

Pubblicato il 15/02/2022

N. 01091/2022REG.PROV.COLL.
N. 03159/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso numero di registro generale 3159 del 2020, proposto da Medigas S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Maria Moretti e Mario Siragusa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Azienda Sanitaria Locale Milano 1, non costituita in giudizio;

per la revocazione

della sentenza del Consiglio di Stato - sez. VI n. 08584/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in revocazione e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2021 il Cons. Francesco De Luca e uditi per le parti gli avvocati Mario Siragusa, Francesca Maria Moretti e dello Stato Verdiana Fedeli;

Visto l'art. 36, comma 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con provvedimento n. 26316 del 21 dicembre 2016, pubblicato sul Bollettino n. 2 del 23 gennaio 2017, l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, per brevità, anche Autorità), a definizione del procedimento I792 – Gare ossigenoterapia (OTD) e ventiloterapia (VTD), ha deliberato:

- a) di rigettare l'istanza istruttoria Vivisol e Vivisol Napoli;
- b) che le società Linde, Medicaire Italia, Medigas, Sapiro, Vitalaire e Vivisol avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza, contraria all'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), consistente nella concertazione delle strategie in occasione di quattro gare bandite tra il 2012 e il 2014 da o per conto di ASL Milano 1 per la fornitura del servizio di VTD a favore dei pazienti residenti nel territorio di competenza di tale ASL;
- c) che le società Linde, Medicaire Centro, Sapiro, Vitalaire e Vivisol avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), consistente nella concertazione delle proprie strategie commerciali in occasione della gara bandita già nel 2010 da ASUR Marche per la fornitura dei servizi di VTD e OTD a favore dei pazienti residenti nel territorio regionale, ostacolando un effettivo confronto concorrenziale tra le stesse fino a luglio 2014, quando sono state presentate offerte nell'ambito della successiva procedura negoziata;

d) che le società Linde, Medicaïr Sud, Magaldi, Oxy Live, Eubios, Ossigas, Tergas, Vitalaire e Vivisol Napoli avevano 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 artificiosamente alto il prezzo del servizio di OTD in Campania, a ostacolare l'indizione di una gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di OTD in Campania, nonché a impedire lo svolgimento di un effettivo confronto concorrenziale in occasione della gara indetta da SORESA nel 2014;

e) che le società Linde, Medicaïr Italia, Medicaïr Centro, Medicaïr Sud, Medigas, Magaldi, Sapio, Oxy Live, Eubios, Ossigas, Tergas, Vitalaire, Vivisol, e Vivisol Napoli si astenessero in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata di cui ai punti b), c) e d);

f) che, in ragione della gravità dell'infrazione di cui al punto b), venissero applicate le sanzioni amministrative di € 1.410.887 a carico di Linde, € 1.485.144 a carico di Medicaïr Italia, € 1.485.144 a carico di Medigas, € 1.410.887 a carico di Sapio, € 1.410.887 a carico di Vitalaire ed € 1.485.144 a carico di Vivisol;

g) che, in ragione della gravità dell'infrazione di cui al punto c), venissero applicate alle società le sanzioni amministrative pecuniarie di € 5.909.212 a carico di Linde, € 1.669.996 a carico di Medicaïr Centro, € 8.192.963 a carico di Sapio, € 7.248.524 a carico di Vitalaire ed € 8.624.172 a carico di Vivisol;

h) che, in ragione della gravità dell'infrazione di cui al punto d), venissero applicate le sanzioni amministrative pecuniarie di € 849.232 a carico di Linde, € 700.629 a carico di Eubios, € 1.252.869 a carico di Magaldi, € 512.870 a carico di Medicaïr Sud, € 269.171 a carico di Oxy Live, € 700.108 a carico di Ossigas, € 75.000 a carico di Tergas, € 927.906 a carico di Vitalaire e € 1.252.869 a carico di Vivisol Napoli.

2. L'odierna ricorrente, agendo in giudizio dinnanzi al Tar Lazio, Roma, ha impugnato il provvedimento n. 26316 cit., nella parte in cui:

- ha ascritto a proprio carico la responsabilità ex art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) di una concertazione delle strategie in occasione di quattro gare bandite tra il 2012 e il 2014 da o per conto di ASL Milano 1 per la fornitura del servizio di VTD a favore dei pazienti residenti nel territorio di competenza di tale ASL;
- ha ingiunto nei propri confronti di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata;
- ha irrogato nei propri confronti la relativa sanzione amministrativa pecuniaria.

