

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Motivazione – Prove – Utilizzazione delle prove ritenute più attendibili – Legittimità – Principio del libero convincimento del giudice.

Cons. Stato, Sez. VI, 22 febbraio 2022, n. 1263

- in *Il Foro amm.*, 2, 2022, pag. 194.

“[...] 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 [...]”.

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, Medicair Italia, Medigas, Sapiro, Vitalaire e Vivisol avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza, contraria all'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), consistente nella concertazione delle strategie in occasione di quattro

gare bandite tra il 2012 e il 2014 da o per conto di ASL Milano 1 per la fornitura del servizio di VTD a favore dei pazienti residenti nel territorio di competenza di tale ASL;

c) che le società Linde, Medicaire Centro, 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 Lind, € 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.

Per quanto di maggiore interesse ai fini dell'odierno giudizio, l'Autorità ha accertato che le società Linde, Medicaire Centro, Sapio, Vitalaire e Vivisol avevano coordinato le 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 al luglio 2014, quando sono state presentate le offerte nell'ambito della successiva procedura negoziata.

In particolare, i comportamenti in contestazione sarebbero stati posti in essere sia nella prima fase di indizione della gara, al fine di dissuadere l'Amministrazione dal ricorrere a tale strumento per l'assegnazione del servizio, sia nelle more del procedimento di espletamento della gara sia, successivamente, nel corso della procedura negoziata, avviata a seguito dell'esito deserto della gara. Secondo quanto contestato dall'Autorità, sarebbero state poste in essere azioni coordinate da parte delle imprese operanti nel territorio marchigiano che, in alcuni casi, avrebbero coinvolto, chiedendone l'intermediazione, anche l'associazione di categoria (sottogruppo Assogastecnici all'interno di Federchimica) prestatasi a rappresentare le istanze degli operatori.

Sebbene, rispetto alla procedura ristretta per l'affidamento del servizio avviata già nel 2010, le Parti insieme ad altre società – segnatamente, Sapio, SICO, Medigas, Vitalaire, Linde, Medicaire Centro, Vivisol, Gas Tecnici di Foligno e il RTI formato da Gas Tecnici di Foligno e Domolife - si fossero qualificate entro i termini indicati nel bando (28 febbraio 2011), nonché i contenuti del bando di gara e del relativo capitolato fossero stati ampiamente condivisi con gli operatori del settore (i quali avevano manifestato formalmente il loro interesse a partecipare alla procedura durante il dialogo tecnico intercorso con l'Amministrazione per la definizione del capitolato tecnico), le stesse imprese, al termine di scadenza per la presentazione fissato dall'Amministrazione, non avevano presentato alcuna offerta.

Solo successivamente, a seguito dell'avvio di una procedura negoziata, che aveva la medesima lex specialis nonché la medesima base d'asta della procedura andata deserta, e che aveva trovato un primo concreto interesse in un operatore non presente sul territorio, le Parti – Sapio, Vivisol, Vitalaire, Linde e Medicaire Centro – hanno richiesto di essere invitate alla procedura, in alcuni casi attivando ricorso amministrativo per poter partecipare alla stessa.

In sede di offerta le Parti hanno presentato ribassi molto significativi rispetto alla base d'asta – con punte del 60% e sconti medi del 42% -, consentendo l'aggiudicazione del servizio e l'ottenimento di risparmi molto significativi per l'Amministrazione.

Pertanto, secondo l'impianto accusatorio, le Parti avrebbero concertato tra loro una strategia volta a indurre l'Amministrazione a rivedere le condizioni dell'appalto e la relativa base d'asta, mandando

deserta la procedura indetta nel 2010. Successivamente, a fronte del rischio di aggiudicazione del servizio provocato dalla procedura negoziata - rispetto alla quale non vi era contezza dei soggetti invitati e dell'offerta che avrebbero presentato - le Parti si sarebbero viste costrette a partecipare alla gara e ad effettuare significativi ribassi sulla base d'asta, secondo le normali dinamiche competitive.

