

Pubblicato il 18/05/2020

**N. 05274/2020 REG.PROV.COLL.**  
**N. 05397/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5397 del 2019, proposto da Airgreen S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonella Borsero, Silvia D'Alberti, Carlo Merani e Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna, 32;

*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*

Massimiliano Giana, Elilombarda S.r.l. non costituiti in giudizio;

Elitaliana S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Saverio Marini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Villa Sacchetti n. 9;

*per l'annullamento,  
previa sospensione dell'efficacia,*

del provvedimento n. 27563 adottato nell'Adunanza del 13 febbraio 2019 e notificato il successivo 26 febbraio con cui, a conclusione del procedimento istruttorio n. I806, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“Autorità” o “AGCM”) avrebbe accertato:

(i) nei confronti di Airgreen S.r.l., unitamente ad altre società, l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'art. 101 TFUE consistente in un'intesa unica, continuata e complessa avente ad oggetto il condizionamento del mercato servizi AIB e

(ii) nei confronti di Airgreen s.r.l., unitamente ad altre società nonché all'Associazione Elicotteristica Italiana, l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'art. 101 TFUE consistente in un'intesa unica, continuata e complessa avente ad oggetto la fissazione ex ante del prezzario relativo ai servizi con elicottero,

comminando per l'effetto una sanzione di complessivi € 4.399.461;

nonché, ove occorrer possa, di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compresi: tutti gli atti del procedimento istruttorio dell'AGCM n. I806 e, in particolare, il provvedimento di avvio dell'istruttoria del 14 marzo 2017, il provvedimento di ampliamento dell'istruttoria del 19 luglio 2017, il provvedimento di proroga del termine di conclusione del procedimento del 20 luglio 2018; il provvedimento recante la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie del 15 novembre 2018; il Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità, adottato dalla medesima AGCM, in Bollettino, ed. speciale, Anno XXVII, supplemento al n. 20 (“Regolamento”); le “Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie” (“Linee Guida”) adottate da AGCM con delibera del 22 ottobre 2014.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 aprile 2020 la dott.ssa Francesca Petrucciani in collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, d.l. 17 marzo 2020, n. 18;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con il ricorso in epigrafe Airgreen s.r.l. ha impugnato la determinazione con la quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a conclusione del procedimento istruttorio I/806, ha ritenuto che la ricorrente abbia posto due intese in violazione dell'art. 101 del TFUE: la prima, unitamente alle società Elitellina S.r.l., Eliossola S.r.l., Elifriulia S.r.l., Heliwest S.r.l., Star Work Sky S.a.s., avente per oggetto il condizionamento del mercato dei servizi anti-incendio boschivo ("AIB"); la seconda, insieme alle società Elitellina S.r.l., Babcock Mission Critical Services Italia S.p.a., in solido con la controllante Babcock Mission Critical Services International SA., Eliossola S.r.l., Elifriulia S.r.l., Heliwest S.r.l., Star Work Sky S.a.s. e Air Corporate S.r.l., in solido con la controllante Airi S.r.l., nonché l'associazione di categoria Associazione Elicotteristica Italiana, consistente nella fissazione ex ante nell'ambito dell'Associazione Elicotteristica Italiana (AEI) del prezzario relativo ai servizi con elicottero.

La ricorrente ha esposto che il procedimento istruttorio, originato da una segnalazione proveniente da un pilota professionista di elicotteri, era stato avviato il 14 marzo 2017 per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 del TFUE, avente ad oggetto la limitazione del reciproco confronto concorrenziale ai fini dell'aggiudicazione di procedure di gara per l'affidamento dei servizi di elisoccorso (HEMS) e antiincendio boschivo (AIB), nonché per l'affidamento degli altri servizi di lavoro e trasporto aereo

mediante elicottero, anche nell'ambito e per il tramite dell'associazione di categoria AEI, di cui tutti gli operatori parti del procedimento erano soci.

Il procedimento era esteso oggettivamente, in data 19 luglio 2017, alla condotta relativa alla fissazione, nell'ambito dell'AEI, dei prezzi concernenti l'attività di trasporto aereo e di lavoro aereo al fine di condizionare la definizione delle variabili economiche nelle procedure di gara per l'affidamento dei servizi HEMS e AIB e nella prestazione delle attività di trasporto e lavoro aereo in favore di clientela privata, nonché soggettivamente alle società Air Corporate, Airi e Babcock Mission Critical Services International SA, inizialmente non coinvolte.

Nel corso del procedimento, oggetto di proroga in data 11 luglio 2018, venivano acquisiti documenti e informazioni, nonché disposte audizioni delle parti.

Il 31 maggio 2018 Airgreen veniva sentita in audizione e il 30 luglio 2018 aveva trasmesso all'AGCM il programma di compliance antitrust adottato, e implementato dal 18.12.2017.

In data 15 novembre 2018 veniva notificata alle parti del procedimento la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie ("CRI"), cui faceva seguito, in data 13 febbraio 2019, il provvedimento impugnato, con il quale l'Autorità aveva accertato la sussistenza delle surriferite intese tra le parti del procedimento, irrogando nei confronti di Airgreen s.r.l. una sanzione complessiva, per le due diverse infrazioni contestate, di euro 4.399.461, senza riconoscere l'attenuante richiesta per l'adozione del programma di compliance; l'Autorità aveva ordinato, inoltre, alle parti di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto delle violazioni accertate.

Nel provvedimento si dava poi atto che alla luce delle evidenze istruttorie non erano emersi elementi sufficienti per contestare un'intesa anticoncorrenziale avente ad oggetto il condizionamento delle gare HEMS.

La ricorrente ha esposto di essere operante da anni nel settore dei servizi con elicottero, quali elisoccorso, spegnimento incendi, lavoro aereo, anche nel

settore oil & gas, manutenzione e formazione di piloti e tecnici; con il provvedimento impugnato erano state accertate, nei suoi confronti, due infrazioni: la prima consistente in un cartello segreto orizzontale per il condizionamento delle gare pubbliche relative ai servizi di antincendio boschivo, realizzata attraverso “il coordinamento della reciproca partecipazione – anche utilizzando per finalità anticompetitive lo strumento dell’ATI – e la fissazione ad un livello artificiosamente elevato del prezzo della commessa, formulando ribassi di entità irrisoria o drasticamente ridotta, con conseguente danno per maggior spendita di denaro pubblico” (“Intesa AIB”); la seconda riguardante un accordo anticompetitivo avente ad oggetto la fissazione ex ante dei prezzi dei servizi con elicottero (“Intesa Prezziario”).

L’Autorità aveva precisato che le dizioni “lavoro aereo” e “trasporto personale”, quali categorie di attività valorizzate nel prezziario, erano idonee a includere sia attività di trasporto di materiali e/o di personale a committenza privata che servizi pubblici AIB e HEMS, dato che questi ultimi “aldilà delle specifiche e ulteriori abilitazioni pubbliche richieste, si sostanziano di fatto, in attività di trasporto e spargimento di sostanze (AIB) e di trasporto passeggeri (HEMS)”.

A sostegno del ricorso sono state formulate le seguenti censure:

1. Violazione dell’articolo 10 della legge n. 287/1990. Violazione dell’art. 23, d.l. n. 201 del 2011. Irragionevolezza e illogicità manifesta. Violazione del Regolamento 1/2003 CE. Questione di legittimità costituzionale. Violazione dell’art. 35 del Regolamento CE 1 del 2003, in quanto il provvedimento sarebbe stato adottato in violazione del principio di collegialità, per avere l’Autorità deliberato con la presenza di due soli componenti del Collegio e in assenza del Presidente.

La ricorrente ha lamentato, al riguardo, l’illegittimità delle previsioni di cui all’art. 6, c. 1 e all’art. 7, c. 1 del Regolamento sul funzionamento dell’Autorità, che prevedono che sia sufficiente la presenza di soli due componenti anziché tre, in contrasto con l’art. 10, comma 2, della legge n.

