violava la libertà di scelta dei pazienti ed avrebbe pregiudicato il rapporto con le relative associazioni.

La prospettazione non può essere condivisa.

Per quanto attiene alle precedenti esperienze di gare a fornitore unico, occorre osservare che l'unica gara analoga, precedente a quelle indette dalla ASL di Ferrara, è stata bandita dalla ASL Salerno 3, svolta nel 2002 ed aggiudicata alla Braun.

La circostanza che tale esperienza sia stata a tal punto negativa da indurre a non partecipare alle gare successive per forniture post ospedaliere si rivela un assunto indimostrato, in quanto, sia pure volendo ammettere che l'impresa aggiudicataria abbia ricavato un profitto inferiore a quello sperato, non è dimostrato che, relativamente alle quantità effettivamente fornite alla azienda ospedaliera, abbia operato in perdita.

Inoltre, l'AGCM ha precisato al punto 118 del provvedimento che le gare a fornitore unico indette dalla ASL di Ferrara, a differenza di quella indetta dalla ASL Salerno 3, hanno avuto ad oggetto la fornitura sia di dispositivi medici per stomia ad uso ospedaliero sia di tali prodotti per la fase successiva di distribuzione territoriale; la fornitura di dispositivi medici per stomia per l'utilizzo ospedaliero consente alle imprese di stabilire un

primo contatto con il paziente e la marca del dispositivo utilizzato al momento della dimissione finisce per essere quella che, con maggiore probabilità, il paziente utilizzerà anche dopo.

Con riferimento alle pressioni derivanti dalle associazioni dei pazienti ed ai valori e principi etici cui le imprese si ispirerebbero, occorre in via preliminare rilevare - fermo restando che la clausola del bando che preveda il “fornitore unico” del dispositivo può essere impugnata in sede giurisdizionale dal soggetto interessato che ritenga leso il diritto alla libertà di scelta del paziente, argomento questo, si ribadisce, totalmente estraneo al *thema decidendum* dei presenti giudizi – che l’eventuale, e non dimostrato, costo reputazionale graverebbe in primo luogo sulla struttura sanitaria che ha bandito la gara e, poi, su tutti i partecipanti e non sul solo aggiudicatario in quanto, considerata l’attenzione con cui le associazioni di categoria seguono le vicende in questione, è da escludere che i soggetti interessati abbiano contezza della sola impresa aggiudicataria e non anche delle altre imprese partecipanti.

Ad ogni modo, rilevato che la partecipazione alla gara “a fornitore unico” potrebbe essere potenzialmente profittevole per l’impresa aggiudicataria, ciò che non lascia spazio all’ipotesi che la mancata offerta sia frutto di decisioni autonome volte alla non partecipazione alle gare è la contemporanea assenza delle offerte da parte di tutte e quattro le imprese, circostanza che, anche volendo tenere conto delle prospettate considerazioni di carattere etico, si presenta inspiegabile in assenza di una preventiva concertazione tra le stesse, tanto più che nella gara del 2003, indetta a

licitazione privata, le quattro imprese, in esito al bando, si erano prequalificate.

L'omessa presentazione dell'offerta nell'inconsapevolezza che anche le altre imprese non avrebbero presentato l'offerta, insomma, si rivela un comportamento non supportato da spiegazioni alternative attendibili sotto un profilo economico.

Peraltro, quand'anche l'aggiudicazione della gara "a fornitore unico" potesse determinare un atteggiamento critico delle associazioni dei pazienti, non è percepibile in che modo dette associazioni possano influire sulla scelta dei dispositivi per stomia da parte del singolo paziente, atteso che, come correttamente indicato al punto 132 del provvedimento, non è ragionevole ritenere che un'associazione di pazienti possa sconsigliare i prodotti che risultano ottimali per una parte dei pazienti, solo in quanto commercializzati da una società che ha partecipato ad una gara con unico fornitore.

3.6.4 La sussistenza di giudizi vertenti tra imprese parti del procedimento, di cui non è specificato l'oggetto, non fornisce alcun elemento ostativo alla qualificazione in termini di intesa delle condotte poste in essere.

3.7 Le ricorrenti hanno infine censurato, sotto più profili, la determinazione della sanzioni loro irrogate.

In particolare, BMS ha sostenuto che:

- l'importo base della sanzione imposta sarebbe stato commisurato al fatturato realizzato per la fornitura di dispositivi per stomia a tutte le ASL ed enti pubblici in Italia e non solo al fatturato per le forniture per consumo post ospedaliero alle ASL di Ferrara ed alle altre Aziende

dell'unione di acquisto, per cui la sanzione sarebbe sproporzionata e discriminatoria rispetto ad altre fattispecie;

- l'impegno presentato da BMS avrebbe dovuto costituire un'attenuante, sicché la sanzione sarebbe sproporzionata e discriminatoria anche rispetto a quella irrogata alle altre parti.