3. Il Tar Lazio, Roma, ha accolto il ricorso, rilevando che:

- il provvedimento sanzionatorio risultava basato su un'istruttoria incompleta, le cui carenze si riflettevano sull'intero impianto motivazionale dell'atto, il quale risultava in più passaggi, e complessivamente nel suo insieme, assertivo e non aderente ai principi normativi e giurisprudenziali in materia;
- sussistevano specifiche carenze dell'analisi economica sulla cui base l'Autorità aveva ritenuto la ricorrenza dell'intesa, con particolare riferimento alla profittabilità della gara;
- l'allineamento dei prezzi indicati nei primi due bandi (11 novembre 2012 e 16 maggio 2013) a quelli applicati in altre due gare coeve aventi il medesimo oggetto (rispettivamente bandite dalla ASL Como- Brianza e dalla ASL di Monza), risultava affermato nel provvedimento sulla base di circostanze più riferite che accertate, tant'è che i due bandi non risultavano citati tra le risultanze istruttorie;
- l'affermazione, inoltre, era formulata in termini assertivi, senza operare una pur minima comparazione tra le condizioni complessive delle due gare, attesa la non praticabilità, per carenza di omogeneità dei criteri, di un confronto limitato al solo prezzo di aggiudicazione, senza considerare gli ulteriori contenuti della prestazione contrattuale, particolarmente rilevanti in materia di appalti sanitari;

- analoga carenza istruttoria affliggeva l'affermazione contenuta nel provvedimento, secondo cui i prezzi delle prime due gare sarebbero stati sostanzialmente quelli delle forniture appena cessate;
- il bando della terza gara, in riferimento alla quale la ricorrente aveva presentato una offerta ritenuta inammissibile, non aveva recepito in toto le indicazioni provenienti dal tavolo tecnico, operando un adattamento minimo proprio in punto di prezzi, che pure avevano costituito, oltre a dati più prettamente tecnici, oggetto delle richieste formulate nei tavoli tecnici convocati dall'amministrazione;
- la remuneratività delle gare non poteva neppure essere dedotta dalla valutazione di redditività espressa da una delle società sanzionate;
- la comparazione dei prezzi di aggiudicazione all'esito della quarta gara con quelli originariamente previsti nei primi bandi era stata fatta senza considerare in maniera puntuale il modo in cui si era proceduto, nel passaggio da 18 a 9 lotti, ad accorpare gli stessi, non risultando in alcun modo indagato il meccanismo attraverso il quale la modifica del criterio di definizione dei lotti (con il passaggio dal solo criterio delle ore di utilizzo al criterio ore di utilizzo/tipologia di ventilazione) avesse inciso sulle diverse voci di prezzo;
- lo stesso provvedimento riconosceva che l'aumento dei prezzi nella quarta gara non aveva riguardato tutti i lotti, in ciò contraddicendo l'affermazione secondo cui la mancata partecipazione alle prime tre gare era funzionale all'aumento dei prezzi;
- le offerte di SICO riguardavano lotti in cui era prevista la vendita e non il noleggio degli apparecchi (oggetto dei lotti andati deserti e a cui si riferivano le tre gare successive e, dunque, la presunta intesa), rilevando pure come i lotti per i quali aveva partecipato Respiraire (par. 78) erano quelli relativi ad apparecchiature a basso valore tecnologico, più confacenti alla politica del soggetto economico che deve entrare in un nuovo mercato, più disposto ad accettare corrispettivi meno appetibili;

- proprio in relazione ai lotti sui quali si era appuntata l'attenzione dell'Autorità - e in ordine alla mancata partecipazione sui quali si sarebbe concretizzato l'accordo collusivo - né Sico né Respiraire avevano formulato offerte, tenendo in sostanza il medesimo comportamento delle presunte parti dell'intesa la cui, asserita, intrinseca irragionevolezza risultava contraddetta *per tabulas*;
- la richiesta di Linde e Medicaire di rimettere in discussione gli esiti della gara (citata al par. 76) descriveva una vicenda riconducibile ad iniziative individuali a mezzo delle quali due società avevano rappresentato, nelle sedi istituzionali, la non condivisione della procedura di gara seguita;
- altri documenti valorizzati dall'Autorità (quali quelli relativi alle attività di monitoraggio sul conto Respiraire, ai rapporti infragruppo) risultavano ascrivibili alle singole società cui si riferivano;
- la modalità di interlocuzione prescelta dall'amministrazione, tavolo tecnico al quale partecipavano la parte pubblica e le imprese del settore, mirava fisiologicamente a far emergere le posizioni contrapposte tra domanda e offerta di un certo servizio;
- i mancati ribassi nel corso della quarta gara riguardavano una fase del procedimento successiva alla presentazione delle offerte che avveniva alla presenza di tutti i partecipanti, circostanza, quest'ultima, che, eliminando l'incertezza in ordine al comportamento delle altre imprese, disincentivava la proposizione di ribassi;
- lo scambio di mail del 10 dicembre 2013 tra Medicaire, Vivisol, Sapio, Medigas, Vitalaire e Linde non era idoneo a provare una volontà concertativa nei confronti di Medigas, che non aveva utilizzato la bozza in questione e che, anzi, aveva risposto sempre e incondizionatamente in modo positivo alle richieste di proroga pervenute dalla ASL, come riconosciuto dalla stessa Autorità nel provvedimento; la missiva aveva comunque un contenuto riepilogativo di quanto convenuto al tavolo tecnico del 17 ottobre 2013, promosso dalla stazione appaltante ed espressamente citato nella mail;

