

Pubblicato il 02/07/2021

N. 05058/2021REG.PROV.COLL.
N. 05828/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso NRG 5828/2020, proposto da Babcock Mission Critical Services Italia s.p.a., corrente in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Piero Fattori, Antonio Lirosi, Laura Pierallini, Matteo Padellaro ed Alberto Pera, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

l'Autorità garante della concorrenza e del mercato-AGCM, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12 e

nei confronti

di Elilombarda s.r.l. e di Elitaliana s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, nonché di Massimiliano Giana, non costituiti in giudizio,

per la riforma

della sentenza del TAR Lazio, sez. I, n. 5262/2020, resa tra le parti, concernente il provvedimento sanzionatorio di AGCM irrogato a causa di

un'intesa illecita dell'appellante con altre sei imprese del settore in violazione dell'art. 101 TFUE;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della sola AGCM;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del 15 aprile 2021 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi, altresì, per le parti gli avvocati Lirosi e Pierallini e l'Avvocato dello Stato Verdiana Fedeli, in collegamento da remoto, ai sensi degli artt. 4, comma 1, del Decreto Legge n. 28 del 30 aprile 2020 e 25 del Decreto Legge n. 137 del 28 ottobre 2020, attraverso videoconferenza con l'uso di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare del Segretario generale della Giustizia amministrativa n. 6305 del 13 marzo 2020;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – La Babcock Mission Critical Services Italia s.p.a. (già INAER Aviation Italia s.p.a.), corrente in Milano ed interamente partecipata dalla Babcock Mission Critical Services International SAU (con sede nel Regno di Spagna), dichiara d'esser un'impresa di servizi aerei, aventi ad oggetto la messa a disposizione su base continuativa di elicotteri e dei loro equipaggi per attività di elisoccorso (HEMS) e di collegamento con le piattaforme petrolifere (*Oil & Gas*).

Detta Società rende noto che, con provvedimento n. 26445 del 14 marzo 2017, a seguito di una segnalazione d'un pilota di elicotteri, l'AGCM avviò il Procedimento I806 (AFFIDAMENTO APPALTI PER ATTIVITÀ ANTINCENDIO) nei confronti di essa e di altre sei imprese attive nel settore dell'offerta di servizi aerei con elicottero (Airgreen s.r.l., Elifriulia s.r.l., Heliwest s.r.l., Eliossola s.r.l., Elitellina s.r.l. e Star Work Sky s.a.s.).

Il provvedimento AGCM aveva ipotizzato un'intesa illecita tra le sette imprese, in violazione all'art. 101 TFUE, volta a spartirsi le gare pubbliche per

l'affidamento dei servizi antincendio boschivo - AIB (attraverso la partecipazione combinata alle relative gare d'appalto, in modo da far ottenere a tutti i membri dell'accordo, a rotazione, una quota di ciascun servizio) e di HEMS, oltre a garantire a se stesse, in entrambi i casi, prezzi di aggiudicazione alterati ed ingiustificatamente elevati. Tal condotta collusiva e spartitoria sarebbe stata posta in essere anche nell'ambito di e grazie all'AEI, associazione di categoria di cui tutte le Parti del procedimento risultano esser soci. L'AGCM, già in seno al procedimento ricondusse le due attività *de quibus* a due mercati ben distinti, per le evidenti differenza tra servizi AIB e quelli HEMS. Tanto perché questi ultimi sono connotati non tanto dalla componente di trasporto e movimentazione (propria dell'AIB), quanto dalla prevalenza della dimensione organizzativa del servizio, occorrente ad assicurare, in modo continuativo, il supporto logistico all'assistenza emergenziale alla collettività, mediante l'uso di aeromobili-A/M sofisticati e tecnologicamente avanzati.

In un secondo tempo l'Autorità estese detto procedimento all'attività svolta dalle imprese in ambito AEI, volta alla definizione, su base annuale, di un prezzario occorrente «... *ad influenzare le variabili economiche relative alle gare pubbliche e all'offerta dei servizi di lavoro e trasporto aereo nei confronti della clientela privata...*». Il procedimento fu esteso soggettivamente nei confronti di altre tre imprese, inclusa la Babcock International, qual soggetto che avrebbe esercitato il controllo su Babcock MSC Italia s.p.a.

2. – In esito al procedimento e dopo le audizioni di rito e l'interlocuzione in contraddittorio con le Parti, è intervenuto il provvedimento n. 27563 del 13 febbraio 2019, notificato a detta Società il successivo giorno 29. L'AGCM ha così accertato che:

A) fu posta in essere da sei imprese l'illecita concertazione riguardante le gare AIB, consistente in un'intesa unica, continuata e complessa al fine di condizionare il mercato dei servizi AIB;

B) fu posta in essere da dieci imprese (tra cui la Babcock MSC Italia s.p.a.) e dall'AEI, un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'art. 101 TFUE, consistente in un'intesa orizzontale per oggetto, continuata e complessa e avente ad oggetto la fissazione *ex ante*, in ambito associativo, del prezzario per i servizi con elicottero;

C) non furono sufficienti gli elementi acquisiti per dichiarare l'esistenza di un'intesa restrittiva, pur ipotizzata all'inizio del procedimento, al fine condizionare il mercato, di fatto esclusivamente di commesse pubbliche, dei servizi HEMS.

Sicché l'AGCM ha irrogato alla Babcock, in solido con la controllante Babcock MSC International SAU, una sanzione pecuniaria di € 50.612.057, per la gravità e la continuazione dei due illeciti anti-competitivi. Tuttavia tal importo deriva dalla riduzione del 5%, grazie al programma di *compliance antitrust* adottato da detta Società dal 2015, il quale, sebbene ritenuto non efficace per non aver rivelato ed interrotto autonomamente la condotta illecita contestata prima delle ispezioni di AGCM, ha però considerato che la Babcock avesse integrato e apportato modifiche anche significative al programma, a seguito dell'avvio del procedimento e prima della CRI.

Dal canto suo, l'"intesa Prezzario", determinatasi in seno all'AEI (ove tal prezzario fu elaborato e costantemente aggiornato) e per tutto l'arco temporale intercorrente tra il 2001 e il 2017, determinò un listino dei "prezzi per minuto di volo", differenziati per tipologia di elicottero (monomotore o bimotores, utilizzata in Italia) e tipi d'impiego ("Posizionamento", "Lavoro aereo" e "Trasporto Personale"). Esso era di regola adottato ad inizio anno e valeva per quell'anno stesso ed anche oltre, fin quando non ne fosse emanato uno nuovo, ma sempre con prezzi in aumento e sovrastimati, pure se riferiti agli elicotteri più obsoleti. Pertanto, si trattò non di mere rilevazioni statistiche di prezzi passati, bensì d'un listino prezzi *pro futuro*, definito in sede associativa ed inteso ad indirizzare e condizionare l'orientamento dei consumatori, anche

pubblici. Infatti, i listini erano diramati a richiesta dei clienti, anche pubblici e resi noti mediante pubblicazione presso la CCIAA di Milano.

3. – Avverso tal statuizione inerente al prezzario e, per quanto di ragione, l'art. 3, co. 2, l'art. 6, co. 1 e l'art. 7, co. 1 del Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'AGCM è allora insorta la Babcock innanzi al TAR Lazio, col ricorso NRG 5430/2019.