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 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;

- 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;

- l'accordo quadro non poteva integrare un modello di gara anticompetitivo, pure configurando una procedura espressamente disciplinata dal codice degli appalti, non recante esclusioni in materia di forniture sanitarie; l'illegittima perorazione della maggiore rispondenza della gara rispetto all'accordo quadro era stata affermata nel provvedimento in mero recepimento della prospettazione dell'amministrazione segnalante e in assenza di autonome analisi economiche sul punto;

- la tipologia dell'"accordo quadro" risultava, peraltro, scelta da numerose ASL italiane (tra cui la ASL Milano 1) e dalla Consip, con bandi nei quali si evidenziava come esso consentisse sia una maggiore adeguatezza dei prodotti alle esigenze dei pazienti sia, più in generale, una minore litigiosità tra le parti, che si traduceva anche in un risparmio di spesa e di tempo per le amministrazioni;

- l'attività, anche congiunta, di più operatori di settore, volta a perorare presso l'amministrazione la maggiore adeguatezza di un modulo procedimentale, non poteva avere un rilievo automaticamente anticompetitivo, come risultava pure affermato dalla stazione appaltante laddove aveva dichiarato

che tale attività di persuasione integrava una “legittima strategia commerciale” ove non si esprimesse in una “posizione invasiva e intempestiva” rappresentata, a suo giudizio, dall’improvvisa e immotivata decisione di non partecipare alle gare, circostanza, quest’ultima, tuttavia, non adeguatamente provata nel provvedimento in esame;

- risultavano dunque assenti profili anticompetitivi nell’attività posta in essere dalle società, né risultava provata la strumentalità della medesima alla dilatazione dei tempi procedimentali;

- la maggior parte delle prove documentali citate nel provvedimento atteneva solo a tale specifico profilo e non ai pure contestati effetti di pretesa estensione dei tempi di gara al fine di godere dei benefici economici della proroga delle precedenti forniture;

- doveva essere condivisa la contestazione di genericità della vicenda, riportata dall’Autorità, secondo cui un’impresa avrebbe ricevuto pressioni per non partecipare alla gara, non comprendendosi in modo chiaro a chi fosse riconducibile la condotta descritta;

- quanto alla mail del 4 novembre 2013 - nella quale Vivisol trametteva a Sapio, Medigas e Vitalaire la bozza del “verbale” predisposto in merito all’incontro tenutosi in pari data presso la Regione Marche e nel quale era stata rappresentata l’indisponibilità delle società ivi presenti a prorogare le condizioni di fornitura del servizio a quel momento vigenti nelle more della nuova procedura - emergeva inequivocamente dalla mera lettura dei paragrafi 157 e 158 del provvedimento che si trattava di un “verbale”, che dava conto di quanto già rappresentato dalle medesime società in una sede istituzionale, così che lo stesso non poteva costituire prova della previa concertazione del contegno da tenere nella detta sede;

- quanto all’appetibilità della gara, risultava fondata la doglianza della ricorrente secondo cui l’Autorità non aveva verificato l’affermazione di ASUR di aver previsto nel bando prezzi a base d’asta calcolati sulla base di quelli vigenti, benché, in corso di procedimento, una società considerata estranea all’intesa ne avesse segnalato la significativa flessione rispetto ai prezzi praticati negli anni; sempre in ordine all’appetibilità dei prezzi risultava effettivamente non supportata da prova la riferita circostanza dell’aver Linde partecipato, ai medesimi prezzi, ad altre gare coeve;

- quanto alla affermata previa condivisione del capitolato, risultava documentata la circostanza che l’interlocuzione infraprocedimentale aveva avuto tempi contingentati per ciascuna impresa e che la sua funzione meramente consultiva era tale da non garantire affatto la presunta approvazione delle singole clausole da parte delle società consultate;