- la ricostruzione fattuale e logica posta a base del provvedimento - secondo cui la coincidenza degli esiti di determinate gare sarebbe dipesa dalla concertazione di due tra le imprese presenti nel settore di riferimento- non era l'unica plausibile;

- l'assenza di prove documentali dirette, la presenza di più d'una affermazione apodittica, la ritenuta neutralità di un comportamento identico tenuto da altri concorrenti, il ricorso allo strumento della presunzione pur in assenza della gravità degli indizi, le numerose carenze rilevate in punto di completezza dell'analisi economica, comportavano, in sintesi, che la ricostruzione proposta nel provvedimento impugnato non appariva l'unica plausibile, con la conseguente inconfigurabilità della fattispecie anticoncorrenziale contestata con l'impugnato provvedimento, neppure sotto il profilo della pratica concordata.

4. L'Autorità soccombente in primo grado ha appellato la sentenza pronunciata dal Tar, deducendone l'erroneità con plurimi motivi di impugnazione.

5. La Sezione con la sentenza odiernamente censurata ha accolto l'appello e, per l'effetto, in riforma della pronuncia impugnata, ha rigettato il ricorso di primo grado.

6. La società Medigas Italia s.r.l. ha chiesto la revocazione della sentenza di appello e, per l'effetto, ha domandato, *“di rigettare le censure proposte dall'Autorità con l'appello e per l'effetto confermare la sentenza del TAR Lazio che ha annullato il Provvedimento”*.

7. In particolare, la sentenza di appello è stata impugnata per revocazione in quanto ritenuta inficiata da plurimi errori di fatto ex art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c. e art. 106 c.p.a.

Difatti, secondo la prospettazione attorea, il giudice di appello:

- avrebbe errato nel rilevare che, in esecuzione di quanto convenuto con le altre imprese in relazione alla bozza di risposta circolata da Assolombarda in data 10 dicembre 2013, Medigas aveva negato alla ASL la proroga dei noleggi

alle condizioni che la ASL chiedeva, pretendendo le condizioni più alte concordate con i suoi concorrenti, quando, invece, dalla documentazione in atti risulterebbe che la ricorrente aveva costantemente accordato le proroghe richieste dalla ASL e incondizionatamente proseguito la fornitura del servizio alle medesime condizioni economiche pre-esistenti richieste dall'amministrazione;

- avrebbe ignorato interamente il contenuto del parere prodotto da Medigas a sostegno della non remuneratività delle gare, con conseguente mancata analisi di un documento decisivo, su cui si basava l'impianto accusatorio;

- avrebbe definito la controversia sulla base di documenti coevi relativi ad operatori diversi (Sapio e Linde), considerando vero un fatto – remuneratività delle gare – eventualmente dimostrato per altri operatori, ma indimproato e anzi smentito in relazione a Medigas, senza peraltro che le valutazioni da essa formulate fossero state nemmeno menzionate;

- avrebbe omesso di esaminare documenti coevi favorevoli alla ricorrente, quale il resoconto interno a Medigas di un tavolo tecnico convocato dall'Amministrazione e il verbale del tavolo tecnico del 27 gennaio 2014, da cui si desumeva che era l'Amministrazione ad avere chiesto l'uniformazione dei prezzi delle apparecchiature e a indicare che la gara sarebbe stata bandita sui prezzi di quella indetta dall'Asl di Cremona, con conseguente errore di fatto, per avere il giudice a quo presupposto che l'iniziativa fosse partita unilateralmente dalle imprese e non fosse stata invece frutto di condivisione con l'ASL nel corso dei tavoli tecnici da questa indetti;

- avrebbe omesso di citare, in relazione alla fungibilità delle apparecchiature di VTD, la parte rilevante della documentazione di gara e comunque non avrebbe indagato il contesto nel quale si era svolto l'incontro fra l'ASL e tutte le imprese congiuntamente a valle dell'apertura delle offerte, che escludeva in radice la possibilità e razionalità di eventuali ribassi sul prezzo offerto, in tale maniera non cogliendo, da un lato, la natura di accordo quadro con pluralità di aggiudicatari quale obiettivo dei bandi di gara di cui trattasi, dall'altro, la

marginalità delle ipotesi di offerta di apparecchiature equivalenti e le modalità con le quali si era svolta la cosiddetta fase del rilancio competitivo.

