

Pubblicato il 15/02/2022

N. 01096/2022REG.PROV.COLL.
N. 03282/2020 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 3282 del 2020, proposto da Vivisol S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Raffaele Cassano, Giuseppe Lombardi, Manuela Soligo e Fabio Cintioli, 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 della Provincia di Milano 1, Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Milano, Agenzia di Tutela della Salute della Città Metropolitana di Milano, non costituiti in giudizio;

Respiraire S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Annalisa Quartiroli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la revocazione

della sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI n. 08586/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in revocazione e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e di Respiraire S.r.l.;

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 Fabio Cintioli 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, Sapio, 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, Sapio, 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, Medicaire 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 artificialmente 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, Medicaire Italia, Medicaire Centro, Medicaire 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 Medicaire 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 Medicaire 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 Medicaire 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;

- analogo 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 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 accorpate 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, solo quest'ultimo, 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 o 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 aveva 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 impugnata per revocazione ha accolto l'appello e, per l'effetto, in riforma della pronuncia del Tar, ha rigettato il ricorso di primo grado.

6. La società Vivisol Srl ha chiesto la revocazione della sentenza di appello e, per l'effetto, ha domandato, *“in riforma della sentenza impugnata in via revocazione, esaurito il giudizio rescindente e passati alla fase rescissoria:*

- di rigettare interamente l'appello proposto da AGCM avverso la sentenza di primo grado, confermandola per intero;

- in subordine, di rigettare l'appello proposto da AGCM avverso la sentenza di primo grado, quantomeno nella parte in cui quest'ultima aveva accertato il vizio di difetto di istruttoria, allo scopo di rimandare ad AGCM per la ripresa del procedimento;

- in via ancor più subordinata, sollevare questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE così come illustrata”.

Sotto tale ultimo profilo, la ricorrente ha chiesto di sollevare dinnanzi alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, alcune questioni pregiudiziali inerenti la compatibilità con il diritto unionale:

- di un sistema processuale nazionale che consenta al Giudice del ricorso di effettuare una analisi non completa dei fatti di causa e di non riscontrare e/o non esaminare circostanze di fatto che rilevano rispetto alla motivazione della Autorità nazionale di concorrenza e che anche consistono in spiegazioni alternative della condotta rilevante ai sensi dell'art. 101 TFUE;

- di una normativa nazionale che non consente di dare rilevanza a spiegazioni alternative e razionali, ancorché non esclusive, della condotta oggetto di contestazione.

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 sarebbe incorso in errore revocatorio nell'affermare che i documenti coevi allo svolgimento delle gare dimostravano che la remuneratività della procedura di gara era pari a quella assicurata da gare coeve alle quali Vivisol aveva partecipato; tale circostanza – la remuneratività – affermata solo nel provvedimento, sarebbe stata incontrovertibilmente esclusa dagli atti prodotti da Vivisol non esaminati dalla sentenza, rappresentati, in particolare, da un parere *pro veritate* espresso in favore di Vivisol, dal resoconto dei tavoli tecnici tenutisi in data 27.1.2014 e 17.2.2014 alla presenza dei rappresentanti degli HCP e dei funzionari dell'ASL, nonché dalle segnalazioni Vivisol in ordine all'errata identificazione delle prestazioni e dei servizi da rendere e alla inadeguata remunerazione discendente dalla partecipazione alla procedura di gara;

- con riferimento a tale ultima tipologia di documenti, il giudice a quo avrebbe errato nel sostenere che non si era giunti ad un accordo circa le condizioni economiche di acquisto/fornitura dei servizi di VTD, non distinguendo in tale maniera la posizione dell'appellata da quella delle altre imprese; la sentenza impugnata avrebbe travisato, in particolare, il significato della censura di Vivisol a sostegno della quale era stata prodotta la corrispondenza,

tenuto conto che Vivisol aveva affermato che quella corrispondenza dimostrava che fin dal primo momento ed in tempi non sospetti aveva rappresentato in maniera oggettiva e trasparente la non remuneratività della gara, mentre il giudice a quo, senza esaminare la corrispondenza richiamata da Vivisol, aveva rilevato che sarebbe stata palesemente infondata la tesi (in verità, mai sostenuta) secondo cui le tre comunicazioni richiamate provavano la sussistenza di un accordo sulle condizioni economiche dei servizi;