287/1990. Il regolamento sarebbe in contrasto con la normativa primaria anche nella misura in cui prevede in favore del componente anziano una posizione di prevalenza rispetto all'altro componente del collegio a due, con presunta violazione dell'art. 23, comma 2, del d.l. n. 201/2011, disposizione che, nel prevedere che il voto del Presidente vale doppio, andrebbe riferita al solo Presidente titolare e non anche al facente funzioni. La ricorrente ha altresì chiesto, qualora si ritenesse che una composizione a due fosse consentita dal combinato disposto del c. 1, lett. d) e del comma 2, 2° periodo, dell'art. 23 del d.l. n. 201/11, o comunque per la eventualità che l'art. 23, comma 2, sia interpretato nel senso che sia consentita l'operatività a due componenti, senza il Presidente, e col voto prevalente del componente "anziano", che venga sollevata questione di legittimità costituzionale di quest'ultima norma per violazione dell'art. 97 Cost., nonché per violazione del principio di legalità ex artt. 23, 97 e 113 Cost..

La ricorrente ha sostenuto che le previsioni esaminate si porrebbero anche in contrasto con le disposizioni comunitarie (segnatamente, l'art. 35 del Reg. CE 1/2003 e gli artt. 101 e 102 TFUE) dalle quali sarebbe ricavabile il principio della natura collegiale dell'organo competente in materia antitrust; ha quindi chiesto di sottoporre alla Corte di Giustizia la questione della compatibilità comunitaria delle previsioni che consentono all'Agcm di agire, per le finalità di cui agli articoli 101 e 102 TFUE, mediante un organo composto da soli 2 componenti e, in caso di parità nella votazione, con il meccanismo della prevalenza del voto del soggetto che esercita le funzioni di Presidente in assenza di quest'ultimo.

2. Con riferimento all'Intesa AIB: violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 2, 14 e 15 della legge n. 287/1990 e dell'art. 101 TFUE. Eccesso di potere per irragionevolezza sulla sussistenza dei requisiti per ritenere provata un'intesa unica, continuata e complessa secondo la giurisprudenza nazionale e comunitaria. Grave difetto ed erroneità dell'istruttoria. Travisamento. Motivazione erronea, insufficiente e illogica. Ingiustizia manifesta.

L'intesa AIB era stata configurata dall'Autorità come intesa unica, complessa e continuata, articolata, da un lato, in una pluralità di condotte di natura attiva, consistenti nella ripartizione delle gare pubbliche attraverso la partecipazione in ATI o singola e con l'offerta di ribassi minimi e, dall'altro lato, in fattispecie di natura omissiva, consistenti in comportamenti di non belligeranza nei confronti delle altre parti, che si traducevano in astensioni dalla partecipazione alle gare secondo le condivise decisioni spartitorie. Essa avrebbe avuto una durata compresa tra il 21 aprile 2005 (data di pubblicazione della gara Regione Calabria) ed il 30 aprile 2018 (data di scadenza delle offerte per la gara Regione Sardegna).

L'autorità non avrebbe adeguatamente considerato che nel settore AIB la costituzione di un'ATI, nella maggior parte dei casi, era per le imprese interessate uno strumento necessitato di partecipazione alle gare, al fine di poter concorrere comunque alla gara pur non disponendo, considerati gli elevati costi, di tutti gli elicotteri e i piloti e i tecnici necessari, e di ripartire così nell'ATI l'onere della messa a disposizione dell'elicottero/i di scorta, riducendo anche il rischio correlato al ritardo nei pagamenti da parte dell'ente appaltante.

Al riguardo la ricorrente ha contestato anche la definizione di "mercato rilevante", in relazione ai servizi AIB, presente nel provvedimento impugnato: non sarebbe, infatti, possibile individuare un mercato di rilevanza nazionale, avendo le parti partecipato a gare dislocate sul territorio nazionale in cui le singole condotte asseritamente illecite non sarebbero tra di loro collegate da un unico intento anticoncorrenziale.

L'Autorità avrebbe, inoltre, considerato nel mercato operatori che di fatto non operavano più da anni, e imputato a Airgreen una quota di mercato del 6%, diminuita al 5% nell'arco temporale 2011-2017.

Ciò non corrisponderebbe al vero per Airgreen che avrebbe visto, al contrario, diminuire sensibilmente la propria quota di mercato nel settore AIB, fino a ridursi, nel periodo 2011-2017 al 3,5% come dimostrato dal

relativo fatturato, passato dai 3 milioni del 2005 a 1,2 milioni (valore medio) per il triennio 2015-2017, segno che la presunta intesa non avrebbe prodotto alcun vantaggio per la società.

Secondo la ricorrente nel caso di specie mancherebbe la dimostrazione della rispondenza delle condotte delle parti ad un unico piano di insieme, elemento che sarebbe stato necessario per ritenere sussistente un'intesa complessa e continuata, in base ad un rapporto di "identità" di contenuto/obiettivo delle varie condotte, incluse le principali modalità di attuazione, i beni e servizi e l'ambito di applicazione geografica di tali pratiche, i soggetti coinvolti, il periodo nel quale le varie condotte sono state implementate.

La proposta iniziale della società Icarus s.r.l. di porre in essere un accordo per la partecipazione a future gare, cristallizzata in una mail del 2005, acquisita dall'Autorità, non era infatti stata riscontrata da nessuno dei destinatari, fatta eccezione per la Elieuro s.r.l.; il cartello avrebbe poi operato per 13 anni senza ulteriori significativi contatti qualificati e senza prova di coordinamento.

Quanto alle gare contestate, Airgreen, rispetto alle 43 gare censite nella tabella n. 6 alla pagina 32 del provvedimento, aveva partecipato alle seguenti 11 procedure: Calabria 2005 in ATI (trattativa privata per 3 mesi); Lombardia 2006, lotto 2, in ATI; Piemonte 2009-lotto 2 e 2015 lotto-2 singolarmente; Sardegna 2006, 2008, 2012, 2014 (e 2018) in ATI; Toscana 2009 singolarmente (affidamento diretto per 3 mesi); Valle d'Aosta 2015 in ATI; Veneto 2007 in ATI; pertanto, ad eccezione della gara Calabria 2005, la ricorrente aveva di norma presentato offerta in procedure attivate in Regioni non distanti dalla propria sede piemontese, per ottimizzare i costi logistici e di trasferimento, mentre non aveva partecipato alle altre gare o perché erano relative a zone diverse o per l'indisponibilità di elicotteri.

La marginalità dei ribassi d'asta applicati era dovuta poi al fatto che l'importo base era già di fatto allineato sul costo del servizio, consentendo un minimo aggiustamento rispetto allo stesso.



Tali circostanze evidenziavano la spiegazione alternativa lecita delle condotte della ricorrente, stante la necessità di partecipare alle gare in ATI nella tipologia di mercato in considerazione e la mancanza, nel provvedimento, di un'analisi specifica delle singole gare prese in considerazione.

Quanto, poi, agli elementi esogeni indicati a comprova dell'intesa, la ricorrente ha rimarcato di non avere mai risposto alla proposta di accordo formulata nel 2005 dalla Icarus, riferibile ad un'iniziativa del tutto individuale di tale operatore, mentre la mail interna ad Airgreen del 2012, che indicava una zona come "territorio di Star Work", un'altra delle imprese coinvolte, indicava semplicemente che la società Star Work operava nella zona in questione (provincia di Alessandria).

3. Con riferimento all'intesa Prezziario: violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 2, 14 e 15 della legge n. 287/1990 e dell'art. 101 TFUE. Eccesso di potere per errore nei presupposti e travisamento. Contraddittorietà. Istruttoria erronea e insufficiente. Motivazione illogica contraddittoria. Ingiustizia manifesta. Erronea configurazione di una intesa restrittiva per oggetto.