7. L'Autorità intimata si è costituita in giudizio, svolgendo con memoria conclusionale argomentazioni in controdeduzione ai motivi di revocazione, di cui sono state eccepite l'inammissibilità e, comunque, l'infondatezza.

8. La ricorrente ha replicato alle avverse deduzioni, mentre l'Autorità ha depositato note di udienza chiedendo la decisione della causa.

9. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza pubblica del 25 novembre 2021.

10. Preliminarmente, al fine di statuire sui motivi di impugnazione, giova richiamare la giurisprudenza di questo Consiglio (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. III, 06 novembre 2020, n. 6842) formatasi in materia di errore di fatto revocatorio.

Al riguardo, si è osservato che l'errore, per potere assumere natura revocatoria e consentire di pronunciare in sede rescissoria sulle censure deliberate dal giudice a quo, deve rispondere a tre requisiti:

a) derivare da una pura e semplice errata od omessa percezione del contenuto meramente materiale degli atti del giudizio, la quale abbia indotto l'organo giudicante a decidere sulla base di un falso presupposto fattuale, ritenendo così esistente un fatto documentale escluso, ovvero inesistente un fatto documentale provato;

b) attenersi ad un punto non controverso e sul quale la decisione non abbia espressamente motivato, tenuto conto che se vi è valutazione di un contrasto tra le parti, non può esservi una svista percettiva, ma piuttosto la formulazione di un giudizio volto a risolvere il suddetto contrasto, *“che si sottrae al rimedio revocatorio, così che restano escluse dall'ambito della revocazione l'erroneità della valutazione dei fatti storici o della loro rilevanza ai fini della decisione”* (Cass. civ. Sez. VI - 1, 5 febbraio 2020, n. 2726);

c) essere stato un elemento decisivo della decisione da revocare, necessitando perciò un rapporto di causalità tra l'erronea presupposizione e la pronuncia

stessa.

L'errore di fatto, in altri termini, *“consiste nel cd. abbaglio dei sensi, e cioè nel travisamento delle risultanze processuali dovuto a mera svista, che conduca a ritenere come inesistenti circostanze pacificamente esistenti o viceversa. Esso non è in linea di principio ravvisabile quando si lamenta una presunta erronea valutazione delle risultanze processuali o una anomalia del procedimento logico, in quanto ciò si risolve in un errore di giudizio ... L'errore deve, inoltre, apparire con immediatezza ed essere di semplice rilevabilità, senza necessità di argomentazioni induttive o indagini ermeneutiche”* (Consiglio di Stato Sez. VI, 14 luglio 2021, n. 5317).

Non potrebbe, invece, integrare un tale errore l'omessa valorizzazione, nell'ambito della sentenza, di alcune delle circostanze fattuali dedotte dalle parti nei propri scritti difensivi a sostegno delle rispettive conclusioni.

Difatti, il giudice procedente è libero di attingere il proprio convincimento da quelle prove o risultanze di prova che ritenga più attendibili e idonee alla formazione dello stesso, non essendo necessario dare conto, nella motivazione, dell'esame di tutte le allegazioni e prospettazioni delle parti e di tutte le prove acquisite al processo: è infatti sufficiente che il giudice esponga - in maniera concisa ma logicamente adeguata - gli elementi in fatto ed in diritto posti a fondamento della sua decisione e le prove ritenute idonee a confortarla, con la conseguenza che devono reputarsi implicitamente disattesi tutti gli argomenti, le tesi e i rilievi che, seppure non espressamente esaminati, siano incompatibili con la soluzione adottata e con l'iter argomentativo svolto (cfr. Cass. civ. Sez. V Ord., 29 dicembre 2020, n. 29730; cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 giugno 2021, n. 4894, secondo cui il giudice non ha l'obbligo di dare conto di tutti gli argomenti e documenti acquisiti al processo).

Ne deriva che la mancata espressa valorizzazione, nell'ambito della motivazione giudiziale, di alcune delle circostanze fattuali dedotte dalle parti non implica, di per sé, un errore percettivo ex art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c. per avere il giudice procedente negato l'esistenza di fatti pacifici tra le parti,

ma manifesta soltanto una implicita valutazione di irrilevanza -ai fini della soluzione della controversia- dei relativi fatti, non espressamente menzionati (non perché esclusi, ma) in quanto ritenuti inidonei a condurre ad un diverso esito della lite.

In altri termini, in siffatte ipotesi, il giudice non esclude (implicitamente o espressamente) l'esistenza delle relative circostanze, ma soltanto la loro rilevanza ai fini del giudizio, all'esito di una valutazione dei fatti di causa al più idonea a configurare un errore di giudizio, insuscettibile di essere denunciato con il rimedio revocatorio.