Essa ha dedotto, quanto alla c.d. “intesa Prezzario”:

I) – l'illegittimità del provvedimento AGCM, perché adottato da un collegio composto da soli due membri in violazione alla regola d'indefettibile collegialità perfetta (tre componenti) dell'organo deliberante dell'Autorità, donde l'impugnazione pure delle presupposte norme regolamentari sul *quorum* strutturale a due membri e, in subordine, per la presenza di membri diversi dal Presidente (quindi, nominati con altre modalità rispetto a quest'ultimo), ferme in ogni caso l'impossibilità di attribuire al membro facente funzioni di Presidente i poteri (in particolare, quello sul valore doppio del di lui voto in caso di parità di voti espressi) spettanti in via esclusiva al Presidente (a pena di trasformare l'organo collegiale in uno monocratico), la conseguente necessità di porre la questione di legittimità costituzionale sull'art. 23, co. 2, III per. del DL 6 dicembre 2011 n. 201 (conv. modif. dalla l. 22 dicembre 2011 n. 214) e l'inidoneità della delibera ex art. 7 del regolamento a statuire se non in via temporanea;

II) – l'assenza di prove sicure né che, al di là di occasionali richieste di talune Amministrazioni, il prezzario servisse a fornire parametri relativi ai servizi HEMS alla committenza pubblica, essendo riferito ai soli servizi *spot* (tant'è che le tariffe ivi indicate furono fissate non all'ora di volo ma al minuto, modalità irrealistica, insignificante per il prof. Jarach e incompatibile coi servizi HEMS remunerati con canoni mensili e per quelli a disponibilità continuativa dell'elicottero), né del suo invio a tali committenti, né che questi v'abbiano mai fatto concreto riferimento nella stesura dei bandi per i servizi AIB e HEMS (come si rileva dalle risposte rese al questionario dell'Autorità),

né che i prezzi esposti fossero veramente sovrastimati (ciò fu malamente inteso dall'Autorità pure con riguardo al vettore AAD e, al più, per i soli servizi AIB) o che, comunque, avessero condizionato i prezzi a base d'asta per l'HEMS o che la ricorrente avesse mai spinto per il loro aumento;

III) – l'inidoneità, neppure in astratto, del prezzario a condizionare la committenza pubblica ai fini HEMS (i cui appalti non possono limitare le offerte per dati tipi di elicottero, anziché altri), come si evince dalle sue intestazioni nel tempo (p. es., inapplicabilità ai servizi di elitaxi o di trasporto pubblico passeggeri) ed essendo rivolto soltanto ad indicare i prezzi per i servizi di lavoro aereo e di trasporto persone, mercati rilevanti, questi, distinti da quello HEMS (l'elisoccorso usa solo mezzi tecnicamente dedicati all'assistenza e fu espressamente escluso da prezzario), come già accertato a suo tempo dall'Autorità in altra sede e qui ribadito in sede di CRI (ove s'indicano tre mercati: AIB; HEMS; lavoro aereo e trasporto passeggeri);

IV) – l'erroneità della definizione dell'intesa sul prezzario qual intesa per oggetto, poiché, essendo una restrizione *ex ante*, la sua efficacia illecita fu condizionata dalle concrete scelte di volta in volta compiute dalla committenza pubblica, non per forza e acriticamente riposate sul prezzario, donde il difetto d'istruttoria e di motivazione sul punto;

V) – la contraddizione tra l'ammissione di AGCM, per cui non vi fu prova certa che la concorrenza nelle gare per i servizi HEMS fosse stata condizionata dal prezzario e l'assunto, per cui gli operatori HEMS lo concertarono e l'usarono in danno ai committenti pubblici per influenzarne le variabili economiche (ossia, le basi d'asta) di tali gare;

VI) – il difetto di motivazione del riferimento dell'atto impugnato sugli effetti nocivi del prezzario anche nei confronti dei servizi *Oil & Gas*, aventi natura continuativa come quelli HEMS e verso i quali l'Autorità nulla ebbe a che osservare in sede istruttoria;

VII) – l'intervenuta prescrizione quinquennale ex art. 28 della l. 24 novembre 1981 n. 689 (anche con riguardo all'atto d'avvio del procedimento

sanzionatorio), in quanto l'esclusione espressa dei servizi HEMS ed *Oil & Gas* dal prezzario rimonta a quello adottato dall'AEI il 14 marzo 2012 e, in subordine, la prescrizione per tutte le condotte anteriori al febbraio 2014 comunque addebitabili alla ricorrente, trattandosi di illeciti antitrust istantanei commessi nel quinquennio antecedente alla data d'adozione del provvedimento finale che li ha accertati.

La ricorrente ha altresì dedotto, in ordine all'entità della sanzione:

VIII) – l'abnormità della sanzione irrogata, che tien conto del fatturato della controllante, ma del cui coinvolgimento qual responsabile in solido la ricorrente non fu mai informata dall'AGCM, né ebbe perciò modo di controdedurre efficacemente sul punto, donde la lesione dei diritti di difesa di Babcock, ferme comunque l'insussistenza dei presupposti per l'estensione della responsabilità alla controllante stessa e l'erronea ricostruzione del fatturato di tutte le imprese in varia guisa controllate da entrambe le Società così sanzionate;

IX) – l'insussistenza dei presupposti per la gravità dell'illecito *antitrust*, come indicati dalle linee-guida della stessa AGCM.

L'adito TAR, con sentenza n. 5262 del 18 maggio 2020, ricostruiti i fatti salienti ed i principi fermi in giurisprudenza sulle intese anti-competitive orizzontali per oggetto, ha integralmente respinto la pretesa azionata. In particolare, il TAR ha precisato che:

A) – sebbene l'art. 10, co. 2 della l. 10 ottobre 1990 n. 287 (come modificato dall'art. 23, co. 2 del DL 201/2011) delinei la struttura dell'AGCM come organo collegiale (costituito da tre membri tra cui il Presidente), non la definisce qual collegio perfetto e le demanda, per ferma giurisprudenza, la definizione dell'assetto e delle maggioranze, con riferimento ai *quorum* strutturale e funzionale, per cui la modalità con cui è stato assunto l'impugnato provvedimento è conforme alla norme primarie e regolamentari e non è irretita da alcuna incompatibilità con le norme costituzionali, essendo anzi funzionale ad assicurarne l'indefettibile continuità dell'azione

amministrativa (d'estrema rilevanza e delicatezza) ed a superare ogni *impasse* istituzionale (grazie anche al “doppio voto” presidenziale) derivante dall'assenza d'uno dei membri protratta oltre i limiti;

B) – alla luce dei criteri d'interpretazione delle condotte anticoncorrenziali, nella specie sussiste la seria e plausibile esistenza della concertazione e d'uno scambio di informazioni collusive “in concreto” tra tutte le imprese (anche di quelle che assumano la marginalità del loro operato), in difetto di spiegazioni descrittive più precise di tali condotte, onde col prezzario, sì valevole per i servizi *spot* ma utilizzabile, nell'intento delle Parti, pure per il servizio HEMS, la ricorrente e le altre Parti del procedimento furono in grado di controllare e orientare i comportamenti della committenza pubblica avanti ai servizi con elicottero (come s'inferisce dal doc. 121 – verbale del Consiglio di AEI dell'8 marzo 2017, secondo cui in più di un'occasione gli enti aggiudicatori chiesero il prezzario e si manifestò l'interesse del Consiglio ad «averlo aggiornato»), risultato, questo, non smentito dalla scarsa frequenza delle richieste delle Amministrazioni (le gare HEMS sono poche e a durata pluriennale), né dall'indicazione per minuti di volo, anzi corroborato da varie emergenze istruttorie, nonché dall'interesse attoreo al prezzario pure per servizi HEMS (altrimenti incomprensibile, se rivolto solo ai servizi *spot* o AIB);

