

Pubblicato il 15/02/2022

**N. 01089/2022REG.PROV.COLL.**  
**N. 04618/2020 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 4618 del 2020, proposto da Linde Medicale S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Berruti e Luca Toffoletti, 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*

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

*per la revocazione*

della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 gennaio 2020 n. 51, resa tra le parti;

Visti il ricorso in revocazione e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2021 il Cons. Francesco De Luca e uditi per le parti gli avvocati Luca Toffoletti 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;

- 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;

- analoga carenza istruttoria affliggeva l'affermazione contenuta nel provvedimento, secondo cui i prezzi delle prime due gare sarebbero stati sostanzialmente quelli delle forniture appena cessate;

- il bando della terza gara 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 Medicaïr 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 Medicaïr, 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 Linde Medicale Srl ha chiesto la revocazione della sentenza di appello e, per l'effetto, ha domandato, *“la reiezione integrale dell'appello proposto dall'AGCM avverso la sentenza del TAR Lazio - Roma, Sez. I, 24 aprile 2018 n. 4481”*.

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. in relazione all'elemento della non profittabilità delle gare.

Secondo la prospettazione attorea, la Sezione, nel valutare tale aspetto, avrebbe, al contempo, ritenuto di prescindere dalla comparazione delle gare e valutato il paragone tra i diversi bandi quale punto centrale al fine di operare l'enucleazione di un rapporto qualità\prezzo confrontabile, indipendentemente dalla diversa configurazione del servizio; in tale modo incorrendo in contraddizione.

Il giudice a quo avrebbe, inoltre, esaminato la questione della remuneratività delle gare sulla base del confronto tra i diversi lotti e assumendolo come corretto nonostante le incontrovertibili risultanze documentali contrarie, con conseguente emersione di un errore di fatto.

In particolare, la sentenza sarebbe erronea:

- nella parte in cui è predicata la confrontabilità delle prime gare con quelle coeve di Como e Monza-Brianza, assumendosi erroneamente che i prezzi posti a base d'asta nella prima e nella seconda gara di Milano erano in linea con quelli delle gare di Como e Monza-Brianza, quando, invece, secondo quanto emergente dagli atti di causa, per 19 lotti su 22 il prezzo ponderato posto a base d'asta a Milano era più basso del corrispondente lotto della gara di Como e Monza-Brianza;
- nella parte in cui è predicata la confrontabilità dei prezzi della quarta gara a quelli della prima gara, quando, invece, sulla base di un corretto abbinamento dei lotti della prima emergerebbe che al lotto n. 25 della prima gara, cui era attribuito il prezzo di € 12, sarebbero corrisposti nella seconda gara il lotto n.1, sempre con prezzo di € 12, e nella quarta gara i lotti n. 1, con pari prezzo di € 12 e n. 3, con prezzo superiore di €20; al lotto n. 26 della prima gara, cui era attribuito il prezzo di € 15, sarebbero corrisposti nella seconda gara il lotto n. 2, con prezzo di € 27, e nella quarta gara i lotti n. 2, con prezzo di € 27 e n. 4, con prezzo superiore di € 35;
- nella parte in cui è predicata la confrontabilità dei prezzi delle gare andate deserte a quelli delle forniture uscenti, quando, invece, al lotto n. 26 della gara del 2012, in relazione a Ventilatore Volumetrico Pressovolumetrico < 16h/die,



con prezzo di €15/die, sarebbe corrisposto un prezzo delle forniture uscenti di €20,5; al lotto n. 26 della gara del 2012, in relazione a Ventilatore VolumetricoPressovolumetrico > 16h/die, con prezzo di €15/die, sarebbe corrisposto un prezzo delle forniture uscenti di €19,5; al lotto n. 25 della gara del 2012, in relazione a Ventilatore VolumetricoPressovolumetrico > 16h/die, con prezzo di €15/die sarebbe corrisposto un prezzo delle forniture uscenti di €19,5; al lotto n. 29 della gara del 2012, in relazione a Sistema meccanico di Insufflazione/Essuflazione, con prezzo di €1,5/die, sarebbe corrisposto un prezzo delle forniture uscenti di €8,5.