- quanto alla contestazione giudiziaria del bando, chiaramente riconducibile a una scelta unilaterale della società Linde, risultava meritevole di adesione la prospettazione secondo cui la presentazione

del ricorso era stata troppo frettolosamente definita come strumentale e inidonea ad integrare una spiegazione alternativa della sua mancata partecipazione alla gara, tanto più alla luce del fatto che nel corso del processo vi erano state pronunce cautelari favorevoli alla parte ricorrente e che i lotti a cui Linde aveva partecipato nella seconda gara erano diversi da quelli contestati nella prima;

- non risultano vagliati gli importi dei danni arrecati all'amministrazione;

- il provvedimento sanzionatorio si basava, in ultima analisi, sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, peraltro neppure esclusivo, atteso che nella prima gara le imprese qualificate erano 9 e nessuna di queste (neppure le 4 diverse da quelle sanzionate) aveva presentato offerta;

-la spiegazione del parallelismo di comportamenti basata sulla concertazione non poteva, dunque, essere l'unica plausibile, non essendo l'Autorità riuscita a ricostruire l'intera fattispecie nel senso della necessaria congruenza narrativa, né essendo stata in grado di superare le spiegazioni alternative al riguardo avanzate dalle imprese originarie ricorrenti (prima fra tutte la legittima perorazione dell'adozione di un diverso modulo procedimentale), tali da prospettare un'analisi economica tesa alla conclusione che la riscontrata condotta di gara fosse riconducibile a scelte indipendenti ed autonome delle imprese operanti nel settore di riferimento.

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 s.r.l. ha chiesto la revocazione della sentenza di appello e, per l'effetto, ha domandato, *“la riforma della sentenza impugnata e la reiezione 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., avendo il giudice a quo omesso di esaminare circostanze oggettive, la cui esistenza emergeva incontrovertibilmente dagli atti prodotti in giudizio.

In primo luogo, la documentazione in atti attesterebbe elementi inconciliabili con l'assunto del Consiglio di Stato secondo cui la mancata presentazione delle offerte avrebbe consentito a Linde di continuare a prestare il servizio sulla base di condizioni economiche più favorevoli rispetto ai prezzi stabiliti in sede di prima gara (giugno 2013): nello stesso provvedimento impugnato in prime cure, infatti, l'Autorità aveva rilevato che i prezzi posti a base d'asta erano stati calcolati *“sulla base dei prezzi vigenti”* e che a quell'epoca Linde *“praticava prezzi addirittura inferiori a quelli posti a base*

d'asta” (paragrafo 142 del Provvedimento), con la conseguenza che sarebbe errato in fatto l’assunto secondo cui Linde avrebbe deciso di non partecipare alla prima gara per sfruttare le condizioni economiche più favorevoli che derivavano dai contratti in essere.

In secondo luogo, il giudice di appello non avrebbe tenuto conto dello status di fornitore uscente di Linde relativamente ai lotti per i quali la società aveva effettuato offerte al ribasso nella gara a procedura negoziata (luglio 2014), che ne giustificano razionalmente la condotta: la ricorrente, infatti, avrebbe presentato l’offerta esclusivamente per i lotti 1 e 5, ovvero quelli per i quali essa era fornitrice uscente, e che si è poi effettivamente aggiudicata; la stessa società, invece, aveva presentato un’offerta economica peggiore dei suoi concorrenti, con ribassi minimali, soltanto per il lotto 3, ossia l’unico lotto per il quale non era fornitrice uscente; il che sarebbe attestato in maniera evidente dalla “graduatoria finale per i n°5 Lotti”, allegato C alla determina n. 730 in data 22.10.2015, che aveva sancito l’aggiudicazione definitiva dei lotti a gara.

Il giudice a quo sarebbe, inoltre, incorso in un ulteriore errore ritenendo che, nella seconda fase della gara, tutti gli operatori avessero presentato offerte inferiori alla base d’asta con sconti medi del 42%: invero, anche considerando trasversalmente ai vari lotti la media di tutti gli sconti offerti, essa sarebbe stata di gran lunga inferiore alla percentuale indicata dall’AGCM, attestandosi al 23,4%. e non già al 42%.

