

Pubblicato il 15/02/2022

N. 01094/2022REG.PROV.COLL.
N. 05768/2020 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

sul ricorso numero di registro generale 5768 del 2020, proposto da Sapiro Life S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Clarich e Vittorio Minervini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Agenzia di Tutela della Salute della Città Metropolitana di Milano, Medigas Italia S.r.l., non costituiti in giudizio;

Respireaire 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, 12 febbraio 2020, n. 1046, 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, della di Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero dello Sviluppo Economico, del Ministero dell'Economia e delle Finanze 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 Marcello Clarich, Vittorio Minervini e dello Stato Verdiana Fedeli;

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, Medicaïr 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, Medicaïr 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 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, 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, rigettate le censure di ordine procedimentale, ha accolto le rimanenti doglianze, 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;
- l'Autorità, inoltre, non aveva neppure contestato, con la necessaria specificità derivante dall'avvenuta produzione documentale proveniente dalla ricorrente, l'analisi da questa compiuta per dimostrare, già in sede procedimentale, l'inaffidabilità, per eterogeneità dei criteri, del confronto tra i prezzi delle gare milanesi e quelli delle gare di Como e Monza;
- 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;
- l'apprezzamento della astratta redditività di una gara non poteva coincidere, in via automatica, con una concreta e appetibile remuneratività della stessa per altra e diversa impresa, chiamata a valutare la concreta convenienza della eventuale aggiudicazione tenendo conto delle proprie caratteristiche dimensionali (e dunque della sua possibilità o meno di eseguire simultaneamente più contratti), della maggiore o minore appetibilità di altre gare concomitanti, delle condizioni infrastrutturali del territorio, nonché della tempestività della stazione appaltante nei pagamenti e del rischio di insorgenza di contenziosi;
- la pretesa di Agcm di sostituirsi all'impresa nell'individuazione del parametro di misurazione della redditività di un servizio integrava un inammissibile sindacato nelle scelte gestionali dell'imprenditore. In ogni caso, l'Autorità non aveva debitamente valorizzato la circostanza che Sapio aveva depositato una "scheda di redditività" stilata in occasione della prima gara e avente data certa

- anteriore alla contestazione dell'illecito, elemento che svalutava la tesi accusatoria dell'accordo collusivo con le altre parti di non presentare offerta;
- 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;
 - nella quarta gara, a fronte dell'aumento dei prezzi a base d'asta, la remuneratività della procedura andava comunque considerata alla luce della duplice circostanza che il numero dei lotti era stato ridotto e che la durata dell'affidamento, rispetto alle prime due gare, risultava estesa da 24 a 36 mesi;
 - la scelta di Sapio di eguagliare il prezzo a base d'asta appariva dettata da ragioni di conformità al proprio modello di business, mentre nessuna evidenza di un disegno collusivo tra le parti poteva essere tratta dalla circostanza che in una corrispondenza interna della ricorrente si ipotizzasse l'astratta disponibilità di Sapio a offrire un lievissimo sconto sui prezzi a base d'asta, pari allo 0,3%, e che, in seguito, la stessa avesse deciso di non presentare tale ribasso, considerato che lo sconto marginale era stato ipotizzato al fine di evitare l'esclusione dalla gara, come si ricava da apposite email in atti;
 - l'ASL aveva pagato le prestazioni fornite in proroga al prezzo risalente alla gara 2009 e non a quello maggiorato chiesto dalle imprese;
 - 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 autonoma scelta imprenditoriale, razionalmente assunta, tenuto conto che, in base ai criteri della gara, l'eventuale ribasso non avrebbe portato all'impresa in realtà alcun vantaggio, ma solo l'onere di soddisfare l'eventuale domanda di servizi dell'amministrazione a un prezzo più basso di quello ritenuto adeguatamente remunerativo e, per questo, offerto;

- lo scambio di mail del 10 dicembre 2013 tra Medicair, 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;

- l'Autorità aveva pure omesso di considerare l'autonomo atteggiarsi della condotta di Sapio che già il 13 novembre 2013 e, dunque, oltre un mese prima che circolasse la bozza di lettera in questione, aveva rappresentato alla ASL Milano 1 di non poter proseguire la fornitura, concluso l'anno 2013, alle vecchie condizioni economiche;

- 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. La parte privata, parimenti, ha impugnato in via incidentale la sentenza di prime cure in relazione ai capi decisori (riguardanti pretesi vizi procedurali) rispetto ai quali era risultata soccombente dinnanzi al Tar.