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

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

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 precedente 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, nei limiti di seguito indicati.

Nel trattare della profittabilità della partecipazione alle gare in contestazione, la Sezione ha rilevato che, mentre l'indagine del Tar si incentrava sulla confrontabilità delle diverse gare svoltesi, l'indagine utile ai fini del giudizio doveva concentrarsi sulla sussistenza di una plausibile ragione atta a giustificare la mancata partecipazione delle imprese coinvolte a dette specifiche gare, che l'appellata sosteneva essere la non profittabilità economica delle stesse; con la conseguenza che *“le criticità evidenziate dal T.A.R. (che in ogni caso non paiono per nulla convincenti per le ragioni di seguito illustrate), seppur astrattamente idonee ad influire sulla prova della cd. profittabilità, risultano superate dalla constatazione, già innanzi esposta, relativa al fatto che in realtà le gare dovevano ragionevolmente considerarsi profittevoli, indipendentemente da ogni confronto”*.

Posto tale principio, afferente all'irrelevanza di ogni confronto tra le gare, la Sezione ha rilevato che, alla stregua di quanto correttamente messo in risalto dall'Autorità:

- una impresa coinvolta (Linde) era chiaramente pronta a partecipare ad una gara, avendo di fatto predisposto la documentazione per partecipare, per poi recedere nell'imminenza della presentazione delle offerte;
- la scheda di redditività dell'impresa Sapio (di dimensioni modeste rispetto alle imprese coinvolte) evidenziava un non trascurabile *return of investment* in caso di partecipazione alla prima gara;
- imprese più piccole avevano fatto offerte e persino con forti sconti rispetto alla base d'asta;
- quando due concorrenti non attesi (Sico e Respiraire) si sono aggiudicati dei lotti banditi nella prima procedura, le altre imprese si sono attivate per fare annullare l'aggiudicazione, con la conseguenza che tale condotta oppositiva nei confronti dell'avvenuta aggiudicazione strideva platealmente con l'assunto alla base della spiegazione alternativa fornita dalle imprese, secondo cui le stesse non sarebbero state interessate alla gara in quanto non profittevole;
- in ogni caso, i rilievi del T.A.R. sembravano in primo luogo smentiti dal contenuto della denuncia presentata dalla stazione appaltante, alla quale erano

stati allegati i diversi bandi di gara, che l'Autorità aveva poi analizzato; inoltre, nel provvedimento impugnato, si dava conto dell'analisi svolta dall'Autorità in riferimento ai lotti "confrontabili" (anche sotto il profilo tecnico), nonché circa l'equivalenza tra le condizioni economiche delle procedure oggetto di boicottaggio collettivo e i prezzi vigenti al momento della prima gara, ai quali le imprese parti dell'intesa già fornivano la ASL Milano 1;

- pertanto, l'assenza di un'adeguata istruttoria appariva in realtà affrettata e non coglieva che il punto centrale al fine di operare il paragone tra i diversi bandi ai fini del presente giudizio atteneva all'enucleazione di un rapporto qualità/prezzo confrontabile, indipendentemente dalla diversa configurazione del servizio;

- quanto alla terza gara, non vi era dubbio che il provvedimento aveva attentamente esaminato e considerato le sue similitudini e differenze rispetto alle prime due. Tale verifica aveva permesso di accertare che questa gara si differenziava dalle precedenti solo per alcuni aspetti tecnici (alcuni lotti erano stati accorpati ai fini di mera razionalizzazione), senza alterare il rapporto qualità-prezzo rispetto alle precedenti gare. Ne conseguiva che le valutazioni di profittabilità che l'analisi condotta aveva permesso di riferire alle prime gare potevano logicamente riferirsi anche alla terza;

- un'analoga considerazione valeva in riferimento alla verifica che aveva interessato la quarta gara, in cui il confronto aveva tenuto conto degli accorpamenti avvenuti nella stessa, confermando all'esito che i parametri sui quali valutare la profittabilità della stessa erano i medesimi.