Hollister ha dedotto che:

- l'Autorità si sarebbe erroneamente riferita all'art. 15 L. 287/1990, destinata alle violazioni ancora in corso, mentre avrebbe dovuto applicare l'art. 31 L. 287/1990;
- la sanzione sarebbe stata commisurata ad un grado di gravità dell'infrazione molto superiore alla realtà;
- per determinare la sanzione sarebbe stato preso in considerazione l'intero fatturato realizzato nel 2006 dalla Hollister su tutto il territorio nazionale.

Coloplast ha fatto presente che:

- non sussisterebbe evidenza del nesso causale tra la mancata partecipazione delle imprese alle gare di Ferrara e la circostanza che le ASL, a livello nazionale, a seguito di tale episodio, non avrebbero indetto gare a fornitore unico, ma vi sarebbe l'evidenza del contrario;
- in assenza della preventiva diffida, non potrebbe applicarsi alcuna sanzione pecuniaria;
- l'infrazione contestata, ove esistente, non potrebbe essere considerata né molto grave né grave e, comunque, di breve durata;
- l'importo base della sanzione non potrebbe essere riferito ad un'intesa estesa a tutto il territorio nazionale.

B.Braun ha prospettato che:

- l'importo base della sanzione sarebbe stato erroneamente commisurato all'intero fatturato realizzato da Braun in Italia per la vendita di prodotti per stomia anziché al fatturato realizzato per la vendita di tali prodotti nelle aree coperte dalla gare bandite dalla ASL di Ferrara;
- l'Autorità, riguardo all'effetto di deterrenza, giungerebbe a conclusioni erranee, atteso che non vi sarebbe stata alcuna istruttoria circa l'impatto sulla concorrenza delle diverse modalità di approvvigionamento;
- il provvedimento sarebbe altresì viziato per la ritenuta permanenza, ad oggi, degli effetti dell'intesa;
- la sanzione sarebbe sproporzionata anche rispetto alla reale situazione economica della Società.

3.7.1 L'Autorità ha evidenziato che le parti hanno posto in essere un'intesa avente ad oggetto il coordinamento dei propri comportamenti in relazione alle gare a fornitore unico indette dalla ASL di Ferrara nel 2003 e 2004, con l'obiettivo di scoraggiare la scelta dell'indizione di gare ad unico fornitore e, per tale via, restringere la concorrenza di prezzo sul mercato.

Infatti, essendo le procedure indette dalla ASL di Ferrara le prime gare a fornitore unico di dimensioni significative destinate sia al consumo ospedaliero che post-ospedaliero, l'intesa ha avuto una portata più generale, consistente nello scoraggiare, nell'intero ambito nazionale, l'utilizzo di procedure di gara a fornitore unico per la distribuzione post-ospedaliera "segnalando" non solo alla ASL di Ferrara, ma anche alle altre strutture sanitarie sul territorio nazionale, la sostanziale "impraticabilità" di tale modalità di acquisto.

L'amministrazione procedente ha fatto presente che l'intesa ha avuto come effetto l'abbandono, da parte delle strutture sanitarie delle province di Bologna e Ferrara, della scelta di gare ad unico fornitore quale modalità di approvvigionamento di dispositivi per stomia per la distribuzione diretta sul territorio, atteso che alla fine del 2004 e nel corso del 2005 l'ASL di Ferrara è tornata a procedure di acquisto che non prevedevano più un unico aggiudicatario, ma piuttosto l'ammissione di tutti i listini.

Ha altresì evidenziato che l'intesa appare consistente in quanto coinvolge tutte le principali imprese fornitrici dei dispositivi per stomia nel mercato interessato, titolari di una quota congiunta a livello nazionale di circa il 95%.

I comportamenti delle imprese hanno integrato, secondo l'AGCM, una violazione molto grave in relazione alla natura dell'intesa.

Con riferimento alla sua durata, nel provvedimento è sostenuto che la condotta vietata, realizzata in occasione delle due gare di indette dalla ASL di Ferrara nel 2003 e nel 2004, si è protratta quantomeno dalla fine del 2003 fino al luglio del 2004; è stato altresì rilevato che, a tutt'oggi, permangono gli effetti restrittivi dell'intesa.