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

6. La società Sapio Life s.r.l. ha chiesto la revocazione della sentenza di appello e, per l'effetto, ha domandato, *“in riforma della sentenza impugnata in via revocazione, di rigettare l'appello proposto da AGCM avverso la sentenza di primo grado, confermandola integralmente; - in via ancor più subordinata, sollevare questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, così come illustrata al terzo motivo”*.

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.

7.1 Un primo ordine di censure riguarda il movente e la strategia sottostanti all'illecito.

Secondo quanto dedotto dalla ricorrente, Sapio nel periodo oggetto di istruttoria avrebbe detenuto, nel territorio di competenza dell'ASL Milano 1, una quota quasi marginale, pari al 9,3 % sul totale dei pazienti serviti dall'ASL, a fronte di una media del 22,6 % raggiunta nello stesso periodo dalle altre imprese con una quota di mercato di maggiore rilevanza.

Il giudice a quo avrebbe omesso di esaminare tale circostanza fattuale; il che avrebbe influito sulla decisione in concreto assunta.

Sapio non avrebbe potuto infatti avere alcun interesse a cristallizzare la propria “presenza storica” nel territorio di competenza dell'ASL Milano 1, detenendo, nel particolare contesto spaziotemporale, una quota marginale, specie ove rapportata alla performance registrata a livello nazionale.

Per le stesse ragioni, la società non avrebbe avuto nemmeno un incentivo a mantenere dei prezzi (asseritamente) elevati, in quanto ciò non avrebbe prodotto risultati se non si fosse registrato un contestuale allargamento della base clienti.

7.2 Con un secondo ordine di censure la ricorrente denuncia plurimi errori di fatto inficanti la valutazione circa la presenza di un asserito parallelismo anomalo delle condotte tenute dalle imprese sottoposte a verifica.

7.2.1 In primo luogo, sarebbe erroneo l'assunto per cui, in relazione alla prima gara, SICO e Respiraire avrebbero quotato solamente per i lotti "a basso valore tecnologico" (§ 78 provv.), in quanto prive delle capacità produttive di competere sui restanti lotti: tale circostanza sarebbe stata smentita documentalmente dalla ricorrente, la quale avrebbe dimostrato, da un lato, che in diverse procedure SICO, titolare di un fatturato realizzato nel 2015 superiore a Medigas, Medicaire Centro e Medicaire Italia, aveva quotato per lotti richiedenti il noleggio di un ventilatore, dall'altro, che Respiraire aveva presentato offerta nella quarta gara, non perché avente ad oggetto prestazioni tecnologicamente semplici, ma sul (razionale) presupposto che le basi d'asta erano state congruamente maggiorate.

Il giudice a quo avrebbe argomentato la propria decisione facendo leva sulla condotta delle parti, tradottasi nella contestazione delle aggiudicazioni di SICO e Respiraire, ma tali rilievi non avrebbero potuto essere svolti in relazione a Sapio, che non aveva provveduto alla relativa impugnazione.

7.2.2 In secondo luogo, si contesta rilievo per cui le imprese avevano partecipato, in relazione alla quarta gara, per tutti i lotti con offerte pari alla base d'asta senza ulteriori ribassi: il giudice a quo non avrebbe tenuto conto che anche Respiraire aveva partecipato alla quarta gara senza presentare ribassi, fatto specificamente dedotto e documentato da Sapio (doc. 5, pp. 8-9), ma ignorato in sentenza.

7.2.3 In terzo luogo, si contesta l'assunto per cui le parti della presunta intesa avrebbero avuto, sul punto, un comportamento "parallelo", spiegabile solo

tramite l'accordo collusivo, non avendo il giudice a quo tenuto conto che la società Medigas, ai fini della proroga, aveva deciso in autonomia di mantenere fermi i prezzi già vigenti, con conseguente negazione di un parallelismo di comportamenti.

