

I792C - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA-INOTTEMPERANZA*Provvedimento n. 27384*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 17 ottobre 2018;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

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

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO, in particolare, l'articolo 15, comma 2, della citata Legge, nella parte in cui prevede che, in caso di inottemperanza alla diffida di cui al comma 1 dello stesso articolo, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione di cui al comma 1, di importo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato, determinando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato;

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

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTO il proprio provvedimento n. 26316 del 21 dicembre 2016, con il quale è stato accertato, *inter alia*, che le società Linde Medicale S.r.l., Medicaire Sud S.r.l., Magaldi Life S.r.l., Oxy Live S.r.l., Eubios S.r.l., Ossigas S.r.l., Tergas S.r.l., Vitalaire Italia S.p.A. e Vivisol Napoli S.r.l. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) consistente in una strategia di coordinamento tesa a mantenere artificialmente alto il prezzo del servizio di ossigenoterapia domiciliare (OTD) in Campania, a ostacolare l'indizione di una gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di OTD in Campania, nonché a impedire lo svolgimento di un effettivo confronto concorrenziale in occasione della gara indetta da SO.RE.SA. S.p.A. nel 2014;

VISTA la lettera (e) del dispositivo del citato provvedimento, con cui si ordina alle società Linde Medicale S.r.l., Medicaire Sud S.r.l., Magaldi Life S.r.l., Oxy Live S.r.l., Eubios S.r.l., Ossigas S.r.l., Tergas S.r.l., Vitalaire Italia S.p.A. e Vivisol Napoli S.r.l. di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata;

VISTA la segnalazione pervenuta da parte di SO.RE.SA. S.p.A., in data 27 luglio 2018, relativa ad alcune anomalie registrate nell'affidamento del servizio di ossigenoterapia per la terapia domiciliare della Regione Campania, nell'ambito della procedura di gara indetta dalla stessa società segnalante con determina del 4 giugno 2018;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. IL PROVVEDIMENTO DI CONCLUSIONE DELL'ISTRUTTORIA I792 – GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA

1. Con provvedimento n. 26316 del 21 dicembre 2016 (d'ora in avanti anche "provvedimento I792") l'Autorità ha accertato, con particolare riferimento all'erogazione del servizio di ossigenoterapia domiciliare (OTD) in Campania, l'esistenza di un'ampia attività di concertazione tra le Parti, segnatamente le società Linde Medicale S.r.l. (di seguito anche 'Linde Medicale'), Medicaire Sud S.r.l. (di seguito anche 'Medicaire Sud'), Magaldi Life S.r.l. (di seguito anche 'Magaldi Life'), Oxy Live S.r.l. (di seguito anche 'Oxy Live'), Eubios S.r.l. (di seguito anche 'Eubios'), Ossigas S.r.l. (di seguito anche 'Ossigas'), Tergas S.r.l. (di seguito anche 'Tergas'), Vitalaire Italia S.p.A. (di seguito anche 'Vitalaire') e Vivisol Napoli S.r.l. (di seguito anche 'Vivisol Napoli'), finalizzata a mantenere artificiosamente alto il prezzo del servizio di ossigenoterapia domiciliare in Campania a far data dal dicembre 2012, a impedire, o quantomeno procrastinare, l'indizione della gara pubblica per l'affidamento di tale servizio, nonché a ripartirsi i lotti e mantenere le posizioni di mercato nell'ambito della gara indetta da SO.RE.SA. S.p.A. (di seguito anche 'SORESA') nel 2014.

2. In particolare, l'Autorità ha accertato che in occasione della predetta gara indetta da SORESA nel 2014, i numerosi contatti tra le Parti – documentati agli atti del fascicolo – hanno consentito loro di spartirsi i lotti (attraverso la presentazione in sede di gara di offerte c.d. "a scacchiera"), e di mantenere così il rispettivo posizionamento di mercato.

3. La ricostruzione dell'Autorità è stata confermata in primo grado dal giudice amministrativo che ha ravvisato nella presentazione di offerte a scacchiera un "*tipico caso di intesa "hard core" restrittiva nel suo oggetto, comprendente sia la ripartizione del mercato e della clientela sia la limitazione delle politiche di prezzo*"¹.