C) – fu irrilevante l'indicazione dei prezzi per minuto di volo, giacché, a fronte dell'avviso attoreo secondo cui tal metodo non poteva essere usato per la prestazione dei servizi HEMS, le Stazioni appaltanti, nel fissare gli importi posti a base di gara, individuano un primo importo definito quale “Fisso mensile”, cui s'aggiunge un'ulteriore tariffa calcolata in base alle “Ore di volo” in effetti svolte per l'attività di soccorso vera e propria, onde tariffazione “a minuto di volo” rappresenta solo la riduzione ad 1/60 della tariffa chiamata, per consuetudine nei servizi continuativi, “Ore di volo”, e costituisce una componente fondamentale per determinare le basi d'asta;

D) – non rileva neppure il dato testuale del prezzario, che la ricorrente vorrebbe riferito solo al “lavoro aereo” ed al “trasporto personale” (e, quindi,

non al servizio HEMS o a quello *Oil & Gas*), in quanto nel “trasporto personale” è da intendere incluso pure il trasporto degli utenti da soccorrere e del personale medico, proprio dei servizi HEMS, atteso che i valori del prezzario si riferiscono pure ad elicotteri bimotores utilizzati per i servizi di elisoccorso o *Oil & Gas*;

E) – quantunque la ricorrente l’abbia escluso, l’Autorità ha evidenziato come le stesse Parti abbiano ammesso il livello dei prezzi indicati in prezzario più elevato rispetto ai valori effettivi di mercato, confermando così quanto esposto e documentato dal segnalante, secondo il quale detti valori del prezzario erano più elevati dei preventivi per lavori di trasporto aereo *spot*, formulati da altri operatori (e dalle stesse Parti) per taluni affidamenti in economia a favore di gestori di piattaforme petrolifere in mare, al largo del territorio nazionale;

F) – a differenza di quanto opina la ricorrente, non è che il mercato rilevante di gare HEMS non abbia restituito esiti falsati ad essa imputabili e/o ai suoi rivali, ma è che l’Autorità ha ritenuto gli elementi raccolti in sede istruttoria non sufficienti ai fini dell’accertamento di un’intesa restrittiva della concorrenza, in quanto l’Intesa Prezzario s’inserì in due mercati caratterizzati da dinamiche, in un caso (AIB), anti-competitive e, nell’altro, fortemente sbilanciate a vantaggio di un singolo operatore (pur se partecipando alle gare in ATI), tant’è che l’Autorità ha dettagliato gli indizi significativi sulla sussistenza di effetti distorsivi del prezzario anche per il mercato HEMS, sì da individuare, in base ad una valutazione tecnica immune da contraddittorietà o da carenze istruttorie, anzitutto il dato oggettivo della costante e protratta nel tempo fissazione *ex ante* di prezzi concordati per i servizi elicotteristici, la loro pubblicizzazione e la loro messa a disposizione degli utilizzatori (pubblici e privati), inferendo quindi lo scopo condizionante del prezzario sul livello dei prezzi di detti servizi;

G) – non è vero che l'antigiuridicità della condotta attorea per il mercato HEMS fosse venuta meno dal 2012 (quando fu chiarito che l'ambito applicativo del prezzario si riferì ai soli servizi non continuativi), poiché la ricorrente continuò a manifestare interesse all'aggiornamento del prezzario anche dopo, interesse altrimenti inspiegabile per un'impresa, come la ricorrente, presente in tal mercato in misura maggioritaria se non totalitaria, come non è vero che l'approvazione annuale del Prezzario avesse integrato un illecito istantaneo e non, come in effetti è, permanente, onde, a fronte dell'unitarietà dell'infrazione accertata e della presenza di un illecito permanente (che dunque non si esaurisce in un dato lasso di tempo), la prescrizione inizia a decorrere soltanto con la cessazione dell'infrazione nel complesso considerata (che, afferendo ad un'intesa restrittiva per oggetto, non è venuta meno, neppure nel periodo di mancato aggiornamento del prezzario, fintanto che le imprese abbiano continuato ad applicarlo);

H) – è corretto l'operato dell'Autorità nel definire grave l'illecito attoreo e nell'imputarlo pure alla Società controllante ed a tutta la relativa compagine di gruppo, così come il calcolo dell'irrogata sanzione.

4. – Appella pertanto la Babcock, col ricorso in epigrafe, deducendo l'erroneità dell'impugnata sentenza per:

I) – non aver colto né che l'art. 10 della l. 287/1990 qualifica l'AGCM come organo collegiale, né che l'art. 23, co. 1 del DL 201/2011, pur riducendo a tre il numero dei componenti dell'Autorità, attribuisce valenza doppia al voto del solo Presidente, onde la presenza di questi è imprescindibile e la relativa vacanza non è assimilabile alle ipotesi derogatorie di tal norma (assenza o impedimento) e la natura di Collegio perfetto dell'Autorità non sconta deroghe, a pena d'illegittimità degli artt. 6 e 7 del regolamento AGCM e dell'art. 23, co. 1 del decreto-legge n. 201, per il quale si ribadisce la QLC disattesa in primo grado;

II) – aver ritenuto che il prezzario AEI potesse condizionare le scelte della committenza pubblica sui servizi HEMS, mentre esso s'applicò, ad onta

d'ogni diversa ricostruzione, letteralmente ai soli servizi di "*lavoro aereo e trasporto personale*" e con espressa esclusione dei "*servizi prestati su base continuativa*" (tra cui quelli HEMS), dati, questi, non superabili né dall'assunto del TAR per cui il trasporto personale fosse ontologicamente distinto dal lavoro aereo (e non, com'è, ancillare ad esso e, quindi, non assimilabile all'HEMS), né dal tentativo del TAR d'assimilare il servizio HEMS al trasporto personale per farlo rientrare nel prezzario (mentre l'HEMS, oltre a richiedere licenze di volo specifiche, riguarda il diverso ambito del trasporto *passengeri*), né dall'assegnazione di altri significati al dato testuale al prezzario, pensato per i servizi *spot* (certo non per l'AIB, per i cui servizi l'AEI provvede a diramare agli interessati, né per l'HEMS o per i servizi continuativi alla committenza privata, quali l'*Oil & Gas*), in difetto di comportamenti concludenti o di indizi gravi di segno contrario e fermi sempre restando l'omessa considerazione sulla peculiare natura dell'HEMS, il sostanziale disinteresse (quando non la negazione) della committenza pubblica verso il prezzario ai fini HEMS, l'assenza di sovrastima dei prezzi là esposti circa le gare HEMS e l'irrilevanza degli ulteriori elementi menzionati in sentenza sul prezzario stesso (p. es., il riferimento ad elicotteri bimotori, l'interesse dell'appellante sull'emanazione del prezzario, la peculiare vicenda AAD-Onlus, ecc.);

III) – aver la sentenza limitato, pur dopo aver rettamete declinato i parametri definitori dell'intesa orizzontale per oggetto ed invece di calarli nel caso concreto del prezzario, il proprio riscontro all'assenza dell'obbligo dell'Autorità a svolgere ulteriori accertamenti volti a verificare se l'intesa avesse realmente prodotto effetti anticoncorrenziali, mentre avrebbe dovuto dimostrare che il prezzario, quand'anche applicabile ai servizi HEMS, fosse poi stato in grado d'influenzare le scelte della committenza pubblica sulle basi d'asta di gare per tali servizi, stante l'atipicità dell'"intesa Prezzario" (fissazione *ex ante* di prezzi per i servizi *spot* verso i clienti privati; condizionamento della committenza pubblica *prima* dell'indizione delle gare e

indipendentemente dalla concorrenza tra le imprese partecipanti ad ognuna di esse), non riferita ad alcun precedente *antitrust* finora accertato e diversa da quelle tipiche per oggetto (tale, cioè, da non rientrare tra i casi ex art. 101, § 1, TFUE e da abbisognare di un'approfondita analisi del contesto giuridico ed economico, in ordine almeno alla natura dei beni o dei servizi coinvolti ed alle condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione), non essendo prevedibile che il prezzario, riferito a tutt'altro mercato, potesse davvero condizionare le scelte delle stazioni appaltanti ed elidere ogni loro riferimento ad altre fonti senza prima verificare quali fossero le fonti normali da cui queste di norma traevano informazioni per fissare le basi d'asta per i servizi HEMS (l'AGCM diramò loro un questionario sul punto, ma essa tacque sui risultati o s'appurò che gli aggiudicatori non s'avvalsero del prezzario), in via subordinata chiedendo il rinvio pregiudiziale della questione alla CGUE;