Ne deriva che la Sezione, dapprima, ha ritenuto non determinante la confrontabilità delle gare in contestazione al fine di valutarne la profittabilità, stante la necessità di valutare, "*indipendentemente da ogni confronto*", l'idoneità di ciascuna gara a fornire un ritorno economico per l'operatore partecipante; all'esito e in ogni caso, ha ritenuto che le gare fossero confrontabili e, dunque, non fosse razionalmente spiegabile la condotta delle imprese tradottasi nella mancata partecipazione alle prime tre gare.

Alla stregua di quanto statuito dalla Sezione, pretesi errori fattuali in ordine alla confrontabilità delle quattro gare per cui è causa non potrebbero ritenersi afferenti a elementi decisivi, non essendo in rapporto di causalità con la decisione assunta, comunque sorretta da un'autonoma ratio riferita alla profittabilità di ciascuna delle gare in esame, indipendentemente da ogni loro confronto.

Occorre, dunque, verificare se tale ultima valutazione possa ritenersi inficiata da errori di fatto.

Al riguardo, come osservato, la Sezione ha valorizzato molteplici circostanze fattuali, date dalla disponibilità della ricorrente a partecipare ad una delle gare in contestazione, dalla scheda di redditività dell'impresa Sapio, dalla partecipazione di imprese più piccole e dalla contestazione di detta partecipazione da parte delle altre imprese.

Seppure valorizzata nell'ambito del giudizio (svolto *“in ogni caso”* e in senso rafforzativo delle conclusioni già raggiunte) in ordine alla confrontabilità delle gare, deve ritenersi rilevante al fine di supportare il giudizio di profittabilità della singola procedura, indipendentemente da ogni confronto, anche il rilievo fattuale incentrato sulla *“equivalenza tra le condizioni economiche delle procedure oggetto di boicottaggio collettivo e i prezzi vigenti al momento della prima gara, ai quali le imprese parti dell'intesa già fornivano la ASL Milano 1”*.

Tale circostanza, infatti, non implica un confronto tra le gare in contestazione, ma assume rilevanza autonoma, operando in relazione a ciascuna delle prime due gare, singolarmente considerate, reputate profittevoli pure in ragione della valorizzazione di un prezzo congruo, corrispondente al prezzo già in essere al momento della prima gara e al quale le imprese fornivano il servizio in esame.

Nello svolgere tale rilievo, tuttavia, la Sezione sembra essere incorsa in un errore di fatto, non avendo percepito l'esistenza di un contrasto tra le parti in ordine all'effettiva sussistenza della relativa circostanza fattuale, ritenuta in sentenza meramente presupposta.

Il giudice a quo, in particolare, pure dando atto dei rilievi operati dal Tar secondo cui l'Autorità (tra l'altro) non avrebbe accertato se le condizioni di gara adottate dalla ASL Milano 1 fossero realmente in linea con quelle adottate da altre ASL in gare coeve, si è limitato a evidenziare che l'equivalenza tra le condizioni economiche delle procedure oggetto di boicottaggio collettivo e i prezzi vigenti al momento della prima gara ai quali le imprese parti dell'intesa già fornivano la ASL Milano 1 era stata dedotta nel provvedimento, senza, tuttavia, percepire che la ricorrente aveva in primo grado e in appello dettagliatamente indicato le ragioni per le quali i prezzi oggetto della gara bandita nel 2012 fossero inferiori rispetto a quelli delle forniture uscenti (dunque, da ritenere applicabili al momento dell'indizione delle nuove procedure).