Quanto al prezziario, mancherebbero gli elementi per configurare una intesa "per oggetto", in quanto tale strumento non potrebbe neppure astrattamente essere ritenuto vincolante per le stazioni appaltanti ed essere idoneo a produrre restrizioni anticompetitive, considerato che le basi d'asta vengono determinate con esercizio di potere pubblico e di discrezionalità tecnica, in un mercato (servizi AIB) "riservato" da affidare con gara pubblica. Non erano stati dimostrati, poi, l'esistenza di un piano d'insieme per un obiettivo illecito comune, il nesso tra le varie condotte e la predisposizione di ciascuna impresa a contribuire agli obiettivi illeciti comuni.

L'Autorità avrebbe, inoltre, erroneamente equiparato i c.d. servizi "spot", ovvero i servizi a chiamata che non richiedono la disponibilità continuativa dell'elicottero a favore del committente, ai servizi c.d. "continuativi", vale a

dire ai servizi AIB e HEMS, in cui gli elicotteri sono vincolati costantemente al servizio.

Il Prezziario non sarebbe mai stato inteso quale listino per i Servizi AIB e HEMS ma per il solo lavoro aereo; Airgreen, peraltro, non avrebbe mai applicato il listino prezzi neppure per le proprie attività di lavoro aereo, considerando tale strumento un elaborato contenente prezzi medi indicativi destinato a chi si rivolgeva all'AEI per avere parametri di prezzo orientativi per i servizi "spot".

Analogamente, sul versante dei prezzi praticati alla clientela privata, la ricorrente ha dedotto che la negoziazione di tali prezzi con il cliente era libera, potendo i prezzi finali essere sia superiori che inferiori al prezziario AEI, e che il prezziario non sarebbe mai stato applicato ai propri clienti, né imposto agli associati. Non risulterebbe provato neppure l'elemento psicologico richiesto ai fini dell'imputabilità della condotta, non essendo chiari gli effetti della presunta restrizione della concorrenza per accordo sui prezzi e tenuto conto della mancanza del requisito strutturale della consapevolezza.

4. sempre con riferimento all'intesa Prezziario: violazione degli artt. 2, 14 e 15 della legge n. 287/1990. Violazione dell'art. 101 TFUE. Violazione dell'art. 25 del Regolamento 1/2003 CE. Violazione dell'art. 28 della legge n. 689/1981. Irragionevolezza e illogicità. Ingiustizia manifesta. Travisamento dei fatti. Eccesso di potere per sviamento, in quanto, per tutti gli anni antecedenti al quinquennio dalla data di notifica del provvedimento (26.2.2019), l'accertamento dell'illiceità delle condotte contestate era precluso dall'intervenuto decorso del termine quinquennale di prescrizione previsto dall'art. 28 della l. 689/1981 per gli anni antecedenti al 2012, poiché nell'anno 2013 il prezziario non era stato approvato, con conseguente interruzione dell'infrazione.

In ogni caso la prescrizione quinquennale era operante rispetto a tutte le contestazioni relative al Prezziario riferite ai servizi continuativi (AIB ed HEMS), atteso che il Prezziario 2012, adottato il 16.04.2012, recava

espressamente la precisazione che “I prezzi sopra indicati non si applicano a servizi con disponibilità continuativa dell’elicottero”, ossia i servizi AIB ed HEMS.

5. Sulla sanzione: violazione e falsa applicazione dell’art. 15 legge n. 287/1990. Violazione e falsa applicazione dell’art. 11 legge n. 689/1981. Violazione degli Orientamenti della Commissione sul calcolo delle ammende. Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie. Eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta e carenza di motivazione. Violazione del principio di proporzionalità, in quanto l’Autorità, a fronte di una unica condotta, avrebbe ingiustamente duplicato le sanzioni, in luogo di considerare l’intesa prezzario come un elemento della prima intesa relativa al mercato AIB, pur essendo coincidenti con riferimento alle due infrazioni il mercato rilevante e il fatturato preso in esame.

6. Violazione e falsa applicazione dell’art. 15 legge n. 287/1990. Violazione e falsa applicazione dell’art. 11 legge n. 689/1981. Violazione degli Orientamenti della Commissione sul calcolo delle ammende. Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie. Eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta e carenza di motivazione. Violazione del principio di proporzionalità. Illegittimità delle Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie. Illegittimità diretta e derivata, non essendo stato applicato il concorso formale previsto dall’art. 15 citato, a fronte di due pratiche collusive orizzontali non dotate di autonomia strutturale.

7. Con riferimento alla sanzione per l’intesa AIB, violazione e falsa applicazione dell’art. 15 legge n. 287/1990. Violazione e falsa applicazione dell’art. 11 legge n. 689/1981. Violazione degli Orientamenti della Commissione sul calcolo delle ammende. Violazione e falsa applicazione delle

Linee Guida AGCM. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta e carenza di motivazione. Violazione del principio di proporzionalità. Illegittimità delle Linee Guida AGCM. Illegittimità diretta e derivata, avuto riguardo alla impropria valutazione di segretezza dell'intesa AIB e del correlato indice di gravità, oltre che al mancato riconoscimento dell'attenuante relativa all'adozione del programma di compliance, dovuta all'estensione dell'intesa fino alla gara della Regione Sardegna 2018.

Sarebbero illegittime, altresì, le linee guida disposte dall'Autorità per l'applicazione delle sanzioni antitrust nella parte in cui stabiliscono una base minima di partenza del 15% del valore delle vendite, essendo un criterio rigido ed eccessivamente afflittivo che non consentirebbe ad Agcm di apprezzare le circostanze del caso concreto.

8. Con riferimento alla sanzione per l'intesa prezzario, violazione e falsa applicazione dell'art. 15 legge n. 287/1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 legge n. 689/1981. Violazione degli Orientamenti della Commissione sul calcolo delle ammende. Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida AGCM. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta e carenza di motivazione. Violazione del principio di proporzionalità, avuto riguardo alla impropria valutazione di gravità della condotta, alla mancata applicazione dell'attenuante per il programma di compliance e alla individuazione del fatturato comprensivo anche dei servizi continuativi, che non sarebbero stati oggetto del prezzario.

Si sono costituite in giudizio l'Agcm e Elitaliana s.r.l., quale controinteressata, chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 5 giugno 2019, l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente è stata accolta limitatamente alla sospensione della sanzione pecuniaria, subordinata alla prestazione di una cauzione di importo pari a quello della sanzione irrogata.

All'udienza del giorno 22 aprile 2020, tenutasi in collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Il presente giudizio ha ad oggetto il provvedimento con cui l'Agcm ha accertato la sussistenza di due intese restrittive della concorrenza contrarie all'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, posta in essere dalla ricorrente Airgreen unitamente ad altre società attive nei servizi del trasporto aereo.

La prima condotta attiene al condizionamento delle gare pubbliche aventi ad oggetto la prestazione del servizio di antincendio boschivo (AIB) a mezzo di elicottero, bandite (e con commesse da eseguirsi) nell'intero territorio nazionale dalle competenti stazioni appaltanti di livello regionale. Viene qualificata dall'Agcm come un'intesa segreta orizzontale, restrittiva per oggetto, incentrata sulla spartizione delle gare pubbliche attraverso il coordinamento della reciproca partecipazione – anche utilizzando per finalità anticompetitive lo strumento dell'ATI – e la fissazione ad un livello artificiosamente elevato del prezzo della commessa, formulando ribassi di entità irrisoria o drasticamente ridotta, con conseguente danno per maggior spesa di denaro pubblico.

La seconda fattispecie di intesa accertata attiene all'approvazione, nell'ambito dell'Associazione Elicotteristica Italiana (AEI), del prezzario relativo ad attività di “lavoro aereo” e “trasporto personale”, distinto per tipologia di elicotteri. Secondo la ricostruzione dell'Autorità, tale intesa si sostanzia in un accordo orizzontale anticompetitivo avente ad oggetto la fissazione *ex ante* (rispetto al periodo temporale di riferimento) dei prezzi dei servizi aerei resi tramite elicotteri.

Con il primo motivo del ricorso la ricorrente ha contestato il vizio procedimentale che sarebbe derivato dall'aver l'Autorità deliberato con due componenti anziché in collegio di tre; con il secondo e il terzo motivo è stato

lamentato il difetto di elementi comprovanti la sussistenza delle violazioni accertate; con il quarto motivo è stata dedotta la prescrizione con riferimento all'intesa prezzario e con i motivi dal quinto all'ottavo è stata censurata la determinazione delle sanzioni per entrambe le violazioni.