IV) – non aver tenuto conto dell'indebita equiparazione, operata dal Provvedimento ma ribadita dal TAR, tra il servizio HEMS e quello *Oil & Gas*, specificamente contestata nel VI motivo di primo grado, ma su cui la sentenza non ha motivato, fermo restando che i prezzi praticati dall'appellante per l'*Oil & Gas* furono ben più alti di quelli indicati nel prezzario;

V) – non aver colto, ai fini del calcolo della prescrizione ex art. 28 della l. 689/1981, che a tutto concedere l'illecito sul prezzario terminò nel 2012, che l'"interesse" attoreo all'aggiornamento di esso fu solo la normale dialettica associativa sui punti all'ODG e che, lungi dal proporre una visione parcellizzata della condotta illecita, in realtà l'appellante aveva dedotto in primo grado la natura istantanea di quella sostanziata nell'adozione di prezzari, codici, linee-guida, ecc. (secondo una nota giurisprudenza della Sezione), ferma l'irrilevanza della pretesa interruzione della prescrizione, per aver l'AEI diramato vecchi prezzari ritenendoli ancora efficaci, trattandosi di questioni inerenti all'AIB;

VI) – l'omessa o incompleta pronuncia del TAR sulla misura della sanzione irrogata in violazione del principio di proporzionalità di essa, irrilevante appalesandosi allora il richiamo al principio di effettività e deterrenza delle sanzioni *antitrust*, a causa delle varie forzature operate all'Autorità non solo sulla dubbia gravità della condotta, ma pure sulla durata di questa e sul calcolo del fatturato complessivo (pure di tutte le imprese partecipate dall'appellante e dalla Società controllante).

S'è costituita in giudizio l'Autorità intimata, che conclude in modo articolato per il rigetto integrale dell'appello e per l'inammissibilità, per ampliamento del *thema decidendum*, d'ogni riferimento al parallelo contenzioso AIRE/AIR (sent. n. 5275/2020).

Con ordinanza n. 1741 del 1° marzo 2021, la Sezione ha chiesto all'AGCM una relazione, insieme alla documentazione rilevante, per conoscere «... a) quale sia stata la data di scadenza naturale della carica del Presidente uscente dell'Autorità; b) se la 'vacanza' del posto di Presidente dell'Autorità sia stata determinata dalla scadenza naturale del mandato oppure da dimissioni ante tempus e, in quest'ultimo caso, in quale data le eventuali dimissioni siano divenute efficaci; c) quali siano le date di nomina del nuovo Presidente e di rilascio dell'autorizzazione del CSM ad assumere l'incarico, nonché le date in cui tali atti siano divenuti efficaci; d) se al momento di adozione del provvedimento impugnato (adunanza del 13 febbraio 2019) sia già intervenuta la nomina del nuovo Presidente e, in caso di risposta positiva, quali siano state le ragioni della sua assenza (impedimento temporaneo, ecc.); e) se il provvedimento sia stato adottato con la votazione unanime dei due componenti dell'Autorità in carica al momento dell'adozione del provvedimento, oppure con il voto prevalente del componente più anziano facente funzioni di Presidente...». Il 19 marzo u.s., l'Autorità ha depositato agli atti di causa i documenti, da cui è facilmente evincibile che, al momento dell'adunanza del 13 febbraio 2019, nel quale fu deliberato il Provvedimento impugnato (votato all'unanimità dei presenti), il nuovo Presidente dott. Rustichelli, pur se già nominato, non era ancora stato collocato in f.r. (delibera CSM del 17 aprile 2019; DM 29 aprile 2019).

5. – Sull'appello deve il Collegio fornire una risposta articolata.

Anzitutto, deve il Collegio condividere quanto detto dall'Avvocatura erariale nella sua memoria difensiva, con riguardo al richiamo attoreo alla sentenza n. 5275/2020, oggetto dell'appello AGCM di cui al ricorso NRG 7212/2020 contro l'accoglimento del ricorso proposto al TAR dalla Air Corporate s.r.l. e dalla AIRI s.r.l. Tal richiamo è, al contempo, un inammissibile ampliamento del presente contenzioso a questioni diverse ed inutile in sé, ché in quel caso il TAR, lungi dal revocare in dubbio la configurazione dell'intesa Prezziario, s'è limitato ad accogliere i motivi sull'estraneità della Air Corporate s.r.l. alla realizzazione dell'intesa stessa. Trattandosi di sentenza *sub judice* e per la peculiare vicenda delle due citate Società, non è lecito inferire da essa argomenti a discolpa dell'appellante, posto che per essa e le altre imprese coinvolte negli appelli chiamati all'udienza pubblica odierna, diverse da Air Corporate, l'intesa illecita è rimasta integra ed efficace per tutto il tempo dell'accordo antitrust e tali imprese, sia pur con qualche diversa ma non dirimente sfumatura, ne sono state responsabili.

5.1. – Sempre in via preliminare, sfugge al Collegio l'insistenza dell'appellante, tanto da riproporne anche in questa sede la questione di legittimità costituzionale, sulla composizione dell'AGCM qual organo collegiale (a tre componenti) esclusivamente perfetto. Il corollario d'un tal assunto è che, ove per un qualunque motivo non vi fosse sempre un terzo componente, l'Autorità non potrebbe deliberare, a nulla rilevando né il quorum strutturale (almeno due membri presenti), né le esigenze di tempestivo funzionamento di essa.

Su un piano generale, già l'Adunanza plenaria di questo Consiglio, ancora di recente (cfr. Cons. St., ad. plen., 12 dicembre 2018 n. 17), ha precisato che «... *la strutturazione di un organo collegiale di natura amministrativa quale collegio perfetto, sebbene integri opzione a più riprese prescelta dal Legislatore, non risponde ad un interesse di carattere assoluto: la giurisprudenza amministrativa è consolidata nello statuire che il collegio perfetto non è un modello indispensabile per gli organi collegiali amministrativi,*

doendosi avere riguardo alle peculiarità della relativa disciplina (Consiglio di Stato sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2500, Consiglio di Stato sez. VI, 6 giugno 2011 n. 3363); anche la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità civile (cfr. Corte cost. 12 marzo 1998 n. 52; Cass. S.U. 24 agosto 1999, n. 603; Cass. S.U. 5 febbraio 1999, n. 39, Cass., Sez. lav., n. 8245 del 26 aprile 2016) non hanno mai ritenuto necessario, a fini di rispetto dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che organi con attribuzioni amministrative fossero collegi perfetti. Riveste inalterata attualità sul punto, l'insegnamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale "il collegio perfetto è un modello necessario soltanto per gli organi collegiali giurisdizionali, mentre per quelli amministrativi ben può essere previsto un quorum strutturale inferiore al plenum del collegio in relazione alla peculiarità della disciplina da dettare "(Cons. St., sez. V, 11 aprile 1991, n. 539) ...».

La giurisprudenza di questo Consiglio ha viepiù evidenziato come la qualificazione dell'organo collegiale in termini di collegio perfetto richieda una previsione di legge che, espressamente o in modo implicito (cioè desunto da altri elementi testuali concordanti), preveda la presenza di *tutti* e di ciascun componente per le attività deliberative e valutative che il collegio medesimo deve operare (cfr., di recente, per restare agli arresti della Sezione, Cons. St., VI, 25 giugno 2020 n. 5990).