L'Autorità, considerata la gravità e la durata dell'infrazione accertata, visto il valore delle vendite dei beni cui l'infrazione si riferisce, ossia il fatturato realizzato dalle parti in Italia nella fornitura dei dispositivi medici per stomia alle ASL ed enti ospedalieri nell'ultimo anno in cui è stata realizzata l'infrazione, e cioè il 2004, ha fissato l'importo base della sanzione nelle seguenti misure: Bristol-Myers Squibb € 2.132.000; B.Braun Milano € 245.400; Coloplast € 1.011.200; Hollister € 470.600.

Nell'ultimo esercizio utile, BMS e B.Braun Milano hanno realizzato un fatturato particolarmente rilevante al di là delle vendite dei beni ai quali l'infrazione si riferisce, per cui è stata applicata una maggiorazione pari, rispettivamente, al 20% ed al 10% dell'importo base della sanzione; diversamente, non è stata applicata alcuna maggiorazione a Coloplast ed Hollister in quanto il fatturato da esse realizzato al di là delle vendite cui si riferisce l'infrazione risulta non significativo.

Per BMS e Coloplast sono state considerate le particolari condizioni economiche rappresentate dai bilanci in perdita negli ultimi due esercizi e, in considerazione di tale circostanza, è stata individuata una riduzione pari al 10% quale adeguamento dell'importo base.

Di talché, gli importi delle sanzioni da applicare alle imprese sono risultati i seguenti Bristol-Myers Squibb € 2.345.200; B.Braun Milano € 269.940; Coloplast € 910.080; Hollister € 470.600.

3.7.2 L'art. 15 L. 287/1990 stabilisce che, se a seguito dell'istruttoria di cui all'art. 14 l'Autorità ravvisa infrazioni agli artt. 2 o 3, fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse; nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10% del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida.

La norma non è destinata alle infrazioni ancora in corso, ma prevede l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie, fissandone il limite massimo, per tutte le ipotesi, siano o meno ancora in corso, in cui sia stata

accertata un'intesa restrittiva della concorrenza o un abuso di posizione dominante e l'infrazione sia qualificata grave.

D'altra parte, ove la norma si ritenesse applicabile solo alle infrazioni ancora in corso, si giungerebbe alla non accettabile conclusione che le infrazioni gravi, sebbene accertate, ove non più in essere non potrebbero essere sanzionate, in evidente contrasto con la funzione di deterrenza della misura.

Diversamente, anche se l'infrazione è cessata, l'Autorità, ove ravvisi la gravità della stessa, è tenuta diffidare le imprese responsabili dal porre in essere in futuro comportamenti analoghi a quelli accertati e deve procedere alla quantificazione ed alla irrogazione della sanzione sulla base, tra l'altro, di quanto indicato dall'art. 11 della L. 689/1981, applicabile per espresso richiamo dell'art. 31 della L. 287/1990.

Di qui, l'infondatezza delle censure con cui è stato sostenuto che l'art. 15 L. 287/1990 è stato erroneamente applicato al caso di specie e che la sanzione avrebbe dovuto seguire la previa diffida.

3.7.3 Ciascuna ricorrente ha prospettato l'erroneità della determinazione dell'importo base della sanzione in quanto commisurato al fatturato realizzato per la fornitura di dispositivi per stomia a tutte le ASL ed enti pubblici in Italia e non solo al fatturato per le forniture alle ASL di Ferrara ed alle altre Aziende dell'unione di acquisto.

La doglianza non può essere condivisa.

Gli orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lett. a), del regolamento (CE) n. 1/2003 indicano, al punto 19, che l'importo base dell'ammenda sarà legato ad una proporzione

del valore delle vendite, determinata in funzione del grado di gravità dell'infrazione, moltiplicata per il numero di anni dell'infrazione e, al punto 13, stabiliscono che, al fine di determinare l'importo di base dell'ammenda da infliggere, la Commissione utilizzerà il valore delle vendite dei beni o servizi, ai quali l'infrazione direttamente o indirettamente si riferisce, realizzate dall'impresa nell'area geografica interessata all'interno dello Spazio economico europeo.

Il Collegio ha già avuto modo di evidenziare che è plausibile l'argomentazione dell'Autorità secondo cui, essendo le procedure indette dalla ASL di Ferrara le prime gare a fornitore unico di dimensioni significative destinate sia al consumo ospedaliero che al post-ospedaliero, l'intesa ha avuto una portata più generale, consistente nello scoraggiare – nell'intero ambito nazionale – l'utilizzo di procedure di gara a fornitore unico per la distribuzione post-ospedaliera, “segnalando” non solo alla ASL di Ferrara, ma anche alle altre strutture sanitarie sul territorio nazionale, la sostanziale “impraticabilità” di tale modalità di acquisto.