Per verificare se il giudice precedente abbia correttamente percepito il *petitum* della domanda processuale e i fatti sottesi alle censure componenti il *thema decidendum*, per come allegati ed emergenti dagli atti acquisiti al giudizio, occorre, inoltre, procedere ad un'interpretazione sistematica delle statuizioni componenti la pronuncia revocanda, avendo riguardo all'ordito complessivo della motivazione giudiziale, senza limitarsi ad una valutazione atomistica dei singoli passaggi argomentativi (cfr. Consiglio di Stato Sez. III, 20 novembre 2013, n. 5487 che valorizza la necessità di un esame complessivo dell'apparato motivazionale, onde verificare se la pronuncia revocanda sia connotata da una completa ed esaustiva cognizione del *thema decidendum*).

11. Sulla base di tali coordinate ermeneutiche, è possibile soffermarsi sulle censure svolte dall'odierna ricorrente.

12. La revocazione merita accoglimento, quanto alla fase rescindente, in relazione all'assorbente censura riferita al ruolo svolto dall'odierna ricorrente nell'ambito delle proroghe contrattuali disposte dall'Amministrazione precedente.

12.1 Secondo la prospettazione attorea, nelle more dell'aggiudicazione delle quattro gare la società Medigas aveva costantemente accordato le proroghe richieste dalla ASL e incondizionatamente proseguito la fornitura del servizio alle medesime condizioni economiche pre-esistenti richieste dall'amministrazione.

Tante circostanza fattuale sarebbe provata dal doc. 9 del fascicolo di primo grado, contenente le sei lettere inviate da Medigas all'ASL Milano 1 tra il 26 febbraio 2013 e l'8 settembre 2014 aventi ad oggetto il noleggio di apparecchiature e dispositivi per la VTD nel territorio di competenza dell'ASL.

Il giudice di appello sarebbe, dunque, incorso in un evidente abbaglio dei sensi, integrante un errore di fatto revocatorio, avendo affermato che: *“in esecuzione di quanto convenuto con le altre destinatarie della corrispondenza [Medigas] ha negato alla ASL la proroga dei noleggi alle condizioni che la ASL chiedeva, pretendendo le condizioni più alte concordate con i suoi concorrenti?”*.

Né si potrebbe sostenere – e integrerebbe anch'esso un errore di fatto revocatorio – che vi sarebbe stata un'iniziale adesione all'intesa cui avrebbe fatto seguito un successivo cambio di strategia: la ricorrente, infatti, avrebbe inviato ben sei lettere all'ASL Milano 1 (26.02.2013, 27.06.2013, 17.11.2013, 11.12.2013, 06.06.2014, 08.09.2014, in Allegato 9 al ricorso dinanzi al TAR Lazio), quindi sia prima che dopo la mail del rappresentante di Assolombarda. L'errore di fatto in esame avrebbe inciso sulla stessa configurazione di una intesa unica e complessa, stante la mancata prova della ricorrente alla concertazione contestata dall'autorità e l'emersione di una condotta autonoma.

12.2 Le censure meritano favorevole apprezzamento in relazione alla fase rescindente.

12.3 Alla stregua di quanto emergente dalla sentenza revocanda, il giudice di appello ha assunto la propria decisione sul presupposto che:

- *“quando la ASL Milano 1 (alla fine del 2012) aveva indetto la prima gara, tutte le imprese in questione erano da tempo fornitrici della medesima ASL, sulla base di contratti destinati a scadere a breve. L'insuccesso delle procedure aveva quindi costretto la ASL, per non trovarsi priva dei presidi medici, a chiedere alle medesime imprese la proroga delle forniture in essere. In tale contesto, la ASL ha denunciato che le società fornitrici avevano*

espresso tutte una posizione di diniego alla sua richiesta, subordinando l'eventuale proroga delle forniture in essere alla accettazione di aumenti significati del prezzo” (par. 4.3);

- “A venire in rilievo è, anzitutto, un’email circolata tra tutte le imprese parti dell’intesa tra la seconda e la terza gara, nella quale le stesse condividono tra di loro la risposta da dare alla ASL che chiedeva loro di prorogare le forniture in essere nelle more dell’aggiudicazione della nuova gara (vedasi il punto 4.3 che precede). Tale documento dimostra che il diniego alla proroga era stato concordato tra le imprese, che avevano addirittura condiviso una bozza di lettera comune da usare per predisporre le comunicazioni che ciascuna avrebbe poi indirizzato alla ASL. Da tale bozza di lettera si evince l’indisponibilità a concedere le proroghe richieste, salva l’accettazione di aumenti, dei quali la bozza riporta un apposito listino di riferimento (...). Alla luce dei fatti già descritti innanzi, tale documento rafforza il convincimento che le condotte assunte dalle imprese verso la ASL non erano “spontanee ed autonome”, e che queste, oltre ad essere coordinate, si prefiggevano l’obiettivo di indurre la ASL ad accettare condizioni di acquisto dei presidi per VTD più alte di quelle fino a quel momento vigenti” (par. 5.1);