- la sentenza sarebbe inficiata da un errore di fatto anche nella parte in cui ha affermato che nel caso di specie la remuneratività si sarebbe potuta trarre, in via presuntiva, dal fatto che, in occasione della prima gara, “...*due operatori più piccoli, come Sico e Respiraire, avevano fatto regolari offerte, persino con forti sconti rispetto alla base d'asta ...*” per aggiudicarsi alcuni lotti; il giudice a quo non avrebbe analizzato la documentazione di gara e avrebbe travisato l'argomento difensivo prospettato da Vivisol, in quanto la ricorrente non aveva mai sostenuto che la vendita di Sico e Respiraire era avvenuta a prezzi non remunerativi, ma che quei lotti non dovevano essere presi come riferimento per valutare la remuneratività dell'intera procedura di gara, in quanto, trattandosi di vendita e non di noleggio, non erano previste tutte le prestazioni accessorie relative ai servizi domiciliari richieste per i lotti di interesse di Vivisol;

- sarebbe, parimenti, frutto di errore di fatto la ravvisata non sostituibilità del servizio sulla base della circostanza per cui le imprese solitamente erogano questi servizi mediante una gara; la sentenza avrebbe percepito che l'accordo quadro in contestazione era l'accordo quadro con affidamento in esclusiva totale o in esclusiva per lotti e quindi con un solo operatore economico, mentre nella specie si trattava (e sempre si è trattato) di accordo quadro multifornitore (art. 59, commi 5 e seguenti);

- il giudice a quo avrebbe errato nell'assumere che le apparecchiature di Vivisol fossero “a basso valore tecnologico” e “in regime di rebranding”, tenuto conto che Vivisol aveva un'esclusiva con RESMED, così come

confermato dalla stessa RESMED, in ciò distinguendosi dagli altri produttori citati in sentenza, con conseguente emersione dell'infungibilità del servizio, alla stregua di quanto pure risultante da due pareri in atti, nella parte non percepita nella sentenza;

- il giudice a quo avrebbe errato nel ritenere *“un’evenienza del tutto speciale”*, inidonea ad incidere sulla sovrapponibilità di offerta tra i diversi fornitori del servizio, l'affidamento di forniture negoziate con operatori non aggiudicatari delle gare, avendo la Sezione argomentato sull'erroneo presupposto per cui si sarebbe trattato di affidamenti in continuità di soli vecchi pazienti, e quindi, in ultima analisi, di circostanza non così rilevante come assunto da Vivisol, quando, invece, la documentazione in atti avrebbe dimostrato che nella Regione Marche, la ricorrente, pur non essendosi aggiudicataria di alcun lotto di una procedura di gara conclusasi nel 2015, a due anni dall'aggiudicazione, continuava a fornire i propri servizi a 250 soggetti residenti nella medesima Regione Marche, corrispondenti al 73% di tutti i pazienti indicati nei cinque lotti del capitolato di gara dell'ASUR Marche quali necessitanti prestazioni VTD c.d. *“ad alta intensità”*; peraltro, gli affidamenti negoziati non riguardavano solo precedenti pazienti in continuità, essendovi rilevanti affidamenti afferenti a numerosi nuovi pazienti;

- sarebbe il frutto di un errore di fatto rilevare che le condizioni della quarta gara erano identiche a quelle delle gare precedenti, tenuto conto che, dove i prezzi erano eguali, erano venute meno rilevanti prestazioni accessorie richieste nelle prime tre gare e non presenti nella quarta gara; del resto, che le condizioni economiche fossero del tutto diverse costituiva una circostanza data per pacifica anche nel Provvedimento, in cui si rilevava che *“... l'Amministrazione ha indetto una ulteriore gara – la quarta – aumentando la base d'asta e portandola ai livelli richiesti dagli operatori...”* (par. 336);