2. L'INOTTEMPERANZA ALLA LETTERA (D) DEL DELIBERATO DEL PROVVEDIMENTO N. 26316 DEL 21 DICEMBRE 2016

2.1. Fatti

4. In data 27 luglio u.s. è pervenuta, da parte della stazione appaltante, una segnalazione relativa alla gara per l'affidamento del servizio di ossigenoterapia per la terapia domiciliare della Regione Campania indetta da SORESA con determinazione del Direttore Generale n. 113 del 4 giugno 2018.

5. La predetta gara bandita in ragione della conclusione degli affidamenti disposti a seguito di quella indetta nel 2014 si connota per il medesimo oggetto ed è stata anch'essa suddivisa in 7 lotti geografici, uno per ciascuna ASL della Regione, con aggiudicazione mediante procedura aperta e secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo. Entro il termine della scadenza, SORESA ha ricevuto per ogni lotto di gara un'unica offerta. La durata dell'affidamento prevista è pari a 48 mesi (4 anni).

¹ Cfr. per tutti TAR Lazio, sent.4268/2018.

a) i requisiti del bando

6. Con riguardo alle condizioni di partecipazione, il disciplinare di gara 2018, stabilisce, *inter alia*, che le imprese che partecipano in RTI non possono partecipare anche in forma individuale e che il soggetto che intende partecipare a più lotti è tenuto a presentarsi, per tutti i lotti a cui partecipa, sempre nella medesima forma, individuale o associata.

7. Quanto al requisito di capacità economica e finanziaria, è richiesto un fatturato globale realizzato complessivamente nell'arco degli ultimi 3 esercizi finanziari disponibili alla data di pubblicazione del bando non inferiore, per ciascuno dei lotti a cui si intende partecipare, al fatturato minimo indicato per ciascun lotto. In caso di partecipazione a più lotti, è richiesto di possedere il fatturato richiesto per i due lotti di maggior valore per i quali si partecipa.

Con riferimento al requisito di capacità tecnica e professionale, a ogni partecipante è richiesto di avere regolarmente eseguito prestazioni di servizi analoghi nell'ambito dell'ossigenoterapia domiciliare nell'ultimo triennio e presso almeno 3 committenti pubblici o privati. In caso di raggruppamento temporaneo di imprese, tali requisiti devono essere soddisfatti dal raggruppamento nel suo complesso, in misura maggioritaria dalla mandataria.

8. Nel disciplinare di gara è altresì previsto, come già nel bando 2014, un limite all'aggiudicazione di massimo 2 lotti. Inoltre, tra i criteri di aggiudicazione, sono indicati i punteggi massimi attribuiti all'offerta tecnica e a quella economica, pari rispettivamente a 70 e 30 punti.

b) le offerte pervenute

9. Come illustrato dalla tabella sottostante (Tabella 1), le società che hanno presentato le offerte, peraltro con pressoché analoghe composizioni in RTI, sono le attuali affidatarie del servizio di ossigenoterapia ad esito della precedente gara, indetta dalla stessa SORESA nel giugno 2014 per le stesse aziende sanitarie locali e per i medesimi lotti per i quali avevano presentato offerta.

Tabella 1- Confronto offerte gara 2014 e gara 2018

Lotto	Territorio di riferimento	Affidatari <i>post</i> gara 2014	Offerte gara 2018
1	ASL Napoli Centro1	RTI Eubios /Oxy Live/Ossigas	RTI Eubios /Oxy Live
2	ASL Napoli 2 Nord	Vitalaire Italia	Vitalaire Italia
3	ASL Napoli 3 Sud	RTI Medicaire Sud /Linde	RTI Medicaire Sud /Linde
4	ASL Avellino	RTI Eubios /Oxy Live/Ossigas	RTI Eubios /Oxy
5	ASL Benevento	Linde Medicale	RTI Linde Medicale/ Medicaire Sud
6	ASL Caserta	RTI Magaldi /Vivisol Napoli	RTI Magaldi /Vivisol Napoli
7	ASL Salerno	RTI Magaldi /Vivisol Napoli	RTI Magaldi /Vivisol Napoli

10. La tabella ben evidenzia la circostanza per cui è stata presentata una sola offerta per ogni lotto di gara. Inoltre, è chiaramente evidenziata la sostanziale coincidenza tra le offerte pervenute nelle due procedure di gara.