- “Alla luce delle difese dell’appellata, deve evidenziarsi che è provato che anche Medigas è stata destinataria della corrispondenza intercorsa tra le parti; ed in sede di gara l’impresa ha assunto un comportamento in linea a quello delle altre imprese. In particolare, in esecuzione di quanto convenuto con le altre destinatarie della corrispondenza, ha negato alla ASL la proroga dei noleggi alle condizioni che la ASL chiedeva, pretendendo le condizioni più alte concordate con i suoi concorrenti. Solo successivamente, e solo rispetto a tale aspetto relativo alla proroga dei servizi in essere, l’impresa ha cambiato strategia. Ciò non toglie che, dopo essere stata pacificamente coinvolta nello scambio di corrispondenza (evidente indice della posizione unitaria assunta delle imprese nei confronti dell’ASL) la stessa ha di fatto dato seguito alla concertazione (solo in seguito modificando il proprio comportamento)” (par. 6).

Alla luce di tali statuizioni emerge che il giudice a quo, nell’ascrivere in capo all’odierna ricorrente l’infrazione per cui è causa, ha valorizzato specificatamente il comportamento tenuto dall’impresa in riscontro alle richieste di proroga avanzate dall’Amministrazione.

Secondo quanto rilevato dalla Sezione ai parr. 4.3 e 5.1, tutte le imprese - e, dunque, anche l'odierna ricorrente - avrebbero concertato la condotta da tenere in relazione alla richiesta di proroga degli affidamenti in essere presentata dall'Amministrazione: in particolare, tutti gli operatori economici si sarebbero accordati nel subordinare la disponibilità alla proroga delle forniture in essere all'accettazione di aumenti significativi del prezzo; il che avrebbe formato pure oggetto un'email circolata tra tutte le imprese parti dell'intesa tra la seconda e la terza gara.

Al par. 6 della motivazione in diritto il giudice a quo ha, di contro, rilevato che, in relazione alla posizione della ricorrente, emergevano talune peculiarità, tali comunque da non giustificare la sottrazione dell'impresa alla responsabilità per l'illecito contestato: in particolare, l'odierna ricorrente avrebbe, dapprima, negato alla ASL la proroga dei noleggi alle condizioni che la ASL chiedeva, pretendendo le condizioni più alte concordate con i suoi concorrenti, a dimostrazione, dunque, dell'esistenza di una concertazione tra gli operatori economici; solo successivamente, e solo rispetto a tale aspetto relativo alla proroga dei servizi in essere, l'impresa avrebbe cambiato strategia. Entrambi i rilievi, come correttamente denunciato dalla ricorrente, sono errati in fatto, tenuto conto che la società Medigas, fin dall'origine, aveva tenuto sempre la stessa condotta, difforme rispetto a quella degli altri operatori economici, incentrata sull'accettazione della proposta dell'Amministrazione di prorogare le forniture in essere ai prezzi preesistenti.

Alla luce di quanto emergente dal doc. 9 del fascicolo di primo grado, Medigas con note del 26.2.2013, del 27.6.2013, 7.11.2013, 11.12.2013, 6.6.2014 e 8.9.2014, aveva infatti comunicato all'Asl Milano 1 la propria disponibilità alla prosecuzione, alle condizioni contrattuali preesistenti, del servizio nelle more di aggiudicazione e assegnazione della gara d'appalto indetta in forma aggregata da parte dell'ASL di Milano, in fase di espletamento.

Del resto, anche nel provvedimento impugnato in primo grado l'Autorità aveva dato atto che *“Dagli atti al fascicolo non risulta che Medigas . La società sul punto afferma che “ad eccezione di Medigas, tutte le società dichiaravano di non essere disposte né a mantenere né a ridurre i prezzi, ma di accettare unicamente le condizioni di aggiudicazione della gara dell'ASL di Cremona”*(par. 117).

Emerge, dunque, che la Sezione ha ritenuto sussistente un fatto incontestabilmente escluso dalla documentazione agli atti del giudizio, ritenendo (secondo quanto rilevato ai paragrafi 4.3 e 5.1) che la ricorrente avesse negato all'Amministrazione la proroga del servizio alle condizioni preesistenti ovvero (secondo quanto rilevato al par. 6) che la stessa società avesse mutato la propria condotta, negando in un primo momento la proroga alle medesime condizioni, per aderirvi soltanto successivamente.

