

Pubblicato il 15/02/2022

N. 01090/2022REG.PROV.COLL.
N. 02923/2020 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 2923 del 2020, proposto da Medicaïr Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Fiorenzano, Claudio Mauriello, Paolo Mauriello e Emiliano Marchisio, 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 - ATS della Città Metropolitana di Milano, non costituiti in giudizio;

per la revocazione

della sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI n. 08589/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in revocazione e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2021 il Cons. Francesco De Luca e uditi per le parti gli avvocati Emiliano Marchisio, Paolo Mauriello 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 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, 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;
- il provvedimento aveva errato nell'individuare il benchmark di prezzo nell'importo utilizzato nelle gare precedenti;
- in disparte il dato per cui il decorso del tempo, pari ad un triennio dalla precedente gara, avrebbe dovuto imporre una più approfondita e analitica valutazione delle singole voci di costo, dalla lettura dell'atto emergeva come il provvedimento avesse, in più punti, desunto l'adeguatezza dei prezzi da affermazioni della sola stazione appaltante (parr. 73, 74 e 86) e come la comparazione degli stessi, finalizzata all'emersione della loro oggettiva appetibilità, fosse stata fatta solo con gare aventi prezzi simili, senza considerare i valori contemplati in altri bandi coevi relativi alla medesima area geografica;
- l'Autorità aveva erroneamente valutato l'incidenza dell'accordo quadro, tenuto conto che le argomentazioni spese sul punto dall'Autorità risultavano completamente irrilevanti con riferimento alla gara milanese, nella quale, fin

dalla prima gara, in ordine alla predisposizione e alle condizioni della quale il provvedimento non individuava alcuna condotta collusiva riconducibile alle parti, l'amministrazione aveva scelto, in piena autonomia, la tipologia negoziale dell'accordo quadro, in ciò dimostrando di ritenerla rispondente, nel caso concreto, all'interesse pubblico;

- la stessa Respiraire non aveva contestato, né in sede procedimentale né in sede giudiziaria, l'esistenza di diritto di esclusiva di Medicaïr in Italia sui prodotti a marchio Breas, ciò che offriva più di un indice in ordine all'effettiva esistenza del diritto medesimo e che riconduceva la condotta della ricorrente ad una mera e legittima attività di tutela dei propri interessi economici;

- le prove riferite attività di monitoraggio della società Respiraire riguardavano iniziative assolutamente unilaterali, la cui riconducibilità ad una comune politica anticompetitiva non risultava in alcun modo provata;

- con riferimento all'erronea lettura in chiave collusiva dei mancati ribassi nel corso della quarta gara (di cui alla censura 2.4), pareva condivisibile la ricostruzione della ricorrente, secondo cui la struttura di gara prevedeva che i ribassi fossero presentati in un momento successivo a quello della presentazione delle offerte e in una seduta pubblica, circostanza, quest'ultima, che, eliminando l'incertezza in ordine al comportamento degli altri partecipanti alla procedura, disincentivava la proposizione di riduzioni dei prezzi già proposti;

- 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;

- risultava fondata anche l'argomentazione attorea con la quale era stata contestata la ritenuta piena fungibilità dei macchinari di ventiloterapia;

- lo scambio di mail del 10 dicembre 2013 tra Medicaïr, Vivisol, Sapio, Medigas, Vitalaire e Linde doveva ritenersi caratterizzato da un contenuto

- rieepilogativo di quanto convenuto al tavolo tecnico del 17 ottobre 2013, promosso dalla stazione appaltante;
- 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 assolutamente 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 (in relazione alle attività di monitoraggio sul conto Respiraire, alla dichiarazione circa l'impossibilità di giustificare la presentazione delle offerte per le prime tre gare in ragione delle condizioni economiche ivi previste più basse rispetto a bandi omogenei e coevi, nonché alle relazioni 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;
 - la ricostruzione fattuale e logica posta a base del provvedimento - secondo cui la coincidenza degli esiti di determinate gare sarebbe dipesa dalla concertazione di due tra le imprese presenti nel settore di riferimento- non era l'unica plausibile;
 - l'assenza di prove documentali dirette, la presenza di più d'una affermazione apodittica, la ritenuta neutralità di un comportamento identico tenuto da altri concorrenti, il ricorso allo strumento della presunzione pur in assenza della gravità degli indizi, le numerose carenze rilevate in punto di completezza dell'analisi economica, comportavano, in sintesi, che la ricostruzione proposta nel provvedimento impugnato non appariva l'unica plausibile, con la conseguente inconfigurabilità della fattispecie anticoncorrenziale contestata

con l'impugnato provvedimento, neppure sotto il profilo della pratica concordata.