In particolare, l'operatore economico aveva rilevato (pag. 17 e ss. ricorso in primo grado – pag. 21 memoria del 29.10.2019 depositata in appello) che:

- l'Autorità aveva ritenuto che i prezzi posti a base delle prime due gare in contestazione fossero in linea con i corrispettivi previsti nei contratti di fornitura in quel momento vigenti, basandosi tuttavia sul doc. 835 del fascicolo istruttorio, ossia su una tabella redatta da ASL Milano 1 al fine di fornire all'Autorità un riepilogo dei prezzi delle forniture;
- tale tabella conteneva abbinamenti erronei, la cui correzione avrebbe condotto ad un unico risultato, ossia l'infondatezza dell'accusa dell'Autorità, in quanto i prezzi richiesti da ASL Milano 1 nella prima gara per tutti i lotti erano molto più bassi di quelli applicati nelle forniture uscenti;
- in particolare, il lotto In ExSufflator del 2010 risultava univocamente corrispondente al lotto 29 del 2012; i 4 lotti "Bilevel Temporizzato", per i quali nel 2010 Linde aveva offerto il ventilatore Garbin, che non era un ventilatore ad Alte Prestazioni, non potevano oggettivamente essere abbinati ai lotti 27-28 della prima gara, che richiedevano proprio un "Ventilatore ad Alte Prestazioni"; con la conseguenza che il corretto abbinamento avrebbe dovuto essere in relazione ai lotti 25-26, che avevano ad oggetto un

“Ventilatore Volumetrico-Pressovolumetrico”, nella cui categoria rientrava il Garbin;

- i corretti abbinamenti, come emergenti da apposita tabella sinottica predisposta dalla ricorrente (pag. 18 ricorso di primo grado), avrebbero valorizzato una riduzione dei prezzi alla base delle procedure di gara del 2012 rispetto a quelle affidate nel 2010.

La Sezione, nonostante l'esistenza di tali specifiche deduzioni, ha assunto come presupposta l'equivalenza dei prezzi delle procedure oggetto di boicottaggio collettivo e dei prezzi vigenti al momento della prima gara, limitandosi a rinviare al provvedimento impugnato in primo grado, senza dare atto del contrasto esistente tra le parti e senza indicare le fonti del proprio convincimento; il che è compatibile soltanto con una supposta natura pacifica del relativo elemento fattuale, meramente richiamato e posto a base del *decisum* senza ulteriori considerazioni proprio perché ritenuto non contestato in atti.

Né potrebbe diversamente argomentarsi evidenziando che la sentenza revocanda reca un riferimento al “*contenuto della denuncia presentata dalla stazione appaltante, alla quale sono stati allegati i diversi bandi di gara, che l'Autorità ha poi analizzato*”, in quanto tale rilievo pare riferibile ai bandi delle gare in contestazione, afferenti alla confrontabilità delle relative procedure, ma non anche alla verifica di equivalenza tra prezzi a base di gara e i prezzi delle forniture affidate rilevante ai fini dell'accoglimento della revocazione.

Del resto, tale equivalenza sembra essere stata predicata nel provvedimento sulla base della sola tabella di comparazione predisposta dall'Asl Roma 1.

L'Autorità, infatti, ha rilevato che “*la stazione appaltante ha depositato documentazione dalla quale emerge che i prezzi posti a base d'asta erano in linea con quelli vigenti*” (par. 86 provvedimento; cfr. anche par. 361), richiamando in nota (nn. 45 – cfr. anche nota 305) il doc. 835 (prodotto sub 10 deposito primo grado), recante meri prospetti riepilogativi (e non i bandi riferiti alle precedenti gare indette dall'Amministrazione); il che conferma come il rinvio ai bandi allegati



alla denuncia dell'Autorità, valorizzato dalla Sezione, si riferisse ai bandi delle quattro procedure oggetto dell'accertamento antitrust, in relazione alle quali si sarebbe svolta la concertazione tra le parti, ma non ai bandi introduttivi delle procedure del 2010, all'esito delle quali risultavano affidate le forniture ancora in essere.