Invero, la documentazione in atti attesta che la ricorrente, fin dall'origine, aveva manifestato la disponibilità alla proroga alle condizioni previgenti, in tale maniera tenendo – sotto tale profilo, riferito alla proroga contrattuale del servizio – una condotta non assimilabile a quella ascritta alle altre imprese coinvolte nel procedimento antitrust.

12.4 Tale errore deve ritenersi riconducibile al disposto di cui all'art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c., tenuto conto che afferisce:

- alla supposta esistenza di un fatto (disponibilità ad accordare la proroga del servizio soltanto a mutate condizioni economiche o modifica nel corso del tempo della condotta tenuta dalla ricorrente in ordine alle condizioni economiche applicabili alla proroga del servizio) incontestabilmente escluso dagli atti di causa (attestanti una disponibilità della società, fin dall'origine, ad accordare la proroga ai prezzi preesistenti);
- ad un punto non controverso, avendo l'Autorità riconosciuto nel provvedimento sanzionatorio che Medigas non aveva incrementato il prezzo di fornitura del servizio VTD;
- ad un fatto decisivo, in quanto posto in stretta relazione di causalità con la pronuncia revocanda.

Sotto tale ultimo profilo, giova precisare che, ai fini revocatori, non occorre verificare se il giudice a quo, ove si fosse reso conto dell'errore di fatto, avrebbe comunque confermato la propria decisione con diversa motivazione: ai fini revocatori, occorre soltanto accertare se l'errore di fatto sia idoneo a privare la sentenza della sua base logico-giuridica; il che è sufficiente per consentire il passaggio alla fase rescissoria, ferma rimanendo la possibilità, in tale sede, di pervenire ad una nuova decisione che, pure emendata dell'errore revocatorio, presenti un contenuto dispositivo identico a quello della pronuncia revocata.

Come precisato dalla giurisprudenza ordinaria (Cass. civ. Sez. VI - 2, Ord., 23 aprile 2020, n. 8051), infatti, nella fase rescindente del giudizio di revocazione, *“il giudice, verificato l'errore di fatto (sostanziale o processuale) esposto ai sensi dell'art. 395 c.p.c., n. 4, deve valutarne la decisività alla stregua del solo contenuto della sentenza impugnata, operando un ragionamento di tipo controfattuale che, sostituita mentalmente l'affermazione errata con quella esatta, provi la resistenza della decisione stessa; ove tale accertamento dia esito negativo, nel senso che la sentenza impugnata risulti, in tal modo, priva della sua base logico-giuridica, il giudice deve procedere alla fase rescissoria attraverso un rinnovato esame del merito della controversia, che tenga conto dell'effettuato emendamento (conf. Cass. n. 3935/2009 che ribadisce la necessità di verificare il nesso causale tra errore di fatto e decisione, nel cui accertamento si sostanzia la valutazione di essenzialità e decisività dell'errore revocatorio, sottolineando che si tratta non già di un nesso di causalità storica, ma di carattere logico-giuridico, nel senso che non si tratta di stabilire se il giudice autore del provvedimento da revocare si sarebbe, in concreto, determinato in maniera diversa ove non avesse commesso l'errore di fatto, bensì di stabilire se la decisione della causa sarebbe dovuta essere diversa, in mancanza di quell'errore, per necessità logico-giuridica; Cass. S.U. n. 1666/2009)”*.

Pertanto, avuto riguardo al solo contenuto della sentenza impugnata e prescindendo dalla soluzione che il giudice a quo avrebbe dato ove si fosse avveduto dell'errore o dalla decisione che potrà essere assunta in sede rescissoria una volta emendato il relativo errore, deve ritenersi integrato nella

specie anche il requisito della decisività, risultando la base logico-giuridica della pronuncia revocanda infirmata dall'errore di fatto fondatamente denunciato dalla ricorrente.

Il giudice a quo, se avesse correttamente percepito il contenuto letterale delle note prodotte sub doc. 9 fascicolo attoreo di primo grado, non avrebbe potuto presupporre una concertazione tra le imprese circa il riscontro da fornire alla richiesta di proroga proveniente dall'Amministrazione, non potendo, sotto tale profilo, assimilare la condotta della ricorrente a quella delle altre parti private.

La presenza di peculiarità riferibili alla sola società ricorrente, come emergenti dalla documentazione in atti, risultava, dunque, suscettibile di influire sulla decisione finale, pure considerando l'esigenza, propria dell'accertamento antitrust, di svolgere (come, del resto, riconosciuto anche nella stessa sentenza revocanda) un'analisi complessa ed articolata, tenendo conto di tutti gli elementi di prova acquisiti nella loro interezza e nella correlazione reciproca che lega gli uni agli altri, ragion per cui anche l'errore percettivo sull'esistenza di uno degli elementi di prova complessivamente valorizzati, in ragione della loro stretta interdipendenza, deve ritenersi idoneo (in assenza di contrarie indicazioni ritraibili dalla sentenza revocanda) ad influire sul giudizio finale espresso in ordine all'infrazione in concreto contestata.