In sostanza, appare ragionevole ritenere che le condotte parallele tenute dalle imprese sanzionate nelle gare “a fornitore unico” indette dalla ASL di Ferrara sono state finalizzate a scoraggiare tutte le stazioni appaltanti presenti sul territorio nazionale, non solo le ASL interessate dalle specifiche gare, dall'indire analoghe procedure di gara.

Pertanto, da un lato, l'area geografica interessata, al fine della determinazione dell'importo base della sanzione, è stata legittimamente individuata nel territorio nazionale atteso che il relativo fatturato l'AGCM ha preso in considerazione, dall'altro, è stato correttamente considerato

anche il fatturato per le forniture ospedaliere in quanto anche a tali prestazioni, sia pure indirettamente, l'infrazione si riferisce.

D'altra parte, un eloquente indizio in tal senso è fornito dalla menzionata e-mail inviata il 19 luglio 2004 da Coloplast all'associazione dei pazienti FAIS e, per conoscenza, a Hollister, BMS e Braun, intitolata "gara d'appalto USL Ferrara", in cui la scrivente comunica di avere "ritenuto opportuno: a) essere più incisivi nell'oggetto (...); b) ribadire il perché della scesa 'in campo' della FAIS (supporto all'Associazione Regionale e necessità di una visibilità NAZIONALE del problema); c) come ricordava (...), di aprire ad un successivo incontro – tavolo".

In definitiva, si rivela del tutto plausibile che la tematica rivestisse carattere nazionale e che i comportamenti delle parti, benché posti in essere nelle gare di Ferrara, fossero finalizzati ad affrontare la questione sul più vasto territorio nazionale.

3.7.4 BMS ha sostenuto che l'impegno presentato avrebbe dovuto costituire un'attenuante, sicché la sanzione sarebbe sproporzionata e discriminatoria rispetto a quella irrogata alle altre parti.

La censura non può essere accolta.

La manifesta inidoneità degli impegni proposti ad escludere preoccupazioni di carattere concorrenziale determina che, consequenzialmente, la loro presentazione non può integrare una circostanza attenuante.

3.7.5 Parimenti infondata è la censura con cui B.Braun Milano ha rilevato che la sanzione sarebbe sproporzionata anche rispetto alla reale situazione economica della Società.

L'Autorità, infatti, ha ridotto l'importo base del 10% alle due imprese con i bilanci in perdita negli ultimi due esercizi, mentre B.Braun negli ultimi due esercizi ha presentato utili.

3.7.6 Le censure con cui le ricorrenti hanno dedotto l'erronea qualificazione del grado di gravità dell'infrazione e, in definitiva, la sproporzione della sanzione loro irrogata sono fondate e vanno accolte.

L'Autorità ha rilevato che la violazione è molto grave in relazione alla sua natura, ai suoi effetti, nonché al contesto in cui è stata posta in essere ed all'importanza degli operatori coinvolti.

Ha ritenuto, tra l'altro, che l'intesa ha avuto un effetto di deterrenza, scoraggiando l'adozione di procedure di gara a fornitore unico per la distribuzione post-ospedaliera, non solo da parte della ASL di Ferrara, ma anche da parte delle altre strutture sanitarie attive sull'intero territorio nazionale.

Il Collegio è dell'avviso che tale assunto sia sfornito di adeguato supporto probatorio.

Infatti, l'intesa ha indubbiamente prodotto effetti nei confronti della ASL di Ferrara, tanto che la stessa ha dovuto rinunciare alla gara "a fornitore unico" per approvvigionarsi mediante fornitura con ammissione di tutti i listini, ma non vi è alcuna prova concreta di un nesso di causalità tra l'intesa posta in essere e la mancata indizione da parte delle altre strutture sanitarie nazionali di procedure di gara "a fornitore unico".

La circostanza che successivamente all'intesa vi sia stata un'unica gara "a fornitore unico", bandita dall'ASL Friuli nel novembre 2006, non

può costituire un esaustivo indicatore del nesso di causalità in quanto anche prima dell'intesa relativa alle gare di Ferrara era stata bandita una sola gara analoga, dalla ASL Salerno 3.

In altri termini, se risulta del tutto plausibile che il concordamento tra le parti ha avuto anche la finalità di scoraggiare l'indizione di gare "a fornitore unico" nell'intero ambito nazionale, nondimeno non sussiste alcuna prova che gli effetti dell'intesa siano andati oltre il circoscritto ambito territoriale per il quale erano state bandite le gare andate deserte.