11. Come si può notare, le uniche differenze riguardano la composizione dei raggruppamenti temporanei d'impresa dei lotti n. 1, 4 e 5, con solo riguardo all'identità delle società mandanti. In

particolare, le differenze sono rappresentate dall'assenza della società Ossigas, che nella procedura 2014 aveva partecipato ai lotti n. 1 e 4 in qualità di mandante e nelle more della procedura istruttoria è stata acquisita dalla società Rivoira Pharma, e dalla partecipazione di Medicaire Sud in qualità di mandante anche nel lotto n. 5. Con riguardo al lotto 5, in virtù delle già richiamate condizioni relative alla forma di partecipazione specificate nel disciplinare di gara, va evidenziato che Linde Medicale non poteva presentare lo stesso schema di offerta del 2014, partecipando in RTI con Medicaire Sud nel lotto n. 3 e individualmente nel lotto n. 5.

2.2. Valutazioni sull'inottemperanza del deliberato del provvedimento n. 26316 del 21 dicembre 2016

12. La circostanza sopra evidenziata per cui su ogni lotto sia stata presentata una sola offerta da parte del precedente affidatario del servizio di OTD appare costituire un chiaro indizio circa il persistere di una strategia finalizzata alla spartizione del mercato e all'alterazione dello svolgimento delle dinamiche concorrenziali nell'ambito di gare ad evidenza pubblica.

13. Infatti, nel caso di specie, l'anomalia della presentazione di un'unica offerta per ciascuno dei sette lotti posti a gara – che peraltro non presentano tra loro differenze tali, nella tipologia e nelle caratteristiche del servizio da offrire, da giustificare l'adozione di politiche commerciali differenti per i singoli lotti da parte degli operatori del settore – appare corroborata dalla circostanza per cui le imprese partecipanti alla gara oggetto di segnalazione sono le stesse che avevano dato luogo all'illecito coordinamento delle proprie strategie commerciali con riguardo alla precedente procedura di gara indetta da SORESA nel 2014, sempre per l'affidamento del servizio di ossigenoterapia per la terapia domiciliare della Regione Campania, come accertato nel corso del richiamato procedimento I792.

14. Gli elementi al momento disponibili inducono a ritenere che le imprese partecipanti alla gara indetta da SORESA nel 2018 abbiano proseguito nei comportamenti illeciti posti in essere in vista della gara indetta da SORESA nel 2014 e oggetto dell'infrazione accertata con il procedimento I792, rispetto al quale appare dunque potersi configurarsi un'ipotesi di inottemperanza.

15. In conclusione, la condotta delle società Linde Medicale S.r.l., Medicaire Sud S.r.l., Magaldi Life S.r.l., Oxy Live S.r.l., Eubios S.r.l., Vitalaire Italia S.p.A. e Vivisol Napoli S.r.l. appare porsi in contrasto con le valutazioni effettuate dall'Autorità nel provvedimento n. 26316 del 21 dicembre 2016, in maniera tale da integrare una violazione di quanto disposto dal deliberato del suddetto provvedimento, con cui l'Autorità ha ordinato alle suddette società di astenersi per il futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata.

RITENUTO, pertanto, che i comportamenti delle società Linde Medicale S.r.l., Medicaire Sud S.r.l., Magaldi Life S.r.l., Oxy Live S.r.l., Eubios S.r.l., Vitalaire Italia S.p.A. e Vivisol Napoli S.r.l. consistenti nel non essersi astenute dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione, come emerge dai contenuti della segnalazione pervenuta, integrano una violazione della lettera d) della delibera del suddetto provvedimento n. 26316;

DELIBERA

a) l'avvio di un procedimento istruttorio per contestare alle società Linde Medicale S.r.l., Medicaire Sud S.r.l., Magaldi Life S.r.l., Oxy Live S.r.l., Eubios S.r.l, Vitalaire Italia S.p.A. e Vivisol Napoli S.r.l. la violazione di cui all'articolo 15, comma 2, della Legge n. 287/90 per inottemperanza al provvedimento dell'Autorità n. 26316 del 21 dicembre 2016;

b) che il responsabile del procedimento è il dott. Matteo Zavattini;

c) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione presso la Direzione Credito, Poste e Turismo della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità dai legali rappresentanti delle Parti, nonché da persone da essi delegate;

d) con riguardo all'inottemperanza contestata, che, ai sensi dell'articolo 18, comma 1, della legge n. 689/81, entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, gli interessati possono far pervenire all'Autorità scritti difensivi e documenti e chiedere di essere sentiti;

e) che il procedimento deve concludersi entro il 31 ottobre 2019.

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

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo