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

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

6. La società Medicair Italia s.r.l. ha chiesto la revocazione della sentenza di appello e, per l'effetto, ha domandato, *“esaurito il giudizio rescindente e passati alla fase rescissoria: - di rigettare interamente l'appello proposto da AGCM avverso la sentenza di primo grado, confermandola per intero”*.

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

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

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

Secondo la prospettazione attorea, il giudice di appello:

- avrebbe errato nel ritenere inesistente l'attestazione di conformità sul documento (recante la sentenza di primo grado) trasmesso a mezzo PEC, notificato all'Autorità ai fini della decorrenza del termine breve di

impugnazione; facendosi questione di una notificazione ritualmente eseguita, diversamente da quanto statuito dal giudice di appello, il termine di decadenza da rispettare per la proposizione dell'appello non avrebbe potuto essere quello di tre mesi dalla pubblicazione della sentenza gravata, ma di trenta giorni dalla sua notificazione; per l'effetto, non avendo l'Autorità rispettato il termine breve di proposizione dell'appello, l'impugnazione così proposta avrebbe dovuto essere ritenuta tardiva e, come tale, il ricorso in appello avrebbe dovuto essere dichiarato irricevibile;

- avrebbe errato nel riscontrare, in relazione alla peculiare posizione della società ricorrente, la remuneratività delle prime tre procedure di gara, indette da o per contro l'Asl Milano 1, non potendosi confondere l'interesse alla gara con la remuneratività derivante dall'affidamento della pubblica commessa; in particolare, nella sentenza (così come in tutti gli atti di causa e, soprattutto, nel Provvedimento dell'AGCM) non vi sarebbe stato alcun documento (interno alla Società, così come di qualsivoglia altra provenienza) idoneo a dimostrare che Medicair avrebbe potuto conseguire un utile di esercizio dalla eventuale partecipazione alle gare in questione; sussisterebbe in atti, di contro, la prova che la struttura dei costi di Medicair Italia era differente, e decisamente più onerosa, rispetto a quella di tutti i suoi concorrenti, emergendo per l'estrema cura nella predisposizione di servizi di assistenza ai clienti finali; non sarebbero, invece, invocabili a carico della ricorrente elementi probatori aventi ad oggetto un "fatto" totalmente diverso, dato dalla struttura dei costi propria di altre imprese concorrenti operanti nel medesimo mercato;

- nella definizione del benchmark in relazione ai corrispettivi previsti nei contratti di fornitura in quel momento vigenti, non avrebbe minimamente tenuto conto delle variate condizioni di mercato rispetto alla precedente gara (costo del carburante, dei pedaggi, delle assicurazioni e del mantenimento delle licenze per la relativa autorizzazione etc.); peraltro, lo stesso provvedimento riconosceva che l'aumento dei prezzi nella quarta gara non avrebbe riguardato tutti i lotti, in ciò contraddicendo l'affermazione secondo

cui la mancata partecipazione alle prime tre gare sarebbe stata funzionale all'aumento dei prezzi;

- avrebbe erroneamente ritenuto che in quarta gara fossero stati accettati i prezzi della terza, facendosi questione di circostanza negata dalla Tab. 2 del Provvedimento (§§ 88 e 356);

- avrebbe erroneamente riscontrato supposte – e mai intervenute – ritorsioni operate dai player del settore nei confronti di Respiraire, quando, invece, Medicaïr Italia avrebbe semplicemente fatto valere un proprio diritto di esclusiva; lo stesso Collegio avrebbe, del resto, sostanzialmente ammesso plausibile e veritiero che Respiraire avesse rinunciato ai lotti che si era aggiudicata sulla base di una legittima iniziativa di Medicaïr, che si era limitata a far valere il diritto di esclusiva in parola;

- si sarebbe limitato acriticamente a ritenere applicabili anche a Medicaïr Italia fatti affermati (ma non provati) ai §§ 79 e 80 del Provvedimento AGCM limitatamente alle sole Vitalaire e SICO; del resto, il documento istruttorio n. 281 nel Procedimento innanzi l'AGCM, richiamato dall'Autorità per fondare l'argomento della ritorsione a carico di Medicaïr Italia, sarebbe stato dalla medesima Autorità correttamente riferito alla sola Vitalaire nel § 79 del Provvedimento;

- al fine di riscontrare una condotta di boicottaggio, avrebbe valorizzato elementi probatori riferibili alle condotte poste in essere da altri operatori del settore; in particolare, il riferimento alla condotta della società concorrente, Linde, non avrebbe potuto essere invocato nei confronti del ricorrente; il giudice a quo avrebbe pure richiamato uno studio della Sapio attestante la possibilità di trarre dalla prima gara un margine di profitto tra il 15% e il 20% dell'investimento, inidoneo a provare l'asserita profittabilità della medesima gara per Medicaïr;

- avrebbe errato nel valorizzare gli unici due documenti in atti riconducibili a Medicaïr Italia, rappresentati da una e-mail di cui al punto 6.1 della sentenza e da una lettera di cui al successivo punto 6.2; la mail, al contrario di quanto

ritenuto dal giudice *a quo*, sarebbe stata un mero riassunto di quanto già in precedenza emerso nei precedenti incontri tra l'Amministrazione e gli operatori del settore, nella trasparenza del confronto tra la stazione appaltante e gli operatori da questa convocati per confrontarsi sulle condizioni dei mercati interessati dalla (all'epoca futura) gara; la lettera avrebbe presentato un contenuto semplicemente contraddistinto da un intento collaborativo con l'Amministrazione.

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

8. La ricorrente ha replicato alle avverse deduzioni.

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 precedente 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. In primo luogo, non risultano meritevoli di favorevole apprezzamento le censure relative all'attestazione di conformità del documento (recante la sentenza impugnata) inviato tramite PEC all'Autorità presso l'Avvocatura Generale dello Stato (motivi di revocazione sub 3 e 4 del ricorso).

12.1 Secondo la prospettazione attorea, tale attestazione di conformità risultava presente nella relazione di notifica ai sensi dell'art. 3 bis L. n. 53 del 1994, che includeva la seguente indicazione: *“l'allegato file Copia conforme sentenza n. 4482-2018 TAR Lazio (“Copia conforme sentenza n. 4482-2018 TAR Lazio”) è un duplicato informatico ex art. 23bis comma I D.Lgs. 82/2005 (CAD)”*.

Pertanto, il giudice a quo avrebbe definito la controversia giudicando sulla base dell'inesistenza di un fatto (dato dall'attestazione di conformità) invece incontrovertibilmente risultante dagli atti di causa: tale errore percettivo, emergente con immediatezza e di semplice rilevabilità, avrebbe, inoltre, riguardato un punto non controverso e decisivo ai fini della decisione da revocare.

Peraltro, la possibilità di asseverazione sul medesimo file o in distinto documento sottoscritto con firma digitale risultava prevista dallo stesso Segretariato della Giustizia Amministrativa; il che nella specie risultava puntualmente avvenuto, in quanto la ricorrente aveva provveduto a riportare la prescritta asseverazione in calce alla relazione di notificazione della sentenza di primo grado.

Parimenti, la giurisprudenza richiamata nella sentenza revocanda sarebbe inconferente, in quanto riferita ad ipotesi in cui sia assente l'attestazione di conformità, a conferma di come il Collegio avesse considerato mancante un'attestazione di conformità indubitabilmente presente.

Il giudice a quo, in definitiva, se avesse correttamente percepito la realtà processuale, data dalla presenza dell'attestazione di conformità, avrebbe ritenuto decorso il termine breve di notificazione dell'appello, con conseguente rilievo dell'irricevibilità e/o inammissibilità dei motivi di impugnazione proposti dall'Autorità.

12.2 Le censure sono inammissibili.

12.3 Il giudice *a quo*, nel definire la controversia di appello, ha disatteso l'eccezione preliminare sollevata dalla società appellata, secondo cui il ricorso in appello notificato in data 24 luglio 2018 sarebbe stato tardivo.

Secondo quanto rilevato dalla Sezione, la notificazione a mezzo PEC della sentenza di primo grado, nelle modalità con le quali era stata effettuata nel caso di specie, non rispondeva al modello legale applicabile e, tenuto conto delle contestazioni dell'Autorità appellante – secondo cui la sentenza notificata “*è in formato non nativo digitale e manca della firma digitale del Presidente*” - doveva ritenersi non idonea allo scopo.

Difatti, il documento inviato tramite PEC ai fini della notifica – asseritamente contenente la sentenza impugnata – sembrava essere la scansione del documento cartaceo rilasciato dalla segreteria (munito di attestazione di conformità all'originale della sentenza), che richiedeva un'apposita attestazione da parte del difensore circa la sua conformità al documento cartaceo (e cioè alla copia cartacea rilasciata dalla segreteria, da cui sembrava fosse stato ricavato il file inviato tramite PEC).

12.4 Il presupposto fattuale alla base della sentenza revocanda è, dunque, rappresentato dall'assenza di un'attestazione del difensore in ordine alla conformità del documento notificato a mezzo PEC al documento cartaceo (copia della sentenza rilasciata dalla segreteria, munita di attestazione di conformità all'originale) da cui il primo risultava ricavato.

La parte ricorrente, al fine di segnalare l'errore di fatto in cui sarebbe incorso il giudice a quo, valorizza un'attestazione riportata in calce alla relazione di notifica ai sensi dell'art. 3 bis L. n. 53/94 che, tuttavia, non corrisponde all'attestazione di conformità ritenuta assente dalla sentenza revocanda.

Difatti, la dichiarazione valorizzata dal difensore non configura un'attestazione di conformità di un documento informatico al documento analogico da cui il primo è tratto, ma reca un mero chiarimento in ordine alla natura dell'atto notificato.

In particolare, il difensore, in sede di relazione di notifica, dapprima, ha dichiarato di notificare “*unitamente alla presente relazione, firmata digitalmente, copia conforme della sentenza n. 4482-2018 del Tar Lazio*”; successivamente, attraverso un asterisco apposto sopra la parola “*Lazio*”, ha specificato la natura del

documento trasmesso a mezzo PEC, rilevando che *“l'allegato file Copia conforme sentenza n. 4482-2018 TAR Lazio (“Copia conforme sentenza n. 4482-2018 TAR Lazio”) è un duplicato informatico ex art. 23 bis, comma I D. Lgs. 82/2005 (CAD)”*.

Con tale dichiarazione, pertanto, il difensore si è limitato a specificare che il documento notificato unitamente alla relazione di notifica costituiva un duplicato informatico, ma non ha attestato che il documento trasmesso a mezzo PEC risultava conforme alla copia analogica da cui risultava estratto.

Il che è confermato dallo stesso riferimento normativo operato nell'ambito della relazione di notifica, avente ad oggetto l'art. 23 bis, comma 1, D. Lgs. n. 82/2005, riguardante, per l'appunto, i duplicati informatici.

L'attestazione ritenuta mancante dal giudice a quo concerneva, invece, anziché la specifica della natura di duplicato informatico del documento notificato a mezzo PEC, la conformità della copia informatica all'originale analogico da cui la prima risultava tratta: il giudice a quo ha, infatti, rilevato che *“il documento inviato tramite PEC ai fini della notifica – asseritamente contenente la sentenza impugnata – parrebbe essere la scansione del documento cartaceo rilasciato dalla segreteria (munito di attestazione di conformità all'originale della sentenza), che richiedeva un'apposita attestazione da parte del difensore circa la sua conformità al documento cartaceo (e cioè alla copia cartacea rilasciata dalla segreteria, da cui pare sia stata ricavato il file inviato tramite PEC)”*.

Pertanto, il giudice di appello, in accoglimento di una contestazione sollevata dall'appellante, secondo cui la sentenza notificata (tra l'altro) era *“in formato non nativo digitale”*, ha ritenuto che nella specie si facesse questione, anziché di duplicato informatico (come riportato nella relazione di notifica), di una copia informatica di un documento analogico, rilasciato in formato cartaceo dalla segreteria munito di attestazione di conformità all'originale resa (anziché dal difensore) dalla stessa segreteria.

Per l'effetto, il Collegio ha ritenuto - con valutazione giuridica insuscettibile di essere denunciata in sede revocatoria, afferendo, anziché alla percezione del materiale processuale in atti, alla ricostruzione del quadro normativo di

riferimento in materia di notificazione a mezzo PEC, con conseguente emersione di un'attività di giudizio non rilevante ex art. 395 c.p.c. - che nella specie fosse necessaria, ai fini della validità della notificazione, un'attestazione di conformità del documento informatico trasmesso via PEC al documento analogico da cui il primo risultava tratto.

Come osservato, una tale attestazione effettivamente non è rinvenibile in atti, non potendo utilmente essere invocata la dichiarazione valorizzata dal ricorrente, la quale, anziché attestare la conformità del documento informatico al documento analogico, precisava che il documento trasmesso a mezzo PEC costituiva un duplicato informatico.

Non sussistendo l'errore percettivo dedotto dal ricorrente e non potendo censurarsi in sede revocatoria *errores in iudicando* o *in procedendo* – in ipotesi, relativi alla ritenuta necessità di un'attestazione di conformità del documento inviato a mezzo PEC al documento analogico ai fini della valida notificazione di un atto processuale (nella specie, la sentenza di prime cure) –, i motivi di revocazione svolti ai paragrafi 3 e 4 del ricorso devono ritenersi inammissibili.

13. Meritano, invece, accoglimento le assorbenti censure articolate al paragrafo 5 del ricorso per revocazione - riferite alla valutazione di remuneratività delle prime tre gare bandite da o per conto dell'Asl Milano 1 - nella parte in cui si deduce l'omessa percezione di documentazione decisiva risultante dagli atti di causa, concernente la peculiare struttura dei costi propria dell'organizzazione d'impresa dell'odierna ricorrente, ritenuta inesistente dal giudice di appello.

13.1 Al riguardo, secondo quanto emergente dalla sentenza revocanda, il giudice di appello ha ritenuto che le prime tre gare bandite da o per conto dell'Asl Milano 1 fossero profittabili per tutte le imprese coinvolte nel procedimento antitrust, ivi compresa l'odierna ricorrente, tenuto conto che:

- a sostegno della non profittabilità delle gare *de quibus*, le imprese avevano, tra l'altro, prodotto appositi studi, i quali erano stati considerati dall'Autorità non

attendibili in ragione del fatto che, oltre che predisposti a posteriori, si basavano su ipotesi discrezionali per nulla scontate;

- al riguardo, la giurisprudenza aveva precisato che i documenti elaborati dopo i fatti contestati non potessero in ogni caso paragonarsi in termini di forza probatoria ai documenti coevi agli eventi in questione;

- in applicazione di tale criterio, i documenti coevi allo svolgimento delle gare ed acquisiti dall'Autorità nel corso dell'istruttoria dimostravano l'esatto contrario di quanto affermato dalle imprese.

In particolare, il giudice di appello ha valorizzato le seguenti circostanze:

- uno studio condotto da una delle imprese (Sapio), che sottolineava l'idoneità della prima procedura ad assicurare un *return of investment* del tutto positivo tra il 15% e il 20%;

- la documentazione acquisita presso Linde, che dava altresì conto del fatto che in relazione alla terza gara gli uffici interni di almeno una delle imprese avevano sicuramente deciso di partecipare e percorso buona parte dell'attività di preparazione dell'offerta e si erano bloccati solo all'ultimo momento;

- la presentazione da parte delle medesime imprese, in epoca coeva a quella delle gare bandite dalla ASL Milano 1, di offerte in gare bandite da altre ASL Lombarde, che in base all'ampia istruttoria condotta in sede procedimentale erano risultate del tutto analoghe. Tale conclusione, seppur prospettata dalla stessa stazione appaltante, era stata, in ogni caso, oggetto di ampio esame da parte dell'Autorità, che, sulla base della documentazione che la ASL le aveva trasmesso, aveva puntualmente confrontato tra loro i lotti concretamente comparabili delle gare per tipologia e durata della fornitura, confermando l'ipotesi di cui alla denuncia dell'ASL;

- la presentazione ad opera di tutte le imprese (parti dell'intesa) di offerte, pari alla base d'asta, in relazione a tutti i lotti messi a gara nella quarta procedura, alcuni dei quali connotati da una base d'asta corrispondente a quella delle tre procedure precedenti procedure per le quali le medesime imprese avevano rifiutato di fare offerte o fatto offerte volutamente inammissibili;

- la ragionevolezza dell'argomentazione logica dell'Autorità, secondo cui sarebbe stato arduo sostenere la non remuneratività dei lotti per i quali due operatori più piccoli, come Sico e Respiraire, avevano fatto regolari offerte, persino con forti sconti rispetto alla base d'asta;
- l'irrelevanza delle circostanze valorizzate dal T.A.R., relative al fatto che le offerte di Sico riguardavano i lotti in cui era prevista la vendita e non il noleggio degli apparecchi e che i lotti per i quali ha partecipato Respiraire erano quelli relativi ad apparecchiature a basso valore tecnologico (più confacenti alla politica del soggetto economico che deve entrare in un nuovo mercato); tali circostanze non risultavano idonee di per sé a giustificare razionalmente la tesi delle imprese coinvolte facente leva sulla non profittabilità della gara, costituente l'unica prospettiva di cui tenere conto ai fini della valutazione in esame.

13.2 Dall'ordito complessivo della motivazione alla base del giudizio di non profittabilità delle prime tre gare bandite dall'Asl Milano 1 emerge che il presupposto fondante la pronuncia revocanda è dato: a) dalla minore rilevanza probatoria della documentazione prodotta dalle parti e non acquisita dall'Autorità in sede amministrativa, in quanto non solo di elaborazione successiva ai fatti di causa, ma pure incentrata su stime discrezionali; nonché b) dalla decisività dei documenti coevi ai fatti di causa acquisiti in sede procedimentale.

Difatti, come osservato, la Sezione, nello statuire sulla documentazione in atti, da un lato, ha rilevato che *“le imprese hanno, tra l'altro, prodotto appositi studi, i quali sono stati considerati dall'Autorità non attendibili in ragione del fatto che, oltre che predisposti a posteriori, si basavano su ipotesi discrezionali per nulla scontate”*; dall'altro, ha ritenuto che *“i documenti coevi allo svolgimento delle gare ed acquisiti dall'Autorità nel corso dell'istruttoria dimostrano l'esatto contrario di quanto affermato dalle imprese”*.

Nell'definizione della controversia la Sezione ha pure applicato il principio per cui *“i documenti elaborati dopo i fatti contestati non possono in ogni caso paragonarsi in termini di forza probatoria, ai documenti coevi agli eventi in questione”*

13.3 Ne deriva che il giudice *a quo* sembra avere distinto la documentazione acquisita in giudizio in due categorie:

- i documenti (analoghi per tutte le imprese) prodotti su iniziativa delle parti private (nella sentenza non si discorre della peculiare attività istruttoria dell'odierna ricorrente, ma della produzione documentale delle “*imprese*”, a dimostrazione di come il giudice *a quo* abbia percepito soltanto l'esistenza di documenti indifferentemente riferibili agli operatori economici), connotati, alla stregua di quanto ritenuto dall'Autorità (con valutazione, quindi, condivisa in giudizio) da una minore forza probatoria, in quanto di formazione successiva e non riguardanti dati oggettivi; nonché
- i documenti acquisiti in sede procedimentale dall'Autorità, coevi ai fatti di causa, ascritti (anche in tale caso) indifferentemente a tutte le imprese coinvolte nel procedimento antitrust, deponenti per la profittabilità delle gare *de quibus*.

Così statuendo, tuttavia, la Sezione sembra avere escluso l'esistenza di un'ulteriore categoria di documenti, avente ad oggetto la documentazione riguardante (anziché indifferentemente tutte le imprese) la peculiare posizione della ricorrente, non incentrata su stime discrezionali, né elaborata *ex post* in funzione di una difesa in sede procedimentale o in giudizio (profilo pure valorizzato al par. 358 del provvedimento, in cui si discorre di documentazione predisposta “*esclusivamente ai fini di difesa in questa sede*”), ma fondata su dati oggettivi, proveniente da soggetti qualificati e indifferenti alle parti; il cui omesso esame ha influito sulla decisione finale.

13.4 A tale ultima categoria di documenti deve ricondursi il doc. 22 prodotto dalla ricorrente in prime cure, riguardante il costo mensile del *Customer Care Medicaid*.

Come dedotto nel ricorso per revocazione, la Medicaid Italia S.r.l., fin dal primo grado di giudizio, aveva evidenziato le peculiarità della propria struttura organizzativa, suscettibili di tradursi anche nella valorizzazione di costi

ulteriori e differenti rispetto a quelli riferibili indistintamente agli altri concorrenti.

Alle pagg. 24/25 del ricorso di primo grado era stato, in particolare, precisato che *“le società del gruppo Medicaïr si differenziano da tutte le altre in quanto dispongono di un Customer Service “interno” all’Azienda, centralizzato e coordinato a livello nazionale presso la sede operativa di Origgio (VA). Si tratta di un moderno Centro Servizi, composto da oltre 120 operatori professionisti dedicati all’assistenza delle utenze e alla logistica annessa ai servizi offerti, tutti dipendenti diretti. Al fine di attestare quanto sopra riportato, si allega copia dell’organigramma delle 3 società Medicaïr (DOC. 21). Inoltre, si specifica il costo mensile sostenuto dalle 3 società per il personale interno relativo al Customer Care (DOC. 22): costo mensile Medicaïr Italia: € 118.514,95 costo mensile Medicaïr Centro: € 24.413,57 costo mensile Medicaïr Sud: € 48.145,15”*.

Il documento 22 riportava il costo mensile per l’attività di *customer service*, come comprovato da documentazione di provenienza dell’INAIL, riguardante il personale a tali fini impiegato presso la società Medicaïr Italia Srl.

Sebbene tale documentazione fosse stata elaborata ad ottobre 2016, essa riguardava pure il personale assunto in data anteriore o coeva ai fatti di causa (come emergente dai dati riguardanti la *“data assunzione”*), con la conseguente sua riferibilità, altresì, al personale già alle dipendenze della ricorrente all’epoca di svolgimento delle gare *de quibus*.

Tale documento valorizzava consistenti costi di commessa, propri della struttura organizzativa della ricorrente, pure rilevanti per verificare la profittabilità delle gare per cui è controversia, con particolare riferimento alla possibilità di trarre un apprezzabile margine di profitto dall’esecuzione della commessa in affidamento (valutabile tenendo conto, altresì, dei costi suscettibili di essere sostenuti in fase esecutiva dal singolo operatore affidatario).

13.5 Tale documento non risulta richiamato nella sentenza revocanda.

Sebbene la mancata valorizzazione di un documento presente in atti non possa dare luogo, di per sé, ad un errore revocatorio, tenuto conto che, come

supra osservato, il mancato richiamo di taluno dei documenti prodotti dalle parti implica (anziché una svista percettiva) un giudizio (implicito) di sua irrilevanza ai fini del decidere – con conseguente emersione, al più, di un errore di giudizio (sulla idoneità del materiale probatorio a dimostrare i fatti componenti il *thema decidendum*) non denunciabile in sede revocatoria – nel caso in esame, alla stregua di una lettura complessiva della motivazione giudiziale, sembra si sia in presenza di un errore, anziché sulla rilevanza, sulla stessa esistenza del documento n. 22 cit.

La Sezione, come osservato, non soltanto non ha menzionato l'esistenza di documentazione riferibile, anziché a tutte le imprese, alla sola ricorrente - in particolare, alla sua peculiare struttura dei costi di impresa -, ma si è limitata a richiamare due categorie di documenti, date dalla produzione attorea, ritenuta (dall'Autorità e dal giudice a quo che ne ha condiviso le valutazioni) di minore rilevanza probatoria perché di elaborazione successiva ai fatti di causa e incentrata su stime discrezionali, nonché dalla documentazione coeva allo svolgimento delle gare e acquisita presso l'Autorità, di maggiore rilevanza ai fini della ricostruzione dei fatti di causa.

Così statuendo, pare che la Sezione abbia escluso l'esistenza di un'ulteriore categoria di documentazione probatoria - cui è riconducibile il doc. 22 cit. incontestabilmente acquisito agli atti - riferita (anziché a tutte le imprese indifferentemente) alla sola ricorrente, riguardante (anziché stime discrezionali) dati oggettivi attestati da soggetti pubblici (INAIL) indifferenti alle parti (e, dunque, di certa attendibilità), di elaborazione successiva ai fatti di causa ma non predisposta in funzione del giudizio, afferendo alla gestione dei rapporti di lavoro costituiti con la società ricorrente.