Deve in primo luogo rilevarsi l'infondatezza del primo motivo, con il quale si contesta la circostanza che il provvedimento è stato adottato da un collegio composto da soli due componenti, diversi dal presidente.

Questo Collegio condivide le argomentazioni rese in argomento nella recente pronuncia di questa Sezione n. 11330 del 26 settembre 2019. La richiamata sentenza ha chiarito che sebbene l'art. 10 della l. n. 287/90 preveda che l'Autorità è un organo collegiale, costituito da tre membri compreso il presidente (come da modifica di cui all'art. 23, comma 1, lett. d), del d.l. n. 201/11, come convertito in legge n. 214/11), nulla aggiunge sul numero minimo di componenti per assumere una decisione. Inoltre, ha rammentato che la giurisprudenza ha già chiarito che l'Agcm non costituisce collegio perfetto ed è demandata ad essa stessa, ai sensi dell'art. 10, commi 2 e 6, della l. n. 287/90, la definizione dell'assetto e delle maggioranze, con riferimento al quorum sia strutturale sia funzionale (Cons. Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 7 aprile 1999, n. 873). Il Regolamento sul funzionamento dell'Agcm (delibera n. 26614 del 24 maggio 2017) conferma tutto ciò, prevedendo: a) all'art. 3, l'assenza del presidente o un suo impedimento, con funzioni assunte temporaneamente dal componente con maggiore anzianità nell'ufficio o, in caso di pari anzianità, dal più anziano di età; b) all'art. 6, che per la validità delle riunioni dell'Autorità è necessaria la presenza del presidente e di un componente, ovvero di due componenti; c) all'art. 7, che le deliberazioni dell'Autorità sono adottate a maggioranza dei votanti e in caso di parità prevale il voto del presidente ovvero, in sua assenza, del componente che ne assume temporaneamente le funzioni ai sensi dell'art. 3, comma 2.

Le modalità con cui è stata assunta la decisione impugnata, pertanto, appaiono conformi alla regolamentazione e alla legge che disciplinano il funzionamento dell'Autorità, e si sottraggono alle critiche di compatibilità con le norme costituzionali e con i principi eurounitari in quanto funzionali a preservarne l'autonomia e assicurare la continuità dell'azione amministrativa.

Inoltre, il Consiglio di Stato, in relazione a situazione comparabile a quella in esame relativa ad altra Autorità indipendente (ma riferibile a tutte le autorità indipendenti per le quali è stata prevista la riduzione del numero dei componenti dell'organo di vertice), ha chiarito che la disposizione sul valore "doppio" del voto del presidente si comprende agevolmente considerando che tutti i collegi posti al vertice delle autorità indipendenti (che non sono considerati collegi perfetti) sono stati portati a tre componenti (con le sole eccezioni dell'AGCom e della Commissione di garanzia per gli scioperi nei servizi pubblici) e che tale riduzione del numero dei componenti ha reso assai più probabile il verificarsi di situazioni di impasse conseguenti all'astensione o all'impedimento di uno dei componenti del collegio, con conseguente necessità di evitare che, in ragione di tale impedimento o assenza, l'attività dell'Autorità risulti di fatto paralizzata, con chiaro *vulnus* al principio costituzionale di buon andamento (Cons. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2016, n. 4936). Analoghe considerazioni possono svolgersi in relazione alla necessità di non pregiudicare la tutela effettiva della concorrenza, come declinata dalla disciplina di rango comunitario, garantendo la continuità di funzionamento dell'autorità nazionale deputata a controllare il rispetto della normativa antitrust.

Con il secondo e il terzo motivo la ricorrente ha contestato la carenza idonei elementi di prova sia con riferimento all'intesa AIB che al prezzario dei servizi aerei.

Sono in primo luogo infondate le doglianze relative all'individuazione del mercato rilevante.

Deve rammentarsi che la individuazione del mercato, sul piano geografico e merceologico, è espressione del potere di valutazione tecnica che può essere sindacato solo quando viola il principio di ragionevolezza: il "mercato" che l'Autorità è chiamata a tutelare nell'esercizio dei suoi poteri antitrust è, infatti, quello legato ad un'ampia accezione di natura economica secondo cui un mercato esiste laddove vi siano una domanda ed un'offerta di determinati prodotti e servizi e non già, invece, a norme legislative o regolamentari che detto mercato specificamente predefiniscano e caratterizzino. Sotto il profilo merceologico e geografico, la nozione di mercato rilevante è, in sostanza, necessaria per individuare l'ambito nel quale le imprese interessate sono in concorrenza tra loro e, quindi, il contesto economico e giuridico nel quale l'intesa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale, consentendo di verificare il grado di offensività dell'intesa stessa (Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2019, n. 6565).

Nelle ipotesi di intese restrittive della concorrenza, è stato precisato che la definizione del mercato rilevante risulta *ex se* funzionale all'individuazione delle caratteristiche stesse del contesto nel cui ambito si colloca l'illecito coordinamento delle condotte d'impresa, atteso che è proprio l'ambito di tale coordinamento a delineare e definire l'ambito stesso del mercato rilevante. Vale a dire che la definizione dell'ambito merceologico, operativo e territoriale in cui si manifesta un coordinamento fra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall'illecito concorrenziale risulta funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell'illecito (Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2014 n. 2837).

L'Autorità ha definito il mercato rilevante, avuto riguardo a entrambe le intese sanzionate, secondo modalità coerenti ai surriferiti principi. Dopo avere individuato le due macro categorie (lavoro aereo e trasporto passeggeri) in cui si articola il settore dei servizi con elicottero, l'Autorità ha descritto le attività riconducibili ai tre principali servizi elicotteristici: quelli AIB (anti-incendio boschivo), gli HEMS (elisoccorso) e quelli di lavoro aereo e trasporto



passaggeri, individuando per ciascun servizio le caratteristiche principali dell'attività svolta, nonché la tipologia di flotta aerea (cfr. par. 26 e ss. del provvedimento).

Sotto il profilo merceologico, ha individuato il mercato rilevante della prima intesa nella prestazione dei servizi di antincendio boschivo espletati mediante elicotteri. L'individuazione del mercato geografico è stata correttamente riportata all'intero territorio nazionale, in ragione della circostanza che la relativa domanda, esclusivamente proveniente da soggetti pubblici, proviene da tutte le stazioni appaltanti regionali e alle procedure di gara da queste attivate partecipano imprese anche distanti dalla propria sede operativa.

In argomento, occorre rammentare che il “mercato geografico” rilevante comprende l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse. Non risulta illogica, allora, la valutazione dell'Autorità, che ha considerato di dimensione nazionale il mercato relativo all'intesa AIB, tenuto conto che non sussiste una significativa diversità, ai fini antitrust, delle procedure di gara poste in essere nei singoli contesti locali dalle stazioni appaltanti regionali.

Parimenti corretta è la qualificazione del mercato rilevante in relazione all'intesa “prezziario”, ove si è tenuto conto della modalità della condotta posta in essere tra le parti, consistente nella formazione di un listino prezzi riguardante ogni servizio di lavoro aereo e trasporto passeggeri espletabile mediante elicotteri (e, quindi, oltre al servizio AIB, anche quello HEMS e in favore della committenza privata). Il mercato rilevante per tale intesa è stato conseguentemente individuato sotto un aspetto merceologico più ampio ma comunque omogeneo, in ragione della unitarietà dello strumento adoperato per porre in essere il disegno collusivo unitario di fissazione *ex ante* dei prezzi. Anche in questo caso la dimensione nazionale del mercato trova ampia

giustificazione nella sostanziale omogeneità dei servizi offerti, indipendentemente dall'area geografica locale di espletamento.

Parte ricorrente formula, poi, una serie di censure volte a contestare la rilevanza e significatività probatoria degli elementi raccolti dall'Autorità nel corso dell'istruttoria relativa all'intesa AIB.