- costituirebbe il frutto di un errore di fatto ritenere che Vivisol fosse incentivata a presentare ribassi rispetto alla base d'asta in quanto il disciplinare di gara prevedeva per apparecchiature equivalenti che l'operatore scelto dal

medico sarebbe stato l'offerente il prezzo più basso, indipendentemente dal livello qualitativo dell'operatore e dalla scelta del paziente; al riguardo, il giudice a quo non avrebbe percepito la caratteristica di infungibilità delle apparecchiature e dei conseguenti servizi offerti da Vivisol, rispetto a quelli degli altri operatori, proprio in ragione della non equivalenza degli apparecchi utilizzati;

- in relazione all'asserita posizione unitaria e condivisa tenuta dalle imprese in opposizione alla richiesta di prorogare i contratti alle precedenti condizioni economiche di fornitura, il giudice a quo non avrebbe considerato che era stata l'Amministrazione a cercare un contatto congiunto e unitario con le imprese fornitrici in merito alla proroga ed al contenuto della lex specialis di gara, al fine di avere un consenso "omogeneo" da parte dei competitors e che, dunque, non poteva esservi nulla di illecito nel fatto che, a seguito di tale "sollecito", gli HCP si fossero confrontati, nell'ambito dell'associazione di categoria, per esportare una posizione comune all'interlocutore pubblico al fine di garantire una certa omogeneità dei sistemi di approvvigionamento; il giudice a quo non avrebbe percepito neppure l'esistenza di ulteriori tavoli tecnici, né avrebbe considerato una circostanza rappresentata da Vivisol e mai contestata, né da AGCM né dalla ASL Milano 1, data dal mancato ricevimento da parte di Vivisol, fino alla stipula dell'accordo quadro avvenuta a valle della quarta gara, di pagamenti per i servizi resi a condizioni diverse rispetto alle condizioni di fornitura stabilite nel 2009;

- costituirebbe un errore di fatto l'affermazione contenuta nella sentenza per la quale l'istruttoria di AGCM sarebbe stata completa, essendo stata del tutto ignorata e non essendo stata quindi oggetto di alcuna valutazione l'istanza formulata da Vivisol nel procedimento, volta ad ottenere, subito dopo la presentazione della CRI degli Uffici, l'integrazione dell'attività istruttoria; la mancata percezione dell'esistenza di questa istanza procedimentale e la sua mancata valutazione avrebbe impedito al giudice di poter valutare l'esistenza

di un fatto rilevante per fondare autonomamente il vizio di difetto di istruttoria.

7. La società Respiraire ha depositato atto di costituzione formale; 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.

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 agli errori fattuali alla base del giudizio di non sostituibilità del servizio reso.

Sotto tale profilo, il giudice a quo ha negato la supposta non sostituibilità del servizio, in ragione:

- della “*intrinseca inconciliabilità tra la supposta natura insostituibile dello specifico servizio fornito da ciascuna impresa ed il fatto che tale servizio sia generalmente posto in gara attraverso una procedura di competizione pubblica*”, non avendo nessuna delle imprese messo in discussione nel caso di specie la configurabilità dello

strumento di gara, sia pure nella forma dell'accordo quadro, e ciò non avrebbe potuto che presupporre, su di un piano generale, la sostituibilità del servizio reso da ciascuna impresa;

- della “*elevata uniformità tecnologica delle apparecchiature*” e della “*uniformità del servizio reso*” evidenziate dalla stazione appaltante;

- della fungibilità delle apparecchiature a basso valore tecnologico, di quelle in regime di *rebranding*, nonché di quelle non coperte da vincoli di esclusiva, confermata dalle imprese;

- della irrilevanza della infungibilità di uno specifico dispositivo per il singolo paziente, configurando una infungibilità nel solo singolo caso concreto, tale da non potere essere assunta a caratteristica generale dei servizi in discorso, proprio perché connessa alla peculiarità dello specifico paziente considerato e non predicabile su scala generale in riferimento alla popolazione di pazienti afflitti della medesima patologia, rispetto ai quali deve essere delimitato il mercato rilevante ai fini del giudizio; circostanza idonea a giustificare la concomitanza di affidamenti diretti del servizio, volti a consentire il prosieguo della cura con le medesime modalità, stabilite dal medico competente, in favore di determinati pazienti;