Di conseguenza, risulta illogica anche la considerazione con cui, al punto 153 del provvedimento, l'AGCM ha fatto presente, con riferimento alla durata dell'intesa, che la stessa si è protratta quantomeno dalla fine del 2003 al luglio 2004, rilevando tuttavia che, ad oggi, permangono i suoi effetti restrittivi.

Diversamente, la durata dell'intesa deve ritenersi limitata al modesto arco temporale intercorrente tra il dicembre 2003 (2 dicembre 2003 termine ultimo per la presentazione delle offerte nella prima gara) ed il luglio 2004 (26 luglio termine ultimo per la presentazione delle offerte nella seconda gara) e circoscritta alle suddette gare.

L'insufficienza del quadro probatorio fornito dall'amministrazione procedente circa la produzione di effetti concreti sul mercato, oltre quelli relativi all'ambito territoriale per il quale erano state bandite le gare andate deserte, la durata estremamente breve dell'intesa posta in essere unitamente alla episodicità delle condotte, che hanno avuto attuazione solo in due circostanze, pur non escludendo la sussistenza dell'illecito ne riducono

decisamente la gravità determinando, a prescindere dalla qualifica dell'illiceità dell'intesa come grave o molto grave, la sproporzione della sanzione.

Ne consegue l'illegittimità del punto c) della delibera di cui al provvedimento adottato nell'adunanza del 3 agosto 2007, recante l'irrogazione delle sanzioni nella misura quantificata dall'Autorità, che va pertanto annullato.

3.7.7 La giurisdizione del giudice amministrativo sul profilo sanzionatorio si estende al merito ai sensi dell'art. 23 L. 689/1981 applicabile in virtù del richiamo contenuto nell'art. 31 L. 287/1990, sicché il Tribunale, oltre ad annullare in tutto o in parte l'atto, può anche modificare lo stesso limitatamente all'entità della sanzione dovuta (T.A.R. Lazio, Roma, I, 13 marzo 2008, n. 2312; T.A.R. Lazio, Roma, I, 29 dicembre 2007, n. 14157).

Il Collegio ritiene che, per un verso, non è stato fornito adeguato supporto probatorio alla produzione di effetti dell'intesa sull'intero mercato nazionale, per altro verso, non è stato dato adeguato rilievo alla breve durata dell'infrazione ed alla episodicità dei comportamenti paralleli, per cui non è stato correttamente percepito il grado di gravità dell'infrazione.

Di conseguenza, l'importo base della sanzione, come determinato dall'Autorità, deve essere ridotto ed il Collegio, nell'esercizio della propria giurisdizione di merito, stima equo operare una riduzione del 60% per tutte le imprese.

L'importo base della sanzione, quindi, è pari a: € 852.800 per Bristol- Myers Squibb; € 98.160 per B.Braun Milano; € 404.480 per Coloplast; € 188.240 per Hollister.

Tale importo base deve poi subire gli adeguamenti percentuali indicati nel provvedimento ai punti 161 e 162.

Di talché, l'importo finale della sanzione dovuta è fissato nella misura seguente: Bristol-Myers Squibb € 938.080; B.Braun Milano € 107.976; Coloplast € 364.032; Hollister € 188.240.

3.8 Sulla base di tutto quanto esposto, dichiarati inammissibili gli interventi *ad adiuvandum*, le impugnative proposte avverso il provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 3 agosto 2007 devono essere accolte in parte e, per l'effetto, deve essere annullato il punto c) della delibera con conseguente applicazione alle imprese delle sanzioni così come determinate nel precedente capo della presente sentenza.

4. Sussistono giuste ragioni, considerato il complessivo esito delle controversie e tenuto conto della complessità delle questioni trattate, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese dei giudizi.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Prima Sezione di Roma, previa riunione dei relativi giudizi, così provvede sui ricorsi in epigrafe:

- dichiara inammissibili gli interventi *ad adiuvandum*;
- respinge l'impugnativa proposta con l'atto introduttivo del giudizio di cui al ricorso n. 1822/2007;

- accoglie in parte, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, i ricorsi n. 9616/2007, n. 9710/2007 e n. 9803/2007 nonché l'impugnativa proposta con i motivi aggiunti nel ricorso 1822/2007 e, per l'effetto, annulla il punto c) della delibera di cui al provvedimento adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'adunanza del 3 agosto 2007.

Dispone la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 16 aprile 2008.

Dott. Pasquale de Lise	Presidente
------------------------	------------

Dott. Roberto Caponigro	Estensore
-------------------------	-----------