In terzo luogo, il giudice a quo non avrebbe tenuto conto della mancata presentazione di offerte nel termine previsto della prima gara da parte di ben nove imprese, tutte accomunate, dunque, dal parallelismo di comportamenti valorizzato dal Consiglio di Stato a pretesa dimostrazione dell’illegittimità della condotta.

La Sezione ha rilevato che Medigas non aveva chiesto di essere ammessa alla fase della procedura negoziale e non aveva presentato offerta al termine di quest’ultima; analoga valutazione era stata effettuata per Domolife e Gas Tecnici di Foligno.

Tuttavia, quanto alla procedura ristretta, tutte le nove imprese in questione (cioè sia quelle sanzionate sia quelle non sanzionate come SICO, Gas Tecnici di Foligno, Medigas e l’RTI Gas Tecnici di Foligno/Domolife) avrebbero presentato manifestazione di interesse alla procedura ristretta, si sarebbero pre-qualificate e non avrebbero poi presentato offerte.

Quanto alla fase negoziata, alla stregua di quanto emergente dal fascicolo istruttorio, benché soltanto sei imprese avessero in ultima analisi presentato offerte (ossia Linde, Sapio, Vivisol, Vitalaire, Medicaire e Criosalento in ATI con Siare), anche la società Medigas aveva presentato richiesta di iscrizione alla gara, salvo poi desistere per mancanza di un centro di produzione dell’ossigeno nella Regione Marche. Del pari, un’altra società del gruppo Rivoira, Domolife s.r.l.

aveva presentato domanda in RTI con Gas Tecnici di Foligno s.r.l, salvo poi rinunciare alla presentazione di un'offerta.

Ne consegue, pertanto, che anche imprese non sanzionate avrebbero preso parte alla procedura negoziata, salvo poi non presentare offerte per questioni eminentemente tecniche, emergendo una circostanza fattuale decisiva non esaminata dal giudice di appello.

8. 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.

9. La ricorrente ha replicato alle avverse deduzioni, mentre l'Autorità ha chiesto la decisione della controversia con il deposito di note di udienza.

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

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

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

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

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

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

L'errore di fatto, in altri termini, "*consiste nel cd. abbaglio dei sensi, e cioè nel travisamento delle risultanze processuali dovuto a mera svista, che conduca a ritenere come inesistenti circostanze pacificamente esistenti o viceversa. Esso non è in linea di principio ravvisabile quando si lamenta una presunta erronea valutazione delle risultanze processuali o una anomalia del procedimento*

logico, in quanto ciò si risolve in un errore di giudizio ... L'errore deve, inoltre, apparire con immediatezza ed essere di semplice rilevabilità, senza necessità di argomentazioni induttive o indagini ermeneutiche” (Consiglio di Stato Sez. VI, 14 luglio 2021, n. 5317).

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

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

Ne deriva che la mancata espressa valorizzazione, nell'ambito della motivazione giudiziale, di alcune delle circostanze fattuali dedotte dalle parti non implica, di per sé, un errore percettivo ex art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c. per avere il giudice procedente negato l'esistenza di fatti pacifici tra le parti, ma manifesta soltanto una implicita valutazione di irrilevanza -ai fini della soluzione della controversia- dei relativi fatti, non espressamente menzionati (non perché esclusi, ma) in quanto ritenuti inidonei a condurre ad un diverso esito della lite.

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

Per verificare se il giudice procedente 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*).

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

13. La revocazione merita accoglimento, quanto alla fase rescindente, in relazione all'assorbente censura riferita alla supposta sussistenza di vantaggi economici discendenti in capo alla ricorrente per effetto della proroga del servizio in essere a condizioni di maggiore favore rispetto a quelle alla base della prima gara.

Al riguardo, si osserva che la Sezione, nel definire la controversia di appello, ha rilevato che *“E' pacifico che tale condotta ha consentito alle parti di continuare a prestare il servizio sulla base di condizioni economiche più favorevoli, rispetto ai prezzi stabiliti in sede di gara. Ciò sino all'aggiudicazione seguita alla successiva procedura – avente condizioni similari a quella andata deserta – ma alla quale le società, inizialmente recedenti, avevano poi partecipato (risulteranno aggiudicatarie le società Linde, Sapio e Vitalaire che avevano tutte presentato offerte caratterizzate da ribassi rispetto alla base d'asta, pur avendola ritenuta troppo bassa nella fase della procedura ristretta congiuntamente boicottata)”* (par. 6).