7.3 La ricorrente deduce l'esistenza di ulteriori pretesi errori di fatto anche in relazione alla valutazione della asserita profittabilità delle prime tre gare.

Al riguardo, sussisterebbero due errori di fatti, in quanto:

- il giudice a quo avrebbe errato nel considerare "coeve" le gare indette dall'ASL Milano 1 e quelle bandite nel territorio di Monza-Brianza e Como-Bergamo; le gare in questione erano state invece imputate a esercizi diversi, con diversi budget CapEx. (2012 quanto alle gare Como-Bergamo e Monza-Brianza, nonché 2013 per la prima gara milanese); emergevano, dunque, gare bandite in anni diversi, circostanza ignorata dalla Sezione, sebbene rilevante in un'attività aziendale organizzata intorno a budget e bilanci di esercizio annuali, caratterizzati da diverse disponibilità ed elementi di redditività richiesti (in funzione della diversità delle risorse da allocare per i diversi esercizi);
- le analisi di redditività predisposte per le gare di ComoBergamo e Monza-Brianza, attendibili perché predisposte all'epoca delle due gare avevano evidenziato un valore attuale netto (NPV) maggiormente remunerativo di quella milanese, pari, rispettivamente, a 67 e a 826. Tali documenti, presenti negli atti del giudizio, dimostravano dunque che, contrariamente a quanto ritenuto al giudice dell'appello, dal punto di vista di Sapio le due gare lombarde non erano affatto comparabili alle prime tre edizioni della gara milanese, presentando un NPV superiore di circa 10 volte nel primo caso e di ben 118 volte nel secondo caso; tali documenti non sarebbero stati esaminati in sentenza nonostante fossero decisivi.

Per la fase rescissoria, in subordine, la ricorrente ha pure chiesto di sollevare la seguente questione di compatibilità unionale: *“se, impregiudicato il fatto che l'intento restrittivo non costituisce un elemento necessario ai fini dell'accertamento di una*

restrizione della concorrenza per oggetto, la nozione in senso obiettivo di intesa “per oggetto” di cui all’articolo 101 TFUE e i concetti annessi di “contesto economico e giuridico”, di “natura dei beni o dei servizi coinvolti” e di “condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato” (Corte di giustizia, Sez. II, 19 marzo 2015, Dole c. Commissione, C286/13 P, § 117), anche alla luce del principio della libertà di impresa di cui all’art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell’unione europea, ostino ad un sistema procedurale e processuale dello Stato membro che consenta all’Autorità della concorrenza, prima, e al Giudice del ricorso, dopo, di non considerare spiegazioni alternative dei fatti specificamente riferibili a una singola impresa e, in tal modo, di sostituirsi all’operatore economico rispetto a un’analisi di redditività di una gara pubblica da questi autonomamente compiuta alla data dei fatti contestati e rispondente a criteri aziendali razionali, formalizzati in documenti di indirizzo interno di pari data e non condivisi con i propri concorrenti?”.

7.4 Con un quarto ordine di censure vengono dedotti pretesi errori di fatto idonei ad influire sulla valutazione riferita al criterio di aggiudicazione della quarta gara e, in ogni caso, alla presunta fungibilità dei macchinari offerti da Sapiro nella quarta edizione della gara.

Secondo quanto dedotto dalla ricorrente:

- non corrisponderebbe al vero affermare che *“le stesse imprese [avrebbero] confermato la fungibilità delle apparecchiature a basso valore tecnologico, di quelle in regime di c.d. rebranding, nonché di quelle non coperte da vincoli di esclusiva”*, tenuto conto che, lungi dal riconoscere la sostituibilità delle prestazioni, Sapiro avrebbe posto in evidenza la rilevanza centrale assunta dalla componente del servizio nella VTD, in aggiunta alla complessità del macchinario fornito e alla risposta, altamente soggettiva, del paziente alla combinazione dei primi due fattori; Sapiro non avrebbe neppure aderito alla tesi della “fungibilità” sostenuta nel provvedimento sanzionatorio, producendo anzi, in sede procedimentale e processuale, uno studio da cui emergevano opposte evidenze scientifiche;
- non sarebbe neppure corretto discorrere di *“assenza stessa di un mercato concorrenziale”*, tenuto conto che nella realtà del settore il mercato esisterebbe e

coinciderebbe con il singolo paziente;