- dell'approfondimento della relativa questione in sede procedimentale, dove era emerso che le imprese fornitrici di servizi di VTD presentavano una sicura sovrapposibilità delle offerte che rendeva l'offerta di ciascuna alternativa alle altre, tenuto conto che i produttori delle apparecchiature non fornivano i propri clienti (ovvero le imprese fornitrice del servizio) in esclusiva; sicché, nella realtà dei fatti, era del tutto normale che anche quei macchinari, in ipotesi, insostituibili per i pazienti, fossero in realtà liberamente reperibili sul mercato da qualunque impresa chiamata a fornire servizi di ventiloterapia;

- della necessità di intendere il parere dell'Anac richiamato dalle parti alla luce delle superiori circostanze, essendosi l'Anac limitata a ritenere corretta una aggiudicazione delle gare che tenesse conto delle indicazioni del medico

prescrittore in luogo della semplice rotazione, ma nulla statuendo su quanto i servizi offerti dalle imprese parti dell'intesa che interessa fossero tra loro sostituibili.

La conclusione raggiunta dal giudice a quo in ordine alla sostituibilità dei servizi di ventiloterapia in esame non è stata ritenuta dalla Sezione contraddetta dal fatto e amministrazioni facessero talvolta ricorso a forniture negoziate con operatori non aggiudicatari delle gare, trattandosi comunque di un fenomeno, *“limitato ai casi in cui, per le specificità della cura da apprestare ad un determinato paziente, al fine di preservare nel miglior modo possibile la salute dello stesso, si esclude l'opportunità di sostituire il servizio in essere, ma che, proprio perché si tratta di un'evenienza del tutto speciale, non incide sulla generale sovrapponibilità di offerta tra i diversi fornitori del servizio”*.

Sulla base di tale presupposto, il giudice a quo ha ritenuto per nulla determinati in senso opposto alla prospettazione dell'Autorità *“i documenti depositati in giudizio dalla società. Invero, i pareri ivi contenuti insistono su circostanze che l'Autorità non ha mai messo in discussione (quali il fatto che la prescrizione del ventilatore che ciascun paziente dovrà usare deve essere fatta da un medico; il fatto che la sostituzione del macchinario usato da un paziente deve essere fatta alla luce di “un'accurata e attenta valutazione di un medico)”*.

Si tratterebbe, infatti, di questioni attinenti alla scelta della cura nel singolo caso concreto, non incidenti, nel quadro dell'evidenze emerse nel presente giudizio, direttamente sulle modalità di approvvigionamento dei presidi sanitari.

Al più, tale documentazione confermerebbe *“il dato già innanzi riportato, ovvero che i diversi “ventilatori” sono difficilmente sostituibili per il paziente che già li utilizza (e ciò giustifica il ricorso all'affidamento diretto), senza escludere che gli stessi in un'ottica di approvvigionamento da parte dell'ASL, debbano considerarsi assolutamente fungibili”*.

La ritenuta fungibilità del servizio è stata posta a base, altresì, del rigetto delle contestazioni riferite al comportamento complessivo delle imprese in riferimento alla quarta gara – alla quale tutte le imprese avevano partecipato

per tutti i lotti con offerte pari alla base d'asta, rifiutando ulteriori ribassi - che, secondo le imprese, sarebbe stato dettato dal fatto che al momento dei ribassi la ASL aveva convocato le imprese insieme, sicché sarebbe stato per loro semplice capire che i concorrenti non avevano intenzione di procedere ad alcuno sconto.

A giudizio della Sezione, invece, le imprese avrebbero dovuto essere incentivate a proporre ribassi per escludere le altre imprese dall'aggiudicazione: le specifiche disposizioni della legge di gara risultavano tali da rigettare anche l'ulteriore giustificazione proposta dall'impresa, secondo cui proporre uno sconto sul prezzo posto a base d'asta non le avrebbe assicurato alcun vantaggio, né le avrebbe garantito di aggiudicarsi un maggior numero di pazienti, in quanto una volta sottoscritto l'accordo quadro tra l'Amministrazione e gli operatori economici risultati idonei, sarebbe stato il medico prescrittore a scegliere quale apparecchio avrebbe utilizzato il paziente.