L'indice più sicuro per individuare un collegio perfetto, quando la legge non offra elementi univoci in tal senso, è costituito dalla previsione, accanto ai membri effettivi, pure di componenti supplenti. Infatti, il fine della supplenza è di garantire che il collegio possa operare sempre col *plenum* anziché con la sola maggioranza, in caso d'impedimento di taluno dei membri effettivi, senza che il suo agire sia impedito o ritardato da tal assenza.

5.2. – Ma la prospettazione attorea, ove accolta, porterebbe a risultati invero paradossali, spia evidente, questa, dell'aporia logica delle premesse, al di là di qualunque buona ragione possa aver mosso una tal interpretazione, la quale rasenta l'irrazionalità.

Si può discettare di scelte legislative che, per esigenze di risparmio del pubblico denaro, han portato a ridurre a tre soli i componenti dell'Autorità, ma non è che, nella specie, tal scelta abbia tralasciato o misconosciuto un minimo di disciplina sugli effetti problematici d'una così ridotta composizione rispetto al funzionamento dell'Autorità stessa. L'art. 23, co. 1 del DL 201/2011 ridusse sì il numero dei componenti dell'AGCM a tre, ma stabilì al contempo che «... ove il numero dei componenti, incluso il Presidente, risulti pari, ai fini delle deliberazioni, in caso di parità, il voto del Presidente vale doppio...», tenendo in debito conto dei compiti delicati della stessa ANR pure per la tenuta del diritto euro-unitario della concorrenza. Sicché il legislatore del 2011, lungi dall'aver tralasciato la buona funzionalità dell'AGCM pur in assenza d'uno dei suoi componenti per qualunque ragione, non parla delle cause per cui tal numero risulti pari, ma constata semplicemente che, ove si verifichi detta parità e quand'anche tal vicenda coinvolga il Presidente, si risolve un tal *impasse* mercé il valore doppio del voto di questi o di chi ne fa le veci.

Né l'art. 23, co. 1 scaricò sulle fonti secondarie ed organizzative il metodo più utile per evitare all'Autorità proprio quel nocivo paradosso, che l'appellante vuol riproporre predicando la rigidità del "collegio perfetto" o, peggio, l'impossibilità per il Presidente facente funzioni di esercitare non già le mere prerogative del titolo bensì l'esercizio del voto secondo la legge. Infatti, la disciplina posta dall'art. 10 della l. 287/1990 e dal Regolamento sul funzionamento dell'Autorità non qualifica espressamente l'organo deliberante come un collegio perfetto, né prevede la nomina di supplenti o, quel che più rileva agli occhi del Collegio, l'invalidità delle deliberazioni dell'organo collegiale assunte in assenza di uno dei componenti. In particolare, l'art. 3 del Regolamento prevede che, in caso di assenza o di impedimento del Presidente, le di lui funzioni siano temporaneamente assunte dal Componente con maggiore anzianità nell'ufficio o, in caso di pari anzianità, dal più anziano di età, mentre l'art. 6 impone per la validità delle riunioni dell'Autorità la presenza del Presidente e di un componente, ovvero di due componenti. Il

successivo art. 7 dispone che le deliberazioni di detta Autorità sono adottate a maggioranza dei votanti e, in caso di parità, prevale il voto del presidente o, in sua assenza, del componente che ne assume temporaneamente le funzioni ai sensi del precedente art. 3, co. 2.

L'art. 23, dunque e ferma la funzione attuativa ed integrativa della normazione secondaria ed insieme ad essa, risolse il problema nel senso che la rigorosa struttura a tre membri, che assicura la collegialità ex art. 10 della l. 287/1990, non ha però natura di collegio perfetto e può funzionare con una modalità alternativa, nei casi in cui non si possa far altrimenti.

5.3. – Di fronte alle ineludibili esigenze di repressione d'illeciti *antitrust*, il sistema s'è conformato mercé la constatazione, vista la norma primaria che prevede il caso d'un collegio deliberante a due, che l'attività deliberativa funziona comunque ove sia rispettato il quorum strutturale a due membri.

Grazie a siffatta composizione, si scongiura nella più parte dei casi la paralisi del funzionamento di AGCM — quella sì in aperta violazione dei valori sottesi agli artt. 10, 41 e 97 Cost.—, in virtù di una scelta che coniuga efficienza e ragionevolezza. La diversa costruzione propugnata da parte appellante predica o la perfezione del Collegio o l'imprescindibilità della presenza del Presidente, ma entrambe le soluzioni s'appalesano già in sé deboli perché non assistite da univoci dati testuali, nella legge o nell'ordinamento generale, che giustifichino tali asserti. Né basta: tali soluzioni non offrono neppure quell'equilibrato temperamento tra interessi, valori e risultati efficaci, tutti costituzionalmente rilevanti, che i pubblici poteri devono garantire con serietà, rigore e tranquillità, specie nelle situazioni di emergenza. Appunto per questo, se la legge vuole un collegio deliberante imperfetto nel numero ma funzionale nell'assunzione delle decisioni grazie al voto a valore doppio, essa copre pure l'ipotesi di assenza o vacanza del posto di Presidente, in attesa com'è avvenuto nella specie del perfezionamento della di lui presa di funzioni.

L'ipotesi contraria, che ben si legge nell'appello, è in pratica l'invalidità degli atti assunti durante la vacanza del posto di Presidente. In altri contesti, ove siano implicati diritti di libertà, tale sanzione, quand'anche non fosse recata da una fonte espressa, trova comunque riscontro in Costituzione. Ma, al contempo, se altri diritti, afferenti p. es. ai valori di coesione euro-unitaria, fossero pretermessi dai motivi per cui tal sanzione è invocata, un tal risultato, esso sì, ove emergesse dalla lettura della stessa riforma del 2011 o da fonti successive, imporrebbe a questo Giudice di denunciarne subito l'irragionevolezza nelle opportune sedi. Non v'è ragione di soffermarsi viepiù sull'autoevidente *vulnus* al principio costituzionale di buon andamento derivante dalla disfunzione d'un organo o di un ufficio di una ANR, né bisogna spender tante parole sulla necessità di non pregiudicare la tutela effettiva della concorrenza, come declinata dalla normativa UE e garantita da AGCM, in forza di interpretazioni che ne minino la continuità di funzionamento.

Va altresì condivisa la memoria di replica dell'Avvocatura erariale, ché alla data in cui fu deliberato l'impugnato Provvedimento il dott. Rustichelli, già debitamente nominato dai Presidenti delle due Camere ma in attesa del collocamento in f.r., si trovò in posizione di temporaneo impedimento.

Pertanto, da un lato, scolorano le questioni che l'appellante pone sul preteso mancato adempimento dell'ordinanza n. 1741/2021. Infatti, dalla serena lettura congiunta dei documenti pertinenti è facile sia evincere l'esatta scansione degli eventi relativi a detta nomina, sia l'esito della votazione assunta dall'Autorità nei termini indicati dal relatore prof. Ainis, componente non facente funzioni del Presidente, sicché vi fu unanimità sul punto. Dall'altro lato, anche a seguire la tesi attorea, il dott. Rustichelli era stato nominato, seppur in attesa dell'obbligata, ma doverosa sua collocazione in posizione di f.r., onde il posto non era più vacante ed il dott. Rustichelli si trovava, per pochi giorni, solo in una legittima situazione di temporaneo impedimento.

Dunque è ben chiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale attorea, vista l'intrinseca ragionevolezza e la congruenza della soluzione organizzativa recata dall'art. 23 del DL 201/2011 rispetto alle regole costituzionali su cui riposano le esigenze di continuità funzionale dell'Autorità.