- i ventilatori offerti da Sapio, applicando le medesime condizioni di fungibilità enucleate dall'AGCM e dal giudice dell'appello, non sarebbero stati, in larghissima parte, sostituibili; nell'ambito della quarta gara, avente ad oggetto esclusivamente prestazioni tecnologicamente complesse, Sapio avrebbe offerto solo macchinari connotati da elevatissimi livelli di performance, sui quali essa vantava oltretutto, nella maggior parte dei lotti, delle esclusive in senso proprio; circostanza non contestata dall'Autorità e dall'ASL Milano 1.

Per l'effetto, venendo meno il (preteso) rapporto di sostituibilità tra le prestazioni offerte, non sarebbe stato ragionevole presentare sconti sulla base d'asta.

Sarebbe pure erroneo il rilievo per cui *“inizialmente almeno due imprese (Sapio e Linde) avevano deciso di partecipare, formulando offerte leggermente inferiori alla base d'asta onde evitare esclusione dalla gara, decisione poi mutata solo a ridosso del termine di presentazione delle offerte”*: invero, lo sconto, di importo piuttosto esiguo (0,3 %), sarebbe stato esplorato solo per *“evitare [l']esclusione dalla gara”* (così testualmente l'e-mail del tempo). Per di più, l'assenza di contatti tra Sapio e le altre parti a ridosso della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, riguardanti la questione dei ribassi, avrebbe comprovato ulteriormente, almeno per quanto concerne la ricorrente, la mancanza di un coordinamento collusivo e l'autonomia di condotta.

Il giudice dell'appello ha ritenuto, infine, di svalutare la tesi difensiva secondo cui *“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”*: tuttavia, Sapio non avrebbe percorso una simile difesa, con conseguente emersione di un errore di fatto derivante dall'errata assunzione della tesi difensiva da parte del giudice precedente.

7. Respiraire s.r.l. ha depositato atto di costituzione formale, mentre le Amministrazioni intimete si sono costituite in giudizio resistendo al ricorso.

L'Autorità ha anche svolto 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 e il fatto che tale servizio sia generalmente posto in gara attraverso una procedura di competizione pubblica*”, non avendo nessuna delle imprese messo in discussione la configurabilità dello strumento di gara nel caso di specie, 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 sovrapponibilità delle offerte che rendeva l’offerta di ciascuna alternativa alle altre, tenuto conto che i produttori delle apparecchiature non forniscono 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; l’Autorità aveva a tale fine spiegato che, per distinguersi sul mercato rispetto ai concorrenti, le imprese fornitrici del servizio di ventiloterapia erano solite concludere appositi accordi di c.d. *rebranding* dei macchinari con i produttori, in base ai quali, un medesimo operatore (come ad esempio Philips) produce e consegna un medesimo macchinario a più

clienti apponendovi, oltre al proprio marchio, anche quello del singolo cliente (impresa fornitrice), pur trattandosi della stessa e medesima macchina.

La conclusione raggiunta in ordine alla sostituibilità dei servizi di ventiloterapia in esame non è stata ritenuta dalla Sezione contraddetta dal fatto che le 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 preservarne nel miglior modo possibile la salute, 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, insistenti 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 idonee ad incidere, 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 a determinare condizioni il ricorso all’affidamento diretto), senza escludere che gli stessi in un’ottica di acquisto 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, le imprese avrebbero dovuto essere incentiva 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 negoziate, 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 impedire la generale sovrapposibilità di offerta tra i diversi fornitori.

Tale circostanza non sarebbe contraddetta dai documenti depositati dalla società, riguardanti circostanze non messe in discussione dall'Autorità, quali il fatto che la prescrizione del ventilatore da utilizzare da ciascun paziente

avrebbe dovuto essere fatta da un medico o il fatto che la sostituzione del macchinario usato da un paziente avrebbe dovuto 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 materiale della documentazione in atti, non correttamente percepito nella sentenza revocanda.