Al riguardo, la Sezione ha rilevato che in base al disciplinare di gara in caso di apparecchiature equivalenti: *“l'operatore sarà quello che avrà presentato il prezzo più basso, indipendentemente dal livello qualitativo dell'operatore e dalla scelta del paziente”*, da cui la sussistenza di un ragionevole incentivo a proporre dei ribassi

13. Ne deriva che la Sezione, dopo avere indicato le ragioni militanti a sostegno della tesi della fungibilità del servizio – *supra* richiamate – ha escluso che tale conclusione potesse essere contraddetta dalla circostanza per cui le stazioni appaltanti, talvolta, ricorrono a forniture negoziale, in quanto si tratterebbe di un fenomeno limitato ai casi in cui, in ragione della peculiare situazione del singolo paziente, si escluda l'opportunità di sostituire il servizio in essere, emergendo, dunque, un'evenienza del tutto speciale, tale da non escludere la generale sovrapposibilità di offerta tra i diversi fornitori.

Tale circostanza non sarebbe contraddetta dai documenti depositati dalla società: i pareri ivi contenuti insisterebbero su circostanze non messe in discussione dall'Autorità, quali il fatto che la prescrizione del ventilatore che

ciascun paziente dovrà usare deve essere fatta da un medico e il fatto che la sostituzione del macchinario usato da un paziente deve essere fatta alla luce di un'accurata e attenta valutazione di un medico; con la conseguenza che tali documenti confermerebbero la difficile sostituibilità per il paziente che già utilizza il ventilatore, ciò giustificando il ricorso all'affidamento diretto.

14. Tali rilievi fattuali, come correttamente dedotto dal ricorrente, sono smentiti dal contenuto letterale della documentazione in atti.

In particolare, i pareri depositati dalla società in atti non attestavano soltanto l'infungibilità tecnica dei dispositivi forniti da Vivisol per i pazienti già in cura con i relativi ventilatori, ma rilevavano anche una infungibilità tecnica idonea a condizionare le scelte terapeutiche da assumere in relazione a nuovi pazienti, che ancora non utilizzavano alcun ventilatore; circostanza espressamente riportata nei documenti, erroneamente ritenuta inesistente in sentenza.

Difatti, nei documenti 29 e 30 prodotti in primo grado dalla parte ricorrente, è riportato che:

- *“non solo le caratteristiche tecniche dei diversi modelli di apparecchiature utilizzate domiciliarmente per le terapie respiratorie che richiedono la ventilazione meccanica siano diverse (tabella comparativa di ECRI Institute, tabelle guida di IVUN), ma che da questa differenziazione conseguono diverse specificità di impiego terapeutico, sia verificate tramite test di laboratorio (report ANTADIR) che desunte dalle testimonianze dei pazienti diretti utilizzatori (guida IVUN). Le diverse performances, derivanti dalle caratteristiche tecniche e soluzioni implementate, si riflettono in importanti valutazioni di appropriatezza di ciascun modello di ventilatore per le specifiche patologie. L'abbinamento patologia-ventilatore, su cui come sottolineato dalle linee guida riportate deve essere lo specialista clinico ad esprimersi, è insito nelle caratteristiche tecniche dei diversi modelli [...] La distribuzione in Italia delle apparecchiature ResMed avviene mediante un'esclusiva accordata a Vivisol e non viene attuata alcuna attività di re-branding”* (doc. 29, pag. 20);

- *“Nell'epoca della medicina basata sull'evidenza (cioè sulle prescrizioni mediche “ponderate” secondo le più recenti evidenze scientifiche) e della medicina personalizzata, non*

è ammissibile che la scelta di un ventilatore o la sua sostituzione non debbano passare attraverso una valutazione medico-specialistica e ciò, peraltro, sull'errato presupposto dell'equivalenza degli apparecchi di ventiloterapia presenti sul mercato.. “ (doc. 30, pag. 9).

Non è, dunque, corretto ritenere che i pareri prodotti dalle parti si limitassero a sostenere che la prescrizione del ventilatore che ciascun paziente avrebbe dovuto usare deve essere fatta da un medico o che la sostituzione del macchinario usato da un paziente deve essere fatta alla luce di un'accurata e attenta valutazione di un medico, con conseguente emersione di una difficile sostituibilità per il paziente che già utilizza il ventilatore, ciò giustificando il ricorso all'affidamento diretto.