6. – Venendo al merito della lite, per una miglior comprensione delle vicende di causa e di come l'Autorità ha esaminato le condotte illecite dell'appellante e dei suoi sodali, va ricordato che il sindacato giurisdizionale di questo Giudice sulle sanzioni *antitrust* vuol verificare se l'Autorità ha violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'Autorità stessa con quelle giudiziali.

Al riguardo, è ormai fermo avviso della Sezione, superate alcune incomprensioni lessicali legate all'iniziale distinzione tra sindacato “debole” e “forte”, il pieno accesso di questo Giudice al fatto ed al percorso intellettuale e volitivo seguito dall'Autorità. Si è affermato che l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (nella specie, la fase di c.d. “contestualizzazione” dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità fornisce una determinata risposta, questo Giudice, sia pur all'esito di un controllo “intrinseco” —che si avvale, cioè, delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Autorità—, non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità. Egli si deve piuttosto limitare a verificare se tal risposta rientri o no nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono esser date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto (cfr. Cons. St., VI, 15 luglio 2019 n. 4990).

Tale sindacato è stato definito di «attendibilità tecnica e non sostitutivo» (cfr. Cons. Stato, VI, n. 4990/2019, cit.).

S'è poi accennato in fatto che il presente giudizio concerne il Provvedimento con cui l'AGCM ha accertato l'esistenza di due intese restrittive della concorrenza contrarie all'articolo 101 TFUE. La prima fu quella attinente condizionamento delle gare pubbliche aventi ad oggetto la prestazione del servizio di antincendio boschivo (AIB) a mezzo di elicottero, bandite (e con commesse da eseguire) nell'intero territorio nazionale dalle competenti stazioni appaltanti di livello regionale. La seconda riguardò l'approvazione, nell'ambito dell'Associazione elicotteristica Italiana-AEI, del prezzario relativo ad attività di “*lavoro aereo*” e “*trasporto personale*”, distinto per tipologia di elicotteri. Ad avviso dell'Autorità, quest'ultima intesa si sostanziò in un accordo orizzontale anti-competitivo, con oggetto la fissazione *ex ante* (rispetto al periodo temporale di riferimento) dei prezzi di detti servizi aerei resi per mezzo di elicotteri. All'odierna appellante fu contestata appunto quest'ultima intesa restrittiva.

Giova altresì rammentare che tal intesa investì essenzialmente la definizione e la diffusione di un listino prezzi (o Prezzario), generalmente con cadenza annuale, da parte dell'AEI, in concorso con le imprese associate, relativo ai servizi con elicottero nel loro complesso. Esso, dunque, riguardò un contesto merceologico più ampio, che incluse i servizi AIB (servizio di antincendio boschivo), i servizi HEMS (servizi di elisoccorso) ed altri servizi espletabili anche a favore della committenza privata. Tale condotta, che si articolò in modo ininterrotto quantomeno dal 2001, con l'adozione del primo prezzario, sino all'agosto del 2007 —allorché l'AEI ne abolì l'ultimo—, ebbe per oggetto e scopo una fissazione concordata, *ex ante*, dei prezzi dei servizi aerei tramite elicotteri, prezzi in sé alti ed in aumento listino dopo listino.

6.1. – Ebbene, la questione dell'“intesa Prezziario” non consisté tanto se il listino prezzi potesse realmente interessare alle stazioni appaltanti o condizionarne le scelte sugli importi da mettere a base d'asta per i servizi di elisoccorso. Essa s'incentrò piuttosto sulla “necessità” in sé di tal listino,

voluto anche e mai ripudiato dall'appellante, pur se ora lo reputi inutile o, comunque, inutilizzabile per i servizi su base continuativa.

Invero, il coinvolgimento delle associate nella fattispecie d'intesa in esame scaturì dal ruolo che esse, tra cui l'appellante, dimostrarono di ricoprire nella definizione ed approvazione del prezzario in sede associativa e con cadenza annuale e precisamente: a) le società sanzionate erano parti di AEI e furono perlopiù pure membri del comitato direttivo, il quale si riuniva appositamente per definire il prezzario ed approvarlo; b) le imprese si comunicavano tra loro (e comunicavano pure a terzi) il prezzario, ovvero ne chiedevano modifiche (cfr. una *email* del 20 marzo 2012, in cui l'associazione trasmette un nuovo prezzario "*a seguito richieste Air Corporate*", nonché la *email* d'interlocuzione tra l'AEI e Star Work).

Al riguardo, la giurisprudenza ha chiarito come per intese di prezzo anticoncorrenziali per oggetto debbano intendersi non solo gli accordi che fissino prezzi a livelli esattamente determinati o al di sotto del quale le imprese si impegnino a non vendere, ma anche, più in generale, tutte le vicende concertazioni idonee a cortocircuitare la libera determinazione individuale del prezzo e, quindi, la sua naturale flessibilità (cfr. Cons. St., VI, 31 gennaio 2019 n. 1025). In particolare, è fermo avviso della giurisprudenza che vanno considerate come intese di prezzo restrittive della concorrenza per oggetto anche le indicazioni, da parte di associazioni di imprese, di tenere un determinato livello di prezzo, pur se non vincolanti o formulati come mere raccomandazioni (cfr. Cons. St., VI, n. 1025 del 2019, cit.; CGUE, 18 luglio 2013, C-136/12), nonché «... *nell'ipotesi in cui richiama a giustificazione della propria condotta la dignità della professione o la qualità della prestazione...*» (cfr. Cons. St., VI, 19 dicembre 2019, nn. 8588 e 8591).

Ebbene, l'intento illecito perseguito con la predisposizione di tal prezzario, o la sua idoneità ad influenzare le dinamiche di prezzo del settore del mercato di riferimento, risultano confermate dai numerosi documenti acquisiti durante la fase istruttoria. I dati più eloquenti furono: A) – una bozza del verbale della

riunione del Consiglio di AEI dell'8 marzo 2017, ove si legge che «... *in più di una occasione le Amministrazioni hanno richiesto all'Associazione il prezzario e ritiene quindi che sia importante averlo aggiornato. Tutti i consiglieri concordano e pertanto si decide di aggiornarlo con i nuovi modelli e mantenere le tariffe anche per il 2017...*»; B) – la lettera del 19 novembre 2011, dal responsabile AIB della Regione siciliana ad AEI, relativa a una “*indagine conoscitiva di mercato*”, in cui fu descritto il servizio AIB domandato e fu chiesto ad AEI «*di far pervenire, in pari modalità, il prezzo di listino relativo alle prestazioni del servizio in oggetto*». In base ciò, fu corretta e plausibile, in assenza di seri indizi o di scenari seriamente alternativi, la qualificazione di tal intesa come restrittiva della concorrenza per oggetto, trattandosi di una concertazione sui prezzi.

Non dura fatica il Collegio a reputare che, in linea di mero principio, il contenuto in sé di tal listino o prezzario sembra esser rivolto ad una clientela diversa da chi organizza servizi HEMS e, per certi versi, un tal assunto non sarebbe manifestamente erroneo. Ma se fosse stato veramente così, sfugge al Collegio l'utilità di tal listino, ristretto ad una piccola porzione della clientela, specie se si tien conto del lungo tempo in cui il prezzario fu vigente e soprattutto a fronte dell'assunto attoreo che i clienti ordinari del servizio *Oil & Gas*, servizio non *spot* e appunto su base continuativa, fossero già stati edotti delle tariffe esposte in tal prezzario.

La realtà è diversa, onde il Collegio deve convenire con il TAR sulla portata generale del prezzario nel contesto competitivo, essendo risultato che esso fu in pratica rivolto a tutta la clientela, pubblica e privata e per tutti i tipi di servizi forniti dalle imprese parti dell'accordo anticompetitivo.