Emerge, dunque, che il giudice a quo ha ritenuto che la condotta delle imprese –e, quindi, anche della ricorrente - si fosse sostanziata nel boicottaggio di una prima procedura di gara, in maniera da profittare, nelle more dell'indizione di una nuova gara, delle condizioni di maggiore favore discendenti dalla necessità per l'Amministrazione di prorogare il servizio a prezzo più elevato.

In particolare, si tratta di una circostanza valorizzata dal giudice a quo per spiegare il boicottaggio della gara, riscontrandosi uno specifico interesse delle parti ad ottenere condizioni di maggiore vantaggio derivanti dalla proroga del servizio.

Tale circostanza, tuttavia, in relazione alla posizione della ricorrente, non poteva ritenersi pacifica, come erroneamente assunto in sentenza, essendo smentita incontestabilmente dal provvedimento impugnato in primo grado, in cui si dava atto che la ricorrente *“praticava prezzi addirittura inferiori a quelli posti a base d'asta”* (paragrafo 142 del Provvedimento sanzionatorio).

La sentenza, dunque, pure confermando il provvedimento impugnato in prime cure e, pertanto, il suo impianto argomentativo, ha tuttavia argomentato la decisione sulla base di una circostanza smentita dalla stessa Autorità: la ricorrente, a differenza delle altre società sanzionate e sulla base di quanto emergente dal provvedimento, non poteva sotto tale profilo ritenersi interessata a boicottare la gara per ottenere la proroga del servizio a condizioni di maggiore favore rispetto a quelle poste a

base della prima gara, poiché (secondo quanto riportato nel provvedimento) prestava il servizio a prezzi inferiori.

Per l'effetto, la Sezione non poteva a priori escludere che, in caso di nuovo affidamento, la ricorrente potesse ottenere anche condizioni di maggiore favore rispetto a quelle attuali, emergendo dal provvedimento una circostanza, opposta a quella valorizzata dalla sentenza impugnata, suscettibile di disincentivare il contestato boicottaggio della gara, valendo quale spiegazione alternativa alla concertazione illecita ascritta dall'Autorità.

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

- anziché alla rilevanza delle circostanze fattuali alla base della decisione, alla loro esistenza, avendo il giudice di appello affermato l'esistenza di un fatto (il carattere pacifico della proroga del servizio a condizioni di maggiore favore rispetto ai prezzi alla base della gara) incontestabilmente smentito dalla documentazione in atti;
- ad un punto non controverso, non avendo l'Autorità negato la proroga del servizio in favore dell'odierna ricorrenti a condizioni deteriori rispetto ai prezzi alla base della prima gara, risultando la relativa circostanza (disconosciuta in sentenza) espressamente affermata nel provvedimento impugnato in primo grado;
- ad un fatto decisivo, in quanto posto in stretta relazione di causalità con la pronuncia revocanda.

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

Come precisato dalla giurisprudenza ordinaria (Cass. civ. Sez. VI - 2, Ord., 23 aprile 2020, n. 8051), infatti, nella fase rescindente del giudizio di revocazione, *“il giudice, verificato l'errore di fatto (sostanziale o processuale) esposto ai sensi dell'art. 395 c.p.c., n. 4, deve valutarne la decisività alla stregua del solo contenuto della sentenza impugnata, operando un ragionamento di tipo controfattuale che, sostituita mentalmente l'affermazione errata con quella esatta, provi la resistenza della decisione stessa; ove tale accertamento dia esito negativo, nel senso che la sentenza impugnata risulti, in tal modo, priva della sua base logico-giuridica, il giudice deve procedere alla fase rescissoria attraverso un rinnovato esame del merito della controversia, che*