I documenti *de quibus*, invece, da un lato, predicavano una tendenziale infungibilità tecnica anche in sede di prima prescrizione, sul presupposto di peculiarità riferibili ai singoli dispositivi, suscettibili di essere apprezzati ai fini della scelta del ventilatore da utilizzare, per la prima volta, per il trattamento della specifica patologia sofferta dal paziente; dall'altro, evidenziavano come, in relazione ai dispositivi di Vivisol, non potesse riconoscersi una disponibilità presso plurimi operatori, trattandosi di prodotti forniti alla ricorrente in esclusiva da Res Med per il mercato italiano.

Il che influisce pure sulle ulteriori statuizioni recate nella sentenza odiernamente impugnata, riferite:

- alla considerazione svolta dalle parti in ordine alla fungibilità delle apparecchiature a basso valore tecnologico, di quelle in regime di rebranding, nonché di quelle non coperte da vincoli di esclusiva, confermata dalle imprese; quando, invece, la parte ricorrente aveva prodotto documentazione – non correttamente percepita nel suo contenuto letterale – attestante il fatto contrario, dato dalla presenza di esclusive in proprio favore;
- alla sussistenza di uno specifico interesse della ricorrente a proporre ribassi di prezzo nell'ambito della quarta gara sul presupposto della fungibilità tecnica dei dispositivi in sede di prescrizione, quando i documenti richiamati

(anche in tale caso avendo riguardo alle sole espressioni letterali ivi recate, non correttamente percepite in sentenza) attestavano la infungibilità anche in relazione alla prima prescrizione per pazienti da sottoporre a ventilazione per la prima volta.

Per l'effetto, si è in presenza di due divergenti rappresentazioni, quella emergente dalla sentenza e quella risultante dagli atti e dai documenti processuali, pure richiamati dal giudice a quo, suscettibile in influire sulla stessa lettura e percezione degli atti acquisiti al processo quanto al loro significato letterale; il che è idoneo a giustificare la revocazione della sentenza gravata (tra le altre, Consiglio di Stato, sez. V, 19 febbraio 2019, 1144).

In definitiva, si potrebbe discorrere della forza probatoria dei documenti prodotti dalla ricorrente – il che attiene alla valutazione dei mezzi di prova, sottratta al rimedio revocatorio -, ma non potrebbe sostenersi che tali documenti attestavano soltanto la necessità di una prescrizione medica del ventilatore o la necessità di valutare la sostituzione del macchinario usato da un paziente alla luce di un'accurata e attenta valutazione di un medico, trattandosi di documenti che, nel loro significato letterale (non correttamente percepito in sentenza), affermavano la tendenziale insostituibilità tecnica anche per le nuove prescrizioni in relazione a pazienti previamente non trattati con ventilatore (per i quali non si discorre di sostituzione del dispositivo) e di forniture in esclusiva possedute dalla ricorrente per il mercato italiano.

15. Non potrebbe diversamente argomentarsi neppure rilevando che la Sezione, nel richiamare e condividere le valutazioni dell'Autorità sull'inattendibilità degli studi presentati dalle imprese – in quanto predisposti a posteriori e incentrati su ipotesi discrezionali per nulla scontate – abbia comunque preso posizione sulla rilevanza di tali documenti esprimendo un giudizio non denunciabile in sede revocatoria.

Come sopra osservato, al fine di verificare la presenza di errori revocatori, occorre 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.

Le statuizioni riferite all'irrilevanza degli studi *de quibus* (pure presenti nella sentenza revocanda) devono essere, dunque, intese alla stregua delle ulteriori precisazioni, recate nella stessa sentenza, concernenti il contenuto materiale di detti documenti.

L'errore revocatorio nella specie non riguarda – né potrebbe riguardare, in ragione della limitata portata applicativa del relativo rimedio giudiziario, come sopra ricostruita – la valutazione della rilevanza probatoria riconosciuta dal giudice di appello alla documentazione in atti, bensì il contenuto materiale di detti documenti, di cui è stata svalutata la rilevanza sulla base dell'erroneo assunto per cui si facesse questione (come precisato in sentenza) di documenti attestanti soltanto la necessità di una prescrizione medica del ventilatore o la necessità di valutare la sostituzione del macchinario usato da un paziente alla luce di un'accurata e attenta valutazione di un medico.