In definitiva, alla stregua della complessiva motivazione adottata dalla Sezione a fondamento del giudizio di non profittabilità, sembrano emergere statuizioni incompatibili con la ravvisata esistenza del doc. 22 cit.; il che configura l'errore di fatto fondatamente contestato dalla ricorrente, non essendosi avvenuto il giudice a quo dell'esistenza di documentazione

incontestabilmente presente agli atti, riguardante la sola Medicair Italia Srl, riferita alla struttura dei costi della relativa impresa, idonea a differenziare la società dalle altre imprese ai fini della formulazione del giudizio di profittabilità delle gare in contestazione.

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

- anziché alla rilevanza, all'esistenza di documentazione incontestabilmente acquisita al giudizio, con conseguente negazione di un fatto processuale (esistenza agli atti di un documento riferibile alla posizione peculiare della ricorrente, non incentrato su stime discrezionali, né elaborato in funzione del giudizio, ma concernente dati occupazionali di natura oggettiva, nonché elaborato da un soggetto di certa attendibilità, quale l'INAIL) incontestabilmente emergente dagli atti di causa;
- ad un punto non controverso su cui la sentenza non ha motivato, non essendo controversa tra le parti l'esistenza in atti del doc. 22, né avendo il giudice a quo preso posizione su tale fatto motivando al riguardo;
- 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 si fosse accorto dell'esistenza di un documento riferibile, nello specifico, alla struttura dei costi dell'impresa ricorrente, idoneo a disvelare l'esistenza di specifici costi ascrivibili alla sola Medicaire Italia SrL, non avrebbe potuto ravvisare la profittabilità delle prime tre gare sulla base di un'analogia delle posizioni delle imprese - per nulla distinte nella sentenza revocanda-, esistendo documenti idonei a valorizzare i peculiari costi ascrivibili alla parte ricorrente e, dunque, a disvelare per la sola Medicaire Italia SrL costi di commessa tali da rendere, in ipotesi, per la stessa società non

profittevole la partecipazione alle prime tre gare indette da o per conto dell'Asl Milano 1.

Né potrebbe escludersi la decisività dell'errore, evidenziando che il giudice a quo aveva comunque addotto a fondamento della valutazione di 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 loro stretta interdipendenza, deve ritenersi idoneo (in assenza di contrarie indicazioni ritraibili dalla sentenza revocanda) ad influire sul giudizio finale espresso in ordine all'infrazione in concreto contestata.

L'errore di fatto, fondatamente censurato dalla ricorrente, ha dunque privato la sentenza revocanda della sua base logico-giuridica, pure incentrata sulla supposta omogeneità delle posizioni delle imprese con riguardo alla profittabilità delle gare, investendo un elemento del giudizio che risultava rilevante per valutare le spiegazioni alternative alla concertazione contestata dal provvedimento e che, dunque, ha assunto natura decisiva ai fini dell'accoglimento dell'appello.

14. L'accoglimento della revocazione impone l'annullamento della sentenza gravata e, per l'effetto, il passaggio alla fase rescissoria, onde svolgere un nuovo giudizio (emendato dall'errore di fatto *supra* indicato) sul merito della vertenza e, dunque, sui motivi di appello proposti dall'Autorità; il che permette di assorbire le ulteriori censure revocatorie svolte dalla ricorrente, il cui ipotetico accoglimento non potrebbe arrecare alla parte un'utilità maggiore, dovendo, comunque, procedersi alla revocazione della sentenza e alla pronuncia in sede rescissoria sui motivi di appello proposti dall'Autorità.

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

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

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

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

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

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

non definitiva.

15. Riservata ogni ulteriore decisione alla fase rescissoria, il fascicolo della causa deve essere rimesso al Presidente della Sezione per la fissazione dell'udienza di discussione nell'ambito del terzo quadrimestre dell'anno 2022.

La regolazione delle spese di giudizio viene rimessa, parimenti, all'esito del giudizio rescissorio.

P.Q.M.

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

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

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

Sergio De Felice, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere, Estensore

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere

L'ESTENSORE
Francesco De Luca

IL PRESIDENTE
Sergio De Felice

IL SEGRETARIO