14 L'errore in ordine alla natura pacifica di una circostanza rilevante ai fini della decisione, posta a base della valutazione di profittabilità delle gare *de quibus*, è idonea ad integrare gli elementi dell'errore revocatorio di cui all'art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c., tenuto conto che afferisce:

- all'esistenza di un fatto (natura pacifica di una circostanza fattuale alla base della decisione) invece incontestabilmente escluso dagli atti di causa (stante la contestazione all'uopo opposta dalla parte privata);
- ad un punto non controverso, non avendo l'Autorità dedotto che l'equivalenza dei prezzi delle procedure oggetto di boicottaggio collettivo e dei prezzi vigenti al momento della prima gara era pacifica tra le parti;
- 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 le contestazioni svolte dalla parte privata, non avrebbe potuto dare come presupposta l'equivalenza dei prezzi delle procedure oggetto di boicottaggio collettivo e dei prezzi vigenti al momento della prima gara, bensì avrebbe dovuto verificare la relativa circostanza, senza potere, peraltro, ritenere sufficiente il riferimento alla mera rappresentazione dell'Autorità denunciante (doc. 10 produzione Autorità in primo grado) in assenza dei relativi elementi documentali di supporto probatorio.

Tale errore di percezione ha influenzato il giudizio espresso con la sentenza revocanda in ordine alla profittabilità delle gare, sulla cui base pure la Sezione

ha definito la controversia.

Al riguardo, non potrebbe neppure escludersi la decisività dell'errore, evidenziando come invero le contestazioni della parte privata fossero limitate alle sole prime due gare, senza interessare la terza gara.

Il giudice di appello ha infatti riconosciuto che *“le valutazioni di profittabilità che l'analisi condotta ha permesso di riferire alle prime gare possono logicamente riferirsi anche alla terza”*, con la conseguenza che, stante la correlazione tra le procedure operata nella sentenza revocanda, l'esistenza di un errore di fatto su una circostanza rilevante per stabilire la profittabilità delle prime due gare non poteva che ripercuotersi sull'analogo giudizio riguardante la terza gara.

Non potrebbe neppure escludersi la decisività dell'errore, evidenziando che il giudice a quo aveva comunque addotto a fondamento della profittabilità delle gare 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 relativa correlazione reciproca, 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 profittabilità delle gare, costituente un elemento del giudizio che risultava rilevante per valutare le spiegazioni alternative alla concertazione contestata dal provvedimento e che, dunque, deve ritenersi decisivo per pervenire all'accoglimento dell'appello dell'Autorità.

15. 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.

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 tavoli tecnici *de quibus* e ogni altra documentazione che attesti gli argomenti ivi discussi e le posizioni al riguardo assunte da ciascuna parte intervenuta.

L'Autorità vorrà, altresì, presentare una relazione di chiarimenti in ordine agli elementi sulla cui base ha ritenuto che "*la stazione appaltante ha depositato documentazione dalla quale emerge che i prezzi posti a base d'asta erano in linea con quelli*

*vigenti?* (par. 86 provvedimento; cfr. anche par. 361), specificando se la documentazione a tali fini valutata sia rappresentata soltanto dal doc. 835 (prodotto sub 12 deposito primo grado) citato nelle note 45 e 305 recate nel provvedimento impugnato in prime cure ovvero se vi siano altri documenti rilevanti acquisiti in sede procedimentale, all'uopo da depositare nell'odierno giudizio.

A tali incumbenti istruttori l'Autorità provvederà entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza non definitiva.

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

P.Q.M.

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

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

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

Sergio De Felice, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere, Estensore

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Francesco De Luca**

**IL PRESIDENTE**  
**Sergio De Felice**

**IL SEGRETARIO**