Tale errore ha condizionato il giudizio di irrilevanza della relativa documentazione, tenuto conto che la mancata esatta percezione del relativo contenuto materiale non può che avere influito sulla valutazione della sua inidoneità a permettere una compiuta ricostruzione dei fatti oggetto di causa.

Anche la circostanza per cui si facesse questione di documenti di formazione successiva, predisposti a posteriore, non potrebbe essere valorizzata per escludere l'esistenza dell'errore revocatorio, in quanto il giudice di appello ha precisato (richiamando la pertinente giurisprudenza unionale) che i documenti elaborati dopo i fatti contestati non potevano in ogni caso paragonarsi in termini di forza probatoria, ai documenti coevi agli eventi in questione: il giudice a quo, invece, non ha escluso ogni rilevanza ai documenti di formazione successiva, il cui erroneo apprezzamento – ove afferente alla loro esistenza o al relativo contenuto materiale – rileva, dunque, ai sensi dell'art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c.

16. L'errore fondatamente dedotto dalla ricorrente, in definitiva, deve ritenersi riconducibile al disposto di cui all'art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c., tenuto conto che afferisce:

- anziché alla rilevanza probatoria dei documenti acquisiti al giudizio, al loro significato letterale (e, dunque, alla percezione di un fatto processuale), riscontrandosi due divergenti rappresentazioni, quella emergente dalla sentenza e quella risultante dagli atti e dal contenuto materiale dei documenti in esame;
- ad un punto non controverso su cui la sentenza non ha motivato, non avendo contestato l'Autorità il contenuto letterale delle perizie prodotte in primo grado;
- 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 perizie in atti, avrebbe dovuto dare atto dell'esistenza di documenti deponenti:

- per la tendenziale infungibilità tecnica dei dispositivi di Vivisol anche per i pazienti non previamente sottoposti a ventilazione meccanica; nonché
- per l'esistenza di un'esclusiva per il mercato italiano concessa da Res Med all'odierna ricorrente.

Per l'effetto, la Sezione non avrebbe potuto escludere l'infungibilità del servizio ritenendo acquisita agli atti del giudizio documentazione asseritamente attestante (o comunque idonea a non contraddire) l'esistenza di un fenomeno limitato ai pazienti già in cura con un dato ventilatore.

Tale errore percettivo ha influenzato il giudizio espresso con la sentenza revocanda in ordine alla sostituibilità del servizio sulla cui base pure la Sezione ha definito la controversia, facendosi questione di circostanza

rilevante per valutare, tra l'altro: a) la perdurante possibilità per l'impresa, in virtù dell'infungibilità dei prodotti forniti e delle esclusive vantate, di operare nel mercato anche in caso di mancata partecipazione alle procedure di gara *de quibus* (e, dunque, della loro aggiudicazione in favore di terzi soggetti); b) la ragionevolezza della mancata presentazione di sconti nell'ambito della quarta procedura di gara.

Né potrebbe escludersi la decisività dell'errore, evidenziando che il giudice a quo aveva comunque addotto a fondamento della valutazione di sostituibilità del servizio ulteriori circostanze correttamente percepite nella loro esistenza oggettiva: in materia di accertamento antitrust, occorre infatti 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, è idoneo 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 ravvisata sostituibilità del servizio, investendo un elemento del giudizio che risultava rilevante per valutare le spiegazioni alternative alla concertazione contestata dal provvedimento e che, dunque, doveva ritenersi decisivo per pervenire all'accoglimento dell'appello dell'Autorità.

17. 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 sufficiente 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), né il verbale dell'incontro del 27.1.2014 prodotto dal ricorrente in primo grado (doc. 22) – stante la presenza di plurimi incontri di cui è dato atto nel provvedimento (e che emergono dallo stesso verbale sub doc. 22, che

richiama un successivo incontro del 17.2.2014 all'uopo programmato)-, occorre acquisire i verbali dei rimanenti tavoli tecnici e ogni altra documentazione che attesti gli argomenti ivi discussi e le posizioni da ciascuna parte assunte al riguardo.

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

18. Riservata ogni decisione in relazione alla fase rescissoria, il fascicolo della causa deve essere rimesso al Presidente della Sezione per la fissazione dell'udienza di discussione del ricorso 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