Deve rammentarsi che l'esistenza di una pratica concordata, considerata la (estremamente) difficile acquisibilità della prova di essa in tal senso tra i concorrenti (c.d. "smoking gun"), viene ordinariamente desunta dalla ricorrenza di determinati indici probatori dai quali inferire la sussistenza di una sostanziale finalizzazione delle singole condotte ad un comune scopo di restrizione della concorrenza.

In materia è dunque ammesso il ricorso a prove indiziarie, purché le stesse, come più volte affermato in giurisprudenza, si fondino su indizi gravi, precisi e concordanti. Sempre in materia probatoria deve poi essere considerata la distinzione tra elementi di prova "endogeni", afferenti l'anomalia della condotta delle imprese, non spiegabile secondo un fisiologico rapporto tra di loro, ed elementi "esogeni", quali l'esistenza di contatti sistematici tra le imprese e scambi di informazioni. La collusione può essere provata anche "per inferenza", dalle circostanze del mercato. La differenza tra le due fattispecie e le correlative tipologie di elementi probatori – "endogeni" ed "esogeni" - si riflette sul soggetto sul quale ricade l'onere della prova: nel primo caso, la prova dell'irrazionalità delle condotte grava sull'Autorità, mentre, nel secondo caso, l'onere probatorio contrario viene spostato in capo all'impresa.

In particolare, qualora, a fronte della semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti sul mercato, il ragionamento dell'Autorità sia fondato sulla supposizione che le condotte poste a base dell'ipotesi accusatoria oggetto di contestazione non possano essere spiegate altrimenti, se non con una concertazione tra le imprese, a queste ultime basta dimostrare circostanze plausibili che pongano sotto una luce diversa i fatti accertati

dall'Autorità e che consentano, in tal modo, di dare una diversa spiegazione in chiave concorrenziale dei fatti rispetto a quella accolta nell'impugnato provvedimento.

Qualora, invece, la prova della concertazione non sia basata solo sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, ma dall'istruttoria emerga che le pratiche possano essere state frutto di una concertazione e di uno scambio di informazioni “in concreto” tra le imprese, in relazione alle quali vi siano ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese l'onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti (Cons. Stato, Sez. VI, 13.5.11, n. 2925).

A ciò si aggiunga che deve ricordarsi il principio in base al quale le singole condotte delle imprese devono essere valutate tenendo conto del quadro complessivo della fattispecie esaminata dall'Agcm e non in modo “atomistico”.

Ciò perché, in materia di intese restrittive, i singoli comportamenti delle imprese, che presi isolatamente potrebbero apparire privi di specifica rilevanza “anticoncorrenziale”, qualora si rivelino elementi di una fattispecie complessa, come nel caso di specie, devono essere considerati quali “tasselli di un mosaico”, i cui elementi non sono significativi “in sé”, ma come parte di un disegno unitario, qualificabile quale intesa restrittiva della libertà di concorrenza.

In tale ipotesi, è sufficiente che l'Autorità tracci un quadro indiziario coerente ed univoco, a fronte del quale spetta ai soggetti interessati fornire spiegazioni alternative alle conclusioni tratte nel provvedimento accertativo della violazione “anticoncorrenziale” (Cons. Stato, Sez. VI, 2.7.18, n. 4010, 30.6.16, n. 2947 e 11.7.16, n.3047).

L'Agcm nella presente fattispecie ha ricostruito l'esistenza dell'intesa AIB sulla base di numerose acquisizioni istruttorie, integranti elementi di prova di natura endogena ed esogena.

Per quanto attiene al momento costitutivo dell'accordo, risulta significativa una mail dell'ottobre 2005, citata alle pagg. 14-15 del provvedimento, inviata da Elieuro a Icarus S.c. a r.l., Heliwest, Eliossola, Airgreen, Elimediterranea e Air Service Center, in cui si afferma: "*Visto che l'andamento stagionale è stato proficuo per tutti, si propone di destinare una parte di congruaglio alle società che non hanno partecipato operativamente alle operazioni e che, quindi, non avrebbero alcun titolo per aderire alla divisione del congruaglio stesso. Ciò servirebbe, in ogni caso, a coprire le spese sostenute in sede di formulazione dell'offerta*". In risposta a tale mail Icarus rappresenta che "*all'ultima riunione fatta, si era detto che quest'anno dovesse essere considerato come il 1° di ipotetici 5 anni d'attività, considerando che il prossimo anno ci sarà la gara e fermo restando che sarà per 4 anni (2+2) e che qualcuno dell'ATI, a turno, non parteciperà sarà riconosciuta a tutti una cifra forfettaria? se è così alla Icarus che ha partecipato solo per una piccolissima parte, spetta un compenso analogo in proporzione? Inoltre, considerato che il gruppo (eventualmente allargato) dovrebbe partecipare a tutte le altre gare che saranno bandite dalle altre Regioni, alle quali, nello spirito di una ritrovata unione tra le ditte sarebbe auspicabile che ci presentassimo sempre uniti (sia chi mette gli a/m sia chi non li mette) questo rimborso forfettario verrà riconosciuto a tutte le partecipanti del gruppo che in quella annualità non avranno adoperato gli a/m*".

I documenti citati si riferiscono alle gare per l'affidamento del servizio AIB indette dalla Regione Calabria nel 2005, cui hanno partecipato in ATI le sette imprese di cui alla mail sopra richiamata -Elieuro, Airgreen, Eliossola, Heliwest, Air Service Center, Elimediterranea, e Icarus - offrendo un ribasso simbolico dello 0,0115%; tale gara è stata poi annullata e la Regione ha deliberato di affidare il servizio con trattativa privata, invitando 14 imprese a presentare offerta.

Come evidenziato dall'Autorità, nella nuova gara solo l'ATI estesa a Elieuro, Airgreen, Eliossola, Heliwest, Icarus, Elimediterranea e Air Service Center ha presentato un'offerta, di nuovo con un ribasso estremamente ridotto, dello 0,000071% e, a seguito della richiesta della stazione appaltante di migliorare l'offerta presentata, l'ATI ha poi ritenuto di applicare un ribasso del 2,2%.

Nell'ambito di tale gara, Elieuro ha eseguito il "coordinamento del servizio", Airgreen ha messo a disposizione l'elicottero bimotore per tre mesi; Icarus, Air Service Center, Eliossola e Elimediterranea hanno messo a disposizione gli elicotteri monomotore, Heliwest l'elicottero di scorta.

Il provvedimento ha rilevato che l'ATI era molto ampia (sette imprese) rispetto alla concreta entità del servizio (tre elicotteri), tanto da dover organizzare una turnazione ai fini della "ripartizione" del servizio, e che la procedura era stata caratterizzata da un livello di concorrenza effettiva molto basso e dall'offerta di ribassi prossimi allo zero, incrementatisi leggermente (2,2%) solo dietro richiesta della stazione appaltante.

Rilevante in tal senso è anche la mail inviata da Icarus a Heliwest, Elifriulia, Eliossola, Airgreen, Star Work, Elieuro, Elimediterranea e Air Service Center il 7 dicembre 2005, citata al par. 52 del provvedimento, in cui si legge: *“Alla luce degli ultimi eventi trascorsi (incontri estivi e bando Lombardia), vorrei cercare di proporre una soluzione atta al prosieguo dei buoni propositi manifestati fin ora da buona parte di voi. Vorrei fare una piccola premessa, ricordando alcuni eventi successi, e tuttora in corso. Con alcuni di voi ci siamo incontrati prima della scadenza dell'appalto AIB Calabria, ed in quell'occasione, oltre che trovare un accordo per l'appalto in scadenza, c'è stata una tacita intesa tra i partecipanti per discutere insieme di tutti gli appalti che avrebbero seguito, per alcuni dei quali avevamo ipotizzato anche chi di noi avrebbe partecipato. Qualche tempo prima (appalto AIB Piemonte), la mancanza di colloqui, ha fatto sì che qualche azienda, al fine di aggiudicarsi l'appalto, è stata costretta a fare un grosso regalo all'amministrazione, applicando un notevole ribasso, al solo vantaggio delle Regioni. La stessa cosa potrebbe succedere nell'appalto bandito dalla Regione Lombardia (in corso di aggiudicazione), che potrebbe portare, oltre al mancato (o scarso) guadagno per le società che se lo aggiudicheranno, l'ingresso di società estere sul mercato italiano”*.