In particolare, la ricorrente aveva depositato in primo grado (doc. 7 fascicolo di parte) apposito parere tecnico che attestava l'infungibilità tecnica dei dispositivi forniti da Vivisol non soltanto in relazione ai pazienti già in cura con i relativi ventilatori, ma anche in funzione delle scelte terapeutiche da assumere per il trattamento di nuovi pazienti, che ancora non utilizzavano alcun ventilatore; circostanza espressamente riportata nei documenti, erroneamente ritenuta inesistente in sentenza.

In tale parere, infatti, è riportato che *“l'adattamento del paziente al presidio non può, quindi, prescindere dalla valutazione delle interazioni dello stesso con il ventilatore e, se è vero che alcuni fattori influenzanti tali interazioni non sono modificabili perché correlati allo status di paziente (drive ventilatorio, funzione muscolare, resistenze a livello delle vie aeree, compliance polmonare), altri fattori come modalità di ventilazione, livello di supporto, triggering, tempi di ciclaggio, dipendono dal ventilatore e rappresentano le variabili dipendenti sulle quali il medico può agire, per ottenere il miglior grado di compliance e il successo del trial ventilatorio. Queste variabili tipizzano il modus operandi di un singolo apparecchio definendone il grado di performance. Attualmente il livello degli HCV è elevato, tuttavia presentano differenze strutturali che si traducono in sistemi pneumatici che lavorano diversamente (...), diverse sensibilità dei trigger e “delay time” o “PTP” (Product Time Pressure) più o meno veloci. Questi elementi possono decretare l'adattamento del paziente ad un ventilatore piuttosto che ad un altro... Inoltre, altrettanto fondamentale nella scelta del presidio da utilizzare per un paziente, è l'iter terapeutico che lo specialista intende elaborare per quel singolo paziente...”* (pagg. 7/8).

Non è, dunque, corretto ritenere che i documenti prodotti dalla parte si limitassero a sostenere che la prescrizione del ventilatore utilizzabile da ciascun paziente avrebbe dovuto essere fatta da un medico o che la sostituzione del macchinario usato da un paziente avrebbe dovuto 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 utilizzava il ventilatore, ciò giustificando il ricorso all'affidamento diretto.

La ricorrente aveva, invece, prodotto documentazione attestante 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.

La stessa ricorrente, fin dall'atto introduttivo del giudizio, aveva inoltre dedotto di avere scelto, in relazione alla gara 4 Milano, di offrire *“macchinari connotati da elevatissimi livelli di performance, peraltro distribuiti in regime di esclusiva in relazione a sei lotti sui nove a gara (segnatamente, nn. 1-5 e 7). Pertanto, era esclusa in radice la possibilità di addivenire a una situazione di “equivalenza” rispetto ai propri competitor, con conseguente irrilevanza dello sconto eventualmente offerto”* (pagg. 49/50 ricorso di primo grado; pag. 37 memoria in appello del 29.10.2019).

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 dedotto 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 il parere sub doc. 7 cit.

attestava la infungibilità anche in relazione alla 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); parimenti, non risultava corretto ritenere che le parti avessero riconosciuto la fungibilità delle apparecchiature a basso valore tecnologico, di quelle in regime di *rebranding*, nonché di quelle non coperte da vincoli di esclusiva e di forniture in esclusiva, essendo di contro le deduzioni della ricorrente fondate sull'opposta allegazione di esclusive in proprio favore.

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 e degli atti 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 dal contenuto materiale degli atti e dei documenti processuali in esame;
- ad un punto non controverso su cui la sentenza non ha motivato, non avendo contestato l'Autorità che gli atti e documenti acquisiti in primo grado non recassero le espressioni letterali sopra trascritte;
- 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 deduzioni di parte e della perizia acquisita in primo grado, avrebbe dovuto dare atto della esistenza di documenti e atti deponenti:

- per la tendenziale infungibilità tecnica dei dispositivi *de quibus* anche per i pazienti non previamente sottoposti a ventilazione meccanica; nonché
- per la rivendicazione di un'esclusiva concessa in favore dell'odierna ricorrente.

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 l'errore percettivo sull'esistenza anche di uno solo 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 in ordine alla 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 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), occorre acquisire i verbali dei rimanenti tavoli tecnici e ogni altra documentazione che attesti gli argomenti ivi discussi e le posizioni da ciascuna parte assunta al riguardo.

A tale incumbente 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), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, 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