tenga conto dell'effettuato emendamento (conf. Cass. n. 3935/2009 che ribadisce la necessità di verificare il nesso causale tra errore di fatto e decisione, nel cui accertamento si sostanzia la valutazione di essenzialità e decisività dell'errore revocatorio, sottolineando che si tratta non già di un nesso di causalità storica, ma di carattere logico-giuridico, nel senso che non si tratta di stabilire se il giudice autore del provvedimento da revocare si sarebbe, in concreto, determinato in maniera diversa ove non avesse commesso l'errore di fatto, bensì di stabilire se la decisione della causa sarebbe dovuta essere diversa, in mancanza di quell'errore, per necessità logico-giuridica; Cass. S.U. n. 1666/2009)".

Pertanto, avuto riguardo al solo contenuto della sentenza impugnata e prescindendo dalla soluzione che il giudice a quo avrebbe dato ove si fosse avveduto dell'errore o alla 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 la documentazione in atti, non avrebbe potuto ritenere pacifica la proroga del servizio fornito dalla ricorrente a condizioni di maggiore favore rispetto a quelle definite dalla documentazione di gara e, dunque, non avrebbe potuto ritenere sotto tale profilo la ricorrente incontestabilmente incentivata al boicottaggio della procedura bandita dall'Amministrazione.

Tale errore percettivo ha influenzato il giudizio espresso con la sentenza revocanda in ordine alla sussistenza di un incentivo alla concertazione illecita, valorizzata dalla Sezione ai fini della definizione della controversia.

Né potrebbe escludersi la decisività dell'errore, evidenziando che il giudice a quo aveva comunque addotto a fondamento della esistenza dell'illecito ulteriori circostanze correttamente percepite nella loro esistenza oggettiva: in materia di accertamento antitrust, occorre infatti svolgere (come, del resto, riconosciuto anche nella stessa sentenza revocanda) un'analisi complessa ed articolata, tenendo conto di tutti gli elementi di prova acquisiti nella loro interezza e nella correlazione reciproca che lega gli uni agli altri, ragion per cui l'errore percettivo sull'esistenza anche di uno solo degli elementi di prova complessivamente valorizzati, in ragione della 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 pacifica esistenza di condizioni di maggiore vantaggio, favorevoli alla ricorrente, rispetto al prezzo definito a base di gara, costituente un elemento del

giudizio che risultava rilevante per valutare le spiegazioni alternative alla concertazione contestata dal provvedimento e che, dunque, si è posto in rapporto di causalità con l'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 sul merito della vertenza, emendato dall'errore di fatto supra indicato; 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 relative deduzioni potranno essere eventualmente apprezzate al fine di statuire sulla fondatezza delle censure impugnatorie proposte dall'Autorità, onde vagliarne la fondatezza.

16. Al fine di definire la controversia, occorre, tuttavia, che l'Autorità provveda all'integrazione della documentazione acquisita in primo grado, producendo i documenti (ove acquisiti in sede procedimentale) attestanti:

- le modalità di svolgimento, all'esito della qualificazione delle imprese, del dialogo tecnico tra l'Amministrazione e le imprese sottoposte al procedimento antitrust, richiamato, tra l'altro, ai paragrafi 133, 135, 147, 443, 445 del provvedimento impugnato in primo grado e incentrato, secondo l'impianto accusatorio, su una condivisione tra le parti dei documenti di gara (cfr. parr. 446-448.);

- le eventuali riunioni istituzionali tenutesi tra gli operatori economici e la Regione Marche, cui pure sembrano riferirsi le mail circolate tra le parti private di cui ai parr. 138 e ss., 157 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 decisione di ciascuna delle imprese prequalificate di presentare l'offerta nell'ambito della gara in corso di svolgimento.

In particolare, occorre acquisire i verbali dei tavoli tecnici e delle riunioni istituzionali sopra citate e ogni altra documentazione che attesti gli argomenti ivi discussi e le posizioni da ciascuna parte assunta al riguardo.

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

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

18. 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 e 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