L'Autorità ha altresì rivenuto ulteriori elementi che suffragano la tesi dell'esistenza della concertazione a partire dalla gara AIB Calabria 2005 e del suo protrarsi successivamente (cfr. la mail riportata ai par. 67 e ss. del 17 gennaio 2008 acquisita presso Heliwest, in cui tra l'altro si menziona

l'esigenza di tutelare il “*gruppo allargato delle aziende con le quali normalmente si collabora*” dalle imprese esterne allo stesso). Nel provvedimento impugnato sono inoltre riportati numerosi altri documenti che dimostrano continui, non consentiti, contatti tra le parti volti a mantenere in vita la concertazione fino alla gara bandita dalla Regione Sardegna nel 2018.

In particolare viene menzionata la gara AIB Sardegna 2006, cui hanno partecipato in ATI Elieuro, Airgreen, Star Work e Elifriulia, aggiudicandosi l'appalto con un ribasso dello 0,03% (unica offerta pervenuta); l'Autorità ha rilevato, al par. 64 del provvedimento, che anche le successive procedure di gara AIB Sardegna 2009, 2012 e 2014 hanno visto l'assenza di concorrenza tra le parti del procedimento, che hanno partecipato sempre in ATI alle gare, con la presentazione di un'unica offerta in sede di gara e l'aggiudicazione del servizio con ribassi prossimi allo zero.

Allo stesso modo alla gara AIB Veneto 2007 ha partecipato un'ATI formata da Airgreen, Elifriulia, Elieuro e Air Service Center, che si è aggiudicata il servizio grazie a un ribasso dell'8,4%, che presumibilmente rifletteva l'attesa presenza di una offerta concorrente (quella dell'ATI tra Elimediterranea e Helops, poi esclusa); alla successiva procedura del AIB Veneto 2012 ha partecipato solo l'ATI Elifriulia Air Service Center, aggiudicandosi il servizio con un ribasso dello 0,01%.

A fronte di tale corredo probatorio, le spiegazioni alternative fornite dalla ricorrente per giustificare le proprie condotte sul mercato, quali la scarsa remuneratività dei servizi prestati e la necessità, date le specificità dei servizi offerti, di associarsi per la partecipazione alle gare, non risultano credibili.

Anche sotto il profilo degli elementi endogeni, infatti, l'Autorità ha individuato plurimi indizi di anomalia nello svolgimento di numerose gare pubbliche nel lasso temporale interessato dalla concertazione, che hanno consentito di ricostruire, secondo un ragionamento logico e razionale, la sussistenza di univoci pattern collusivi, che conducevano all'aggiudicazione delle gare secondo un meccanismo “ad incastro” volto a disinnescare una

possibile pressione competitiva tra gli operatori di mercato e con ribassi di entità assai ridotta se non prossimi allo zero (cfr. par. 82 e seguenti del provvedimento). Per contrastare la ricostruzione effettuata dall'Autorità, le parti hanno proposto nel corso del procedimento deduzioni difensive, riproposte dalla ricorrente nel presente gravame, che sono state puntualmente e validamente confutate dall'Agcm, la quale ha rilevato, sulla base di plurime e ragionevoli deduzioni, come le spiegazioni alternative proposte dalle parti non fossero in grado di scalfire il quadro delineato in quanto non convincenti o in taluni casi persino contraddittorie (cfr. par. 313 e ss.).

In argomento, deve in primo luogo escludersi che il campione statistico delle gare analizzate da Agcm non fosse sufficientemente rappresentativo del mercato dei servizi AIB, riguardando un numero di gare pubbliche adeguatamente significative, sia sotto il profilo della entità delle aggiudicazioni che del lasso temporale analizzato. L'analisi dell'Autorità ha condotto alla dimostrazione che, per le gare censite nell'arco temporale 2005-2018, le parti del procedimento avevano ottenuto l'89% del totale aggiudicato, e che il 79% del valore relativo a gare aggiudicate dalle parti riguarda procedure che hanno visto la partecipazione di un solo concorrente. Inoltre, avuto riguardo alle gare aggiudicate alle parti, risultava che il 79% del valore aggiudicato riguarda offerte con ribassi inferiori all'1% (cfr. par. 82 e ss.).

Di fronte alla presenza di minime divergenze tra le gare censite, all'analisi della remuneratività degli appalti svolta dall'Autorità, alla riscontrata capacità delle parti di evitare di sovrapporsi nelle gare (e, quindi, di dovere ampliare la propria flotta) ottenendo in tal modo l'aggiudicazione pressoché certa della commessa con il massimo dell'utile acquisibile, risulta implausibile ogni spiegazione alternativa lecita della tendenziale trasformazione, in un mercato caratterizzato da adeguata, potenziale, competizione tra gli operatori, delle gare d'appalto censite in aggiudicazioni al solo operatore partecipante, in assenza di ribassi.

Quanto alla contestata pretermissione nel procedimento antitrust dell'operatore di mercato E+S, deve rammentarsi che l'esclusione dall'istruttoria di un soggetto incide sulla legittimità del relativo provvedimento sanzionatorio solo ove l'operato di tale figura, rimasta estranea al disegno collusivo ricostruito dall'Autorità, renda totalmente implausibile o comunque alteri in maniera significativa il quadro fattuale ricostruito nel procedimento sanzionatorio. Ciò non avviene nel caso in esame, ove la presenza nel mercato di tale società, rispetto alla quale tra l'altro l'Autorità ha rinvenuto elementi indiziari che escludevano il suo coinvolgimento nell'intesa, non incide sulla esistenza di un piano anticoncorrenziale tra le parti.

Non sono condivisibili neppure le censure della ricorrente riguardo alla propria partecipazione all'intesa.

Come la giurisprudenza comunitaria ha evidenziato, in presenza di un illecito collusivo ripetuto da imprese diverse per un certo periodo di tempo, la caratterizzazione della violazione come una singola collusione comporta la considerevole conseguenza, rilevante in tema di partecipazioni assuntivamente "minori" o "marginali" alla concertazione anticompetitiva, che un partecipante sia ritenuto responsabile per tutte le azioni del cartello, anche se non abbia preso personalmente parte alla totalità di esse, una volta che abbia deciso di assentire alla concertazione medesima. Ne discende che, anche alle imprese che sostanzialmente negano il proprio coinvolgimento nella concertazione collusiva accertata dall'Autorità, risulta applicabile il principio, già affermato da questo Tribunale, secondo il quale la continuità dell'infrazione "non può essere esclusa per il solo fatto che la partecipazione soffra di uno sviluppo diacronico – nel caso di intese aventi prolungata articolazione temporale – isolato, ovvero parcellizzato nel corso di individuati e/o circoscritti periodi" (Tar Lazio, Sez. I, 29 marzo 2012, n. 3029). Ciò, in quanto, il cartello è una collusione ("conspiracy") dei suoi membri e, dunque, anche coloro la cui partecipazione sia stata limitata, per non aver preso parte a



tutti gli aspetti dell'accordo anticompetitivo o per avervi svolto un ruolo minore, contribuiscono alla cospirazione complessiva. E, pertanto, anche un partecipante in possesso di una quota minore nel mercato di riferimento può contribuire alla collusione. Il solo modo di evitare la responsabilità è quello di presentare una domanda di clemenza confessando la presenza di un accordo o di dissociarsi pubblicamente da quanto è stato concordato.

Il patrimonio probatorio raccolto nel corso procedimento evidenzia, oltre a uno scambio di flussi informativi che coinvolge direttamente anche la ricorrente, anche l'assenza di una volontà di dissociarsi dalla concertazione anticoncorrenziale, confermando così la consapevolezza e la comprensione del sistema concertativo da parte della ricorrente durante tutto l'arco temporale di durata dell'intesa.