L'errore di fatto, fondatamente censurato dalla ricorrente, ha dunque privato la sentenza revocanda della sua base logico-giuridica, pure incentrata sulla omogeneità delle posizioni delle imprese assunte in sede di riscontro alle richieste di proroga del servizio in essere, investendo un elemento del giudizio che risultava rilevante per verificare la concertazione intercorsa tra gli operatori economici sanzionati e che, dunque, ha assunto natura decisiva ai fini dell'accoglimento dell'appello.

14. L'accoglimento della revocazione impone l'annullamento della sentenza gravata e, per l'effetto, il passaggio alla fase rescissoria, onde svolgere un nuovo giudizio (emendato dall'errore di fatto *supra* indicato) sul merito della

vertenza e, dunque, sui motivi di appello proposti dall'Autorità; il che permette di assorbire le ulteriori censure revocatorie svolte dalla ricorrente, il cui ipotetico accoglimento non potrebbe arrecare alla parte un'utilità maggiore, dovendo, comunque, procedersi alla revocazione della sentenza e alla pronuncia in sede rescissoria sui motivi di appello proposti dall'Autorità.

Piuttosto, le ulteriori deduzioni attoree potranno essere eventualmente apprezzate in sede rescissoria, al fine di statuire sulla fondatezza delle censure impugnatorie proposte dall'Autorità, onde vagliarne la fondatezza.

Al riguardo, occorre, tuttavia, che l'Autorità provveda all'integrazione della documentazione in atti, producendo (ove esistenti) i documenti, acquisiti in sede procedimentale, attestanti le modalità di svolgimento del dialogo tecnico tra l'Amministrazione e le imprese sottoposte al procedimento antitrust (valorizzato, tra l'altro, ai paragrafi 76, 90 e ss., 353, 372 e ss. del provvedimento impugnato in primo grado).

Trattasi di documentazione che potrebbe rilevare ai fini del decidere, concorrendo a delineare il contesto giuridico nell'ambito del quale hanno operato le imprese sanzionate e potendo offrire elementi di valutazione in ordine alle ragioni sottese alla mancata partecipazione di ciascuna di esse alle procedure di gara per cui è causa.

La necessità di chiarire gli effettivi rapporti intrattenuti tra le parti nella definizione delle condizioni poste a base di gara e convenute nell'ambito delle proroghe negoziali disposte dall'Amministrazione nelle more dell'affidamento dei nuovi contratti è confermata anche dall'espresso riferimento "*al dialogo tecnico avvenuto nel corso dell'incontro del 17.10.2013*" operato nella mail del 10.12.2013 (doc. 12 produzione Autorità in primo grado), particolarmente valorizzata dall'Autorità ai fini dell'accertamento dell'infrazione per cui è causa (parr. 65 e ss. e 346 e ss. provvedimento impugnato in primo grado).

Pertanto, non essendo sufficienti, al fine di ricostruire compiutamente i vari incontri tecnici tenuti tra le parti, i resoconti unilaterali degli operatori economici (cfr. docc. 17 e 26 produzione Autorità in primo grado), ferma

rimanendo l'acquisizione al giudizio del verbale dell'incontro del 27.1.2014, stante il riferimento recato nel provvedimento sanzionatorio ad ulteriori incontri, occorre acquisire i verbali dei rimanenti tavoli tecnici e ogni altra documentazione che attesti gli argomenti ivi discussi e le posizioni al riguardo assunte da ciascuna parte intervenuta.

A tale incumbente istruttorio l'Autorità provvederà entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza non definitiva.

15. Riservata ogni ulteriore decisione alla fase rescissoria, il fascicolo della causa deve essere rimesso al Presidente della Sezione per la fissazione dell'udienza di discussione nell'ambito del terzo quadrimestre dell'anno 2022. La regolazione delle spese di giudizio viene rimessa, parimenti, all'esito del giudizio rescissorio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), non definitivamente pronunciando sul ricorso per revocazione, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, revoca la sentenza impugnata; dispone gli incumbenti istruttori nei sensi e nei termini di cui in motivazione, nonché manda il fascicolo di causa al Presidente della Sezione per la fissazione dell'udienza di discussione in sede rescissoria nell'ambito del terzo quadrimestre dell'anno 2022.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere, Estensore

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere

L'ESTENSORE
Francesco De Luca

IL PRESIDENTE
Sergio De Felice

IL SEGRETARIO