Il prezzario, come tutti i listini prezzi, non servì affatto come ricognizione statistica di prezzi storici, ma fornì l'indicazione dei prezzi correnti da applicare ai servizi resi nell'anno di riferimento. Già il prezzario per l'anno 2001 rese noto che esso era «*valido dal 01.01.2001 al 31.12.2001*» e tutti i successivi listini contennero la medesima indicazione cambiando solo l'anno di riferimento. Essi definirono così il comportamento economico uniforme,

anno dopo anno, di tutti gli associati AEI nei rapporti con tutta la clientela di tutti i servizi offerti. In particolare, la documentazione acquisita evidenziò come tal Prezzario (e la sua registrazione presso la CCIAA di Milano) fungesse da riferimento di prezzo per le imprese nella modulazione della loro offerta dei servizi di lavoro aereo e trasporto passeggeri destinati certo a clienti privati. Ma esso fu volto a indurre il comportamento delle stazioni appaltanti dei servizi AIB e HEMS a tener conto in prima battuta, nella modulazione delle offerte a base d'asta, dei valori economici esposti e, in varia guisa, intesi come un riferimento sì orientativo, ma imprescindibile. Al riguardo, il Provvedimento dà conto di talune stazioni appaltanti (quali, p. es., la Regione Sardegna e la Regione Liguria) che han dichiarato di aver usato il prezzario come parametro per determinare le basi d'asta che sono risultate, pertanto, condizionate, rispetto al libero esplicarsi della concorrenza.

L'Autorità ha anche attentamente analizzato l'andamento dei prezzi, da cui emerge che i valori del prezzario s'attestarono a livelli più elevati, rispetto ai valori effettivi di mercato a cui erano venduti in concreto i servizi di lavoro aereo con elicottero.

Che poi i committenti pubblici, pur richiedendo il prezzario, non v'abbiano dato seguito o se siano pure disinteressati, nulla toglie all'illiceità d'una condotta concertata dalle Parti in sede associativa per manovrare il mercato pubblico dell'elisoccorso (indipendentemente, quindi, dall'effetto utile sperato) e che, anzi, s'appalesa più pericolosa delle *combine* anticoncorrenziali per le spartizioni dei singoli appalti (è la vicenda dei servizi AIB), appunto per l'intento di manovrare *ex ante* la pubblica committenza per l'HEMS.

6.2. – Non a diversa conclusione reputa il Collegio di pervenire con riguardo al fatto che, recando il prezzario dal 2012 in poi l'avvertenza secondo cui «... *i prezzi sopra indicati non si applicano a servizi con disponibilità continuativa dell'elicottero...*», allora da quell'anno, ad avviso delle Parti, l'illecito si dovrebbe ritenere cessato, in quanto non più riguardante i servizi AIB ed HEMS.

Ora, risulta convincente la valutazione dell'Autorità secondo cui la struttura e l'entità dei prezzi non mutarono con l'introduzione di tal avvertenza, né variarono in modo significativo le tipologie di elicotteri considerati dal Prezzario. Ciò trova conferma nel fatto che la maggior parte dei documenti sopra citati, da cui risulta l'applicazione del Prezzario anche ai servizi AIB ed HEMS, s'attestò pure e soprattutto nell'arco temporale coevo al Prezzario 2012 o successivo. Né tal scenario cambiò nelle annualità successive, per le quali il Provvedimento ha chiarito che anche le annualità 2013 e 2016 vanno comprese nella fattispecie d'illecito unica, complessa e continuata. Per quegli anni l'AEI ed i suoi associati hanno decisero esplicitamente di mantenere in vigore i prezzari degli anni precedenti, vicenda, questa, che, lungi dal manifestare la volontà di cessare la condotta illecita, espresse invece una volizione opposta, cioè assimilabile a quella di specifica approvazione di un nuovo prezzario, dunque continuativa nell'illecito. Dai documenti acquisiti emerge infatti che la stessa AEI inviò ad una Stazione appaltante e ad un'associata i prezzari del 2012 e del 2015, considerandoli ancora vigenti rispettivamente nel 2013 e nel 2016/2017 nelle more dell'approvazione dei nuovi listini.

Alla luce di tali dati e delle considerazioni generali dianzi svolte in riferimento alla configurabilità di un'intesa unica e continuata, non illogico o implausibile s'appalesa il giudizio dell'AGCM, ove ha ravvisato una condotta illecita permanente per tutto il tempo in cui i listini continuarono ad esser pubblicamente accessibili. Tale caratteristica preclude pertanto l'invocata decorrenza di un termine di prescrizione, non essendo l'infrazione cessata né mai interrottasi nel tempo, donde il rigetto pure di tal domanda attorea.

6.3. – Neppure convince la contestazione attorea alla definizione di mercato rilevante espressa da AGCM, secondo cui, in relazione alle specifiche modalità della condotta analizzata, includendovi, oltre ai servizi AIB, pure i servizi HEMS e, più in generale, ogni servizio di lavoro aereo e trasporto passeggeri espletabile con elicottero, a committenza sia pubblica che privata, a

livello nazionale (in quanto il prezzario si rivolse a tutta la clientela, pubblica e privata, al di là della localizzazione geografica della stessa).

L'appellante dice che il prezzario non si applicò ai servizi continuativi, né all'elitaxi o altri servizi, ma che si riferì ai soli servizi di "*lavoro aereo e trasporto personale*". Ma l'appellante non s'avvede che il trasporto personale, pur se talvolta ancillare al lavoro aereo, è sempre un trasporto passeggeri. E quest'ultimo è riconoscibile anche nell'*Oil & Gas*, anche se questo si manifesti come "*servizio prestato su base continuativa*", né è estraneo al servizio HEMS, il quale, ad avviso del Collegio, non può dirsi un *tertium genus* solo alla luce del titolo COA di cui si devono munire i piloti, come non si può definire il trasporto personale soltanto un servizio *spot*. Anzi, l'insistenza attorea sul fatto, a suo dire, che il Provvedimento abbia riguardato i soli servizi *spot* si scontra con la pertinente replica dell'Autorità che ha evidenziato come quella sottospecie di servizi (*spot*) è una tipologia che la maggior parte delle imprese non prestavano affatto o prestavano in modo del tutto marginale. Né basta: in base ai dati raccolti da AGCM, lo s'è detto e qui si ribadisce, emerge la trasmissione del prezzario anche ad uffici di stazioni appaltanti regionali competenti in materia di affidamento del servizio AIB.

Il Collegio concorda allora con il TAR laddove ha ritenuto non rilevanti o non connotanti: a) il dato testuale del listino o prezzario che, parlando del "*trasporto personale*", non ha mai espressamente escluso, al di là della sua mera durata, il servizio HEMS, che si sostanzia nel trasporto degli utenti da soccorrere e del personale medico; b) i modelli di elicotteri utilizzati, essendo i valori del listino o prezzario riferiti pure ad elicotteri bimotore utilizzati per i servizi di elisoccorso; c) le indicazioni dei prezzi per minuti di volo, che per i servizi HEMS costituiscono la riduzione ad 1/60 della tariffa chiamata invece, per consuetudine nei servizi continuativi, "*Ore di volo*" (che è calcolata per le ore in cui l'elicottero sta in volo nello svolgimento dell'attività di soccorso vera e propria).