Sempre avuto riguardo all'intesa AIB, trattandosi di una fattispecie di "bid rigging" non può esserne poi messa in discussione la natura di intesa "per oggetto". Per consolidata giurisprudenza, infatti, "...alcune forme di coordinamento tra imprese rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario. Secondo la medesima giurisprudenza, si tratta in particolare, delle forme di coordinamento tra imprese c.d. "per oggetto"- come la fissazione di prezzi o la spartizione del mercato, ed in particolare, come nel caso all'esame, il coordinamento nella partecipazione alle gare d'appalto (c.d. "bid rigging") [o a procedure consimili, n.d.r.] — che possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, perché la probabilità di effetti negativi è talmente alta da rendere inutile la dimostrazione degli effetti concreti sul mercato, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE" (Tar Lazio, Sez. I, 16 novembre 2015, nn. 12931, 12932, 12933, 12934, 12935). In argomento, sono inconferenti, e riproduttivi delle medesime deduzioni difensive avverso le prove endogene raccolte dall'Autorità, gli asseriti errori nella valutazione della peculiarità del mercato e della *lex specialis* delle gare censite, che invece

dimostrano, come sopra rappresentato, la assoluta contendibilità di un mercato sufficientemente maturo e a vocazione concorrenziale. Non può dubitarsi del carattere segreto dell'intesa, che si è sviluppata attraverso lo scambio di informazioni (per mezzo di e-mail e documenti non divulgabili ovvero a uso interno) condivise solo tra le parti.

È possibile, quindi, passare allo scrutinio delle ulteriori censure riguardanti l'intesa "prezziario", con riferimento alla quale è stato dedotto, con il terzo motivo, tanto il difetto di istruttoria, in quanto il prezziario non avrebbe riguardato i servizi continuativi AIB e HEMS, quanto l'inidoneità del listino prezzi a realizzare finalità anticompetitive.

In via generale, deve osservarsi che, come rilevato dall'Autorità resistente, dall'esame delle risultanze istruttorie e dall'analisi dello stesso prezziario risulta evidente che lo stesso si riferisce complessivamente ai servizi svolti dalle imprese coinvolte, dovendosi ritenere del tutto inverosimile che l'AEI e le imprese sanzionate - principali rappresentanti dell'AEI nel consiglio direttivo e nei ruoli apicali dell'Associazione (cfr. par. 98 e ss.) - avessero approvato per più di quindici anni un prezziario che, pur riferendosi in modo generico ad attività di volo e trasporto personale a mezzo di elicotteri utilizzabili per ogni tipologia di servizio elicotteristico, avrebbe invece riguardato solo una ristretta sottospecie di servizi "spot", che la maggior parte delle imprese non prestavano, o prestavano in modo assolutamente marginale. Le considerazioni svolte al riguardo dall'Autorità risultano ampiamente argomentate e coerenti con le acquisizioni istruttorie.

Come emerge dagli accertamenti svolti dall'Autorità, infatti, alcune delle imprese sanzionate svolgono tutte e tre le tipologie di servizi elicotteristici mentre altre svolgono solo AIB e lavoro aereo/trasporto passeggeri nei confronti di privati, o HEMS e lavoro aereo e/o trasporto passeggeri nei confronti di privati: in particolare Airgreen e Elifriulia sono attive nell'offerta di servizi AIB, HEMS e di lavoro aereo e/o trasporto passeggeri verso clientela privata, mentre Heliwest, Elitellina, Eliossola e Star Work nell'offerta

di servizi AIB e di lavoro aereo e/o trasporto passeggeri verso clientela privata.

Vi sono anche alcuni elementi documentali che confermano che il prezzario avesse un contenuto generale, quali ad esempio le dichiarazioni di una delle società sanzionate, Eliossola, rese in sede di audizione, le comunicazioni di trasmissione del prezzario ad uffici di stazioni appaltanti regionali competenti in materia di affidamento del servizio AIB, e le informazioni rese dalle stazioni appaltanti, alcune delle quali hanno esplicitamente dichiarato di utilizzare, come parametro per la fissazione dei prezzi a base di gara dei servizi AIB, il prezzario dell'Associazione AEI o, comunque, il prezzario di associazione di categoria (le Regioni Sardegna e Liguria).

In particolare, nel provvedimento è menzionato, al par. 378, un documento acquisito in sede ispettiva dal titolo "*Finalità, contenuti e modalità di approvazione e diffusione del prezzario*", da cui risulta che il prezzario viene redatto ed approvato "*per fornire una indicazione al mercato civile privato, nonché alle Regioni ed Amministrazioni Pubbliche che occasionalmente richiedono dei parametri indicativi relativi al costo al minuto per i principali modelli di elicottero presenti sul mercato*"; si dà atto, inoltre, che in una bozza del verbale della riunione del Consiglio di AEI dell'8 marzo 2017 viene riportato che "*in più di una occasione le Amministrazioni hanno richiesto all'Associazione il prezzario e ritiene quindi che sia importante averlo aggiornato*".

L'Autorità ha dato conto altresì, al par. 379, di avere acquisito agli atti mail e comunicazioni di trasmissione del prezzario ad uffici di stazioni appaltanti regionali competenti in materia di affidamento del servizio AIB.

A fronte di tali risultanze la circostanza che il solo prezzario dell'anno 2012 riporti espressamente in nota la dizione "*i prezzi sopra indicati non si applicano ai servizi con disponibilità continuativa dell'elicottero*" non può ritenersi rilevante al fine di escludere dal prezzario i servizi AIB, in quanto il prezzario è stato pacificamente utilizzato fin dal 2001 e fino al 2017, con le modalità sopra

descritte, di tal che la specificazione in questione non è idonea a confutare l'utilizzo di tale strumento quale parametro per tali servizi.

Deve poi escludersi che l'intesa "prezziario" costituisca una duplicazione di quanto già sanzionato in relazione al "bid rigging" relativo alle gare di servizi AIB. Tale intesa, infatti, è diversa sia in relazione alle parti del procedimento che al mercato di riferimento e al suo oggetto, riguardante la fissazione ex ante dei prezzi del mercato dei servizi di trasporto aereo, laddove l'intesa AIB sanziona invece la concertazione volta alla spartizione delle gare relative a tale servizio.

Trattandosi di intesa di prezzi, valgono le medesime considerazioni svolte in precedenza circa la natura "per oggetto" della stessa e l'assenza di necessità di verificare l'effettiva produzione di effetti anticompetitivi sul mercato.

Quanto alla presunta inidoneità del listino ad alterare la competizione, si rileva che il prezziario non riportava dati "storici" ma definiva, *ex ante*, prezzi futuri, da applicarsi per l'anno in corso e fino all'approvazione del nuovo listino, e conteneva i "prezzi per minuto di volo" differenziandoli per tipologia di elicottero e tipo di impiego. Dalle risultanze probatorie, sono emersi documenti da cui si evince che il Consiglio direttivo dell'AEI decideva, anche su richiesta degli associati, di aumentare i prezzi di listino e di introdurre nuovi modelli di elicotteri.

Inoltre, anche le società che non facevano parte del Consiglio comunque manifestavano la volontà di aderirvi: il prezziario era, infatti, trasmesso a tutte le parti del procedimento per osservazioni o richieste di modifica, prima della sua registrazione alla Camera di Commercio.

Quanto alla presunta astratta inidoneità dello strumento a influenzare negativamente la libera fissazione dei prezzi di mercato, deve osservarsi che, per costante giurisprudenza, le intese di prezzo sono contrarie alle regole sulla concorrenza anche quanto i relativi listini non sono vincolanti e financo trasmessi alla committenza, poiché ciò "non esclude che, di fatto, gli stessi ben possono fungere da "indicazione di prezzo" al quale le imprese sono

portate a conformarsi (o come nel caso di specie, esplicitamente invitate ad attenersi), indipendentemente dal recepimento o meno di tali indicazioni da parte dell'interlocutore. In altre parole, l'effettiva sussistenza di un confronto con la committenza, anche se improntato alla trasparenza dei dati, non toglie che la massiccia diffusione di dati strategici possa influenzare il comportamento di prezzo delle singole imprese, alterando il libero confronto concorrenziale" (Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2019, n. 1025).

L'Autorità, inoltre, ha anche documentato, pur non essendone tenuta in ragione della natura dell'intesa, che il prezzario ha anche in concreto prodotto effetti anticompetitivi, essendo stato utilizzato da talune stazioni appaltanti (la Sardegna e la Liguria) per determinare le basi d'asta in gare in cui Agcm ha verificato una generale sovrastima degli importi di aggiudicazione rispetto ai prezzi di mercato effettivi.

Quanto all'eccezione di prescrizione dell'intesa prezzario in ragione della asserita natura istantanea e non permanente dell'illecito contestato, deve osservarsi che l'illecito in questione non ha carattere istantaneo in quanto si è protratto durante tutto il periodo di esistenza del prezzario. La durata della condotta sanzionata, infatti, non può essere artatamente limitata alla singola azione illecita compiuta ma coincide con il lasso di tempo in cui si è mantenuta l'unitaria strategia anticoncorrenziale. Dunque, mentre nel caso di illecito istantaneo, caratterizzato da un'azione che si esaurisce in un lasso di tempo definito, lasciando permanere i suoi effetti, la prescrizione incomincia a decorrere con la prima manifestazione della lesione del bene tutelato – nel caso di illecito permanente, quale è quello accertato nei confronti della ricorrente, protraendosi la verifica dell'evento in ogni momento della condotta che lo produce, la prescrizione ricomincia a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui la condotta illecita si è manifestata per la prima volta, fino alla cessazione dell'infrazione complessivamente considerata.

L'eccezione di intervenuta prescrizione degli illeciti contestati alla parte ricorrente non può quindi trovare accoglimento.

Infine, non possono essere accolte neppure le doglianze da ultimo formulate dalla ricorrente, con i motivi dal quinto all'ottavo, in relazione alla quantificazione della sanzione.

Per quanto riguarda il coefficiente di gravità applicato, si rammenta che il punto 12 delle linee guida adottate dall'Autorità sulle modalità di applicazione delle sanzioni antitrust così prevede: *“Nel valutare la gravità della violazione, l'Autorità terrà conto in primo luogo della natura dell'infrazione. L'Autorità ritiene che le intese orizzontali segrete di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione costituiscano le più gravi restrizioni della concorrenza. Al riguardo, l'eventuale segretezza della pratica illecita ha una diretta relazione con la probabilità di scoperta della stessa e, pertanto, con la sanzione attesa. Per questo tipo di infrazioni, la percentuale del valore delle vendite considerata sarà di regola non inferiore al 15%”*.

In primo luogo, deve escludersi che il criterio della misura minima del 15% del valore delle vendite per le intese segrete sia illegittimo, come sostenuto dalla ricorrente, per violazione dell'art. 15 della legge n. 287/90, che non prevede una soglia minima per la sanzione: la previsione, infatti, pone un parametro modale e non assoluto che, inoltre, è perfettamente calibrato e giustificato in ragione della rilevanza e dannosità anticoncorrenziale delle condotte collusive di questo tipo.

In tal senso si è pronunciata la giurisprudenza richiamando l'orientamento della Corte di Giustizia UE secondo la quale è legittimo applicare, per le restrizioni più gravi, come quelle in esame, «un tasso di almeno il 15% del valore delle vendite, che costituisce il minimo del “valore più alto”, di cui al punto 23 degli orientamenti del 2006, per tale tipo d'infrazione» (Corte di Giustizia UE, sentenza del 27 aprile 2017, causa C-469/15) (Cons. Stato, sez. VI, 21 dicembre 2017, n. 5998).

Entrambe le intese, poi, sono state correttamente qualificate come “molto gravi” in ragione della loro natura restrittiva per oggetto oltre che per l'importanza e il numero delle imprese coinvolte. Inoltre, il profilo di

segretezza ha condotto all'applicazione di una percentuale pari al 15% per l'intesa AIB che, tenuto conto del limite edittale del 30% del valore delle vendite previsto al punto 11 delle linee guida e della oggettiva gravità dell'intesa, risulta assolutamente proporzionato ed adeguato. Le medesime considerazioni valgono per l'intesa prezzario che, benché non segreta, ha comunque ad oggetto la fissazione dei prezzi e ha trovato concreta attuazione attraverso la pubblicazione dei listini. Anche in tal caso, l'applicazione di una percentuale, in certo modo contenuta quale è quella del 10% appare pienamente proporzionata rispetto alla gravità dei fatti contestati.

Anche la durata dell'infrazione è stata validamente computata dall'Autorità avuto riguardo a entrambe le imprese, considerato che, quanto al bid rigging, la mancata partecipazione a talune delle gare riguardanti il periodo di durata della concertazione non fa venire meno, per le ragioni espresse in precedenza, la volontà di continuare a partecipare alla comune strategia anticoncorrenziale. Per quanto riguarda il prezzario, non essendovi stata una volontà delle parti del procedimento di "dissociarsi" dalle deliberazioni dell'AEI, è corretta l'individuazione, quale data finale dell'intesa, del 25 agosto 2017 (data di abolizione del prezzario da parte dell'AEI) e, per le parti che ancor prima dell'abolizione del prezzario si sono sciolte dal vincolo associativo, nelle date di cessazione del rapporto di essere con l'associazione.

Correttamente, poi, l'Autorità ha ritenuto, nell'esercizio della propria discrezionalità al riguardo, che il programma di compliance adottato da Airgreen non potesse ritenersi efficace, sulla base del rilievo che a seguito dell'adozione e attuazione del programma la società ha continuato a partecipare all'intesa relativa al condizionamento delle procedure di gara AIB quantomeno fino all'aprile 2018, in occasione della gara AIB Sardegna; ciò nel rispetto di quanto disposto dall'art. 23, punto 1, delle linee guida prevede che costituisce circostanza attenuante *“l'adozione e il rispetto di uno specifico programma di compliance, adeguato e in linea con le best practice europee e nazionali. La mera esistenza di un programma di compliance non sarà considerata di per sé una circostanza*

*attenuante, in assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma (attraverso, ad esempio, un pieno coinvolgimento del management, l'identificazione del personale responsabile del programma, l'identificazione e valutazione dei rischi sulla base del settore di attività e del contesto operativo, l'organizzazione di attività di training adeguate alle dimensioni economiche dell'impresa, la previsione di incentivi per il rispetto del programma nonché di disincentivi per il mancato rispetto dello stesso, l'implementazione di sistemi di monitoraggio e auditing)".*

Infine, non sussistono le condizioni per una riduzione da parte di questo giudice, ai sensi dell'art. 134, comma 1, lett. c), cpa, della misura delle sanzioni pecuniarie comminate dall'Agcm, non essendovi le condizioni, in ragione della chiara diversità delle due intese contestate, per applicare il criterio del concorso formale delle sanzioni. Neppure sussistono le condizioni per modificare la sanzione in ragione alla asserita ridotta rilevanza della partecipazione della ricorrente alle due intese, poiché, come in precedenza rilevato, è stata ampiamente dimostrata la volontà della ricorrente di partecipare alla "cospirazione" complessiva, avuto riguardo a entrambe le fattispecie sanzionate.

In conclusione il ricorso deve essere respinto.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo nei confronti dell'Autorità resistente, mentre vanno compensate in considerazione dei rapporti tra le parti nei confronti di Elitaliana s.r.l..

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese nei confronti di Elitaliana s.r.l. e condanna la ricorrente alla rifusione in favore dell'Autorità resistente delle spese di lite, che si liquidano in complessivi euro 4.000,00 oltre accessori di legge.

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



Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2020 con l'intervento, in collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Laura Marzano, Consigliere

Francesca Petrucciani, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Francesca Petrucciani**

**IL PRESIDENTE**

**Antonino Savo Amodio**

**IL SEGRETARIO**