Scolorano così le considerazioni dell'appellante sulla pretesa "atipicità", che a suo dire esclude la natura per oggetto dell'accordo sul prezzario ed avrebbe dovuto imporre un accertamento più approfondito sul contesto giuridico ed economico, in ordine almeno alla natura dei beni o dei servizi coinvolti ed alle condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato in questione e sulla reale efficacia verso la committenza pubblica. Per quanto sia suggestiva la ricostruzione attorea in ordine all'inconfigurabilità dell'"intesa Prezziario" qual intesa orizzontale per oggetto ed in ordine all'atipicità della fattispecie, in realtà d'atipico v'è solo l'obbiettivo di un condizionamento neppur così lieve del mercato privato e della committenza pubblica, non certo la pericolosità in sé della condotta illecita. Al riguardo, l'appellante sostiene, oltre all'inapplicabilità ai servizi HEMS ed ai servizi *Oil & Gas* offerti, l'inidoneità del prezzario ad influenzare le stazioni appaltanti. Non è così: il TAR ha rettamente individuato i parametri per la valutazione della restrittività nel caso in esame, verificando la sussistenza di un'*intesa orizzontale di prezzo tra concorrenti* operanti nel mercato nazionale dei servizi con elicottero nel loro complesso e già il § 235 del Provvedimento aveva chiarito che la «... *seconda fattispecie collusiva... si dimensiona, sempre in ragione delle specifiche modalità della condotta in cui essa si estrinseca, su un ambito merceologico più ampio e parzialmente sovrapponibile a quello dell'altra fattispecie, includendo, oltre ai servizi AIB, più in generale ogni servizio di lavoro aereo e trasporto passeggeri espletabile mediante elicottero, sia a committenza pubblica... (HEMS), ma anche in favore di committenza privata...*». Dal canto suo, il prezzario, che, come s'è accennato, nelle varie edizioni ha mantenuto sostanzialmente le medesime indicazioni (ma aumentando i prezzi), fornì sempre i "parametri indicativi" inerenti al prezzo dei servizi con elicottero nel loro complesso, a prescindere dalla natura della committenza (pubblica o privata), dalla modalità di acquisizione del servizio (gara o negoziazione privata) e dalla specifica tipologia di servizio offerto e/o abilitazione occorrente.

La difesa dell'appellante molto insiste ad enfatizzare ed isolare le peculiarità e le specifiche voci di costo che caratterizzerebbero i servizi continuativi e, in particolare, quelli HEMS. Ma non pare che siano capaci di dimostrare, a fronte dell'accertata sostanziale omogeneità delle voci di costo relative sia ai servizi elicotteristici “*spot*” che quelli continuativi, che prezzi al minuto di volo per tipologia e marca di elicottero (come quelli figuranti sul prezzario) non siano facilmente utilizzabili, appunto, qual parametro di riferimento per servizi di lavoro aereo e trasporto passeggeri continuativi. Il loro corrispettivo risulta sempre definito, da committenti pubblici e privati, tenendo conto del numero di ore stimate di volo (cfr. il § 384 del Provvedimento, per cui nel «... *doc. 656, recante una mail del marzo 2012, avente ad oggetto “prezzi per p.a.”...* è allegato il documento di fonte AEI “Servizio di antincendio boschivo con elicotteri. Normativa, caratteristiche tecniche e costi” del giugno 2006 ... (nella cui) ultima pagina è riportato un esempio di calcolo dei costi coerente con la struttura dei costi dei servizi di lavoro e trasporto aereo...»).

Non è vero quindi che il TAR non abbia approfondito, sulla scorta del Provvedimento e degli atti di causa, la situazione di contesto e tal situazione è quella in cui l'AEI, nel 2011 e su richiesta della odierna appellante, inviò a Terna s.p.a. il prezzario 2011 e, nel 2012, entrambe si scambiano note sullo schema dei prezzi per il servizio AIB, cui a un di presso sarebbe seguito quello per i servizi HEMS. Né è vero che il TAR non abbia ben chiaro il contesto economico, sotteso all'intesa *de qua*,

poiché il primo Giudice, sempre secondo quanto dedotto in Provvedimento, si è basato su una precisa analisi del settore, il quale s'articola nelle due macrocategorie di servizi di lavoro aereo e di trasporto passeggeri. A quest'ultima son riconducibili una serie di servizi tra cui: a) i servizi di antincendio boschivo AIB (in cui prevale il lavoro aereo); b) i servizi HEMS (in cui prevale il trasporto passeggeri); c) i servizi di lavoro aereo e trasporto passeggeri nei confronti di clienti privati (tra cui anche i cd. servizi *Corporate e Oil & Gas*).

A tal conclusione sia il Provvedimento che il TAR son giunti agevolati dal fatto che, in sede d'audizione innanzi all'AGCM, fu la stessa AEI ad evidenziare l'utilizzabilità del prezzario anche per servizi diversi da quelli ivi espressamente menzionati ("*lavoro aereo*" e "*trasporto personale*"), E ciò, a suo dire, perché «... *le stazioni appaltanti, in termini più generali, hanno interesse ad avere il prezzario in quanto pur non essendo riferiti a servizi di tipo AIB e HEMS –quanto piuttosto al lavoro aereo– lo stesso può essere utilizzato dai funzionari pubblici ai fini di avere un'idea generale del prezzo/costo di massima di un servizio con impiego di elicotteri monomotore e/o bimotores e utilizzato come documento giustificativo ai fini dell'individuazione dell'importo a base di gara...*». Sicché non esiste o, comunque, nel contegno delle Parti e nella prassi, una differenza qualitativa decisiva tra i termini, meramente evocativi ma non dirimenti, di "*trasporto personale*" e di "*trasporto passeggeri*" ai fini dell'esatta valutazione dell'"*intesa Prezzario*".

Nella stessa sede, l'AEI precisò inoltre che «... *le voci dei costi fissi della macchina e dei piloti sono certi e omogenei per tutte le... tipologie di servizi elicotteristici... e si caratterizzano per le medesime componenti di costo (ad esempio, costo piloti, costi di assicurazione, costo di ammortamento, spese di gestione, etc.) che si differenziano principalmente in ragione dello specifico modello di elicottero. I costi variabili dipendono dal numero di minuti/ore volate ma anch'esse si compongono delle stesse voci di costo per tutti i descritti servizi (ad esempio, costi carburante, consumo al minuto, accantonamento per manutenzione o riparazione, etc.)...*». Già queste cose inducono a dubitare dell'assunto attoreo per cui il prezzario non si sarebbe punto applicato ai servizi svolti dall'appellante e, a più forte ragione, tal assunto diviene sempre meno plausibile a fronte delle richieste di essa ad aggiornare un prezzario relativo a servizi, a suo dire, non corrispondenti all'oggetto della sua attività d'impresa.

6.4. – Ha dunque ragione il TAR a disattendere ogni ricostruzione alternativa alla definizione del prezzario come intesa orizzontale sui prezzi, in quanto essa s'è basata «... *sulla presenza di elementi indiziari, primo fra tutti il dato oggettivo della costante, e protratta nel tempo, fissazione ex ante di prezzi concordati per i servizi*

elicotteristici, la loro pubblicizzazione e la loro messa a disposizione degli utilizzatori pubblici e privati, da cui è possibile trarre la ragionevole conclusione che la sua finalità fosse proprio quella di condizionare il mercato di tali servizi, ivi compresi i servizi HEMS, con gravi effetti anticompetitivi...».

Anzi, talune forme di coordinamento tra imprese possono esser considerate per loro stessa natura dannose per il buon funzionamento del mercato, come accade proprio nel caso della fissazione orizzontale dei prezzi da parte dei cartelli. Pertanto, sulla base dell'esperienza, la probabilità in tali casi di effetti negativi è così alta da render inutile, ai fini dell'applicazione dell'art. 101 TFUE, accertarne i concreti effetti sul mercato (Cons. St., VI, 19 dicembre 2019 n. 8585, *Gare ossigenoterapia e ventiloterapia*; id., 14 ottobre 2019 n. 6985, *Aumento prezzi cemento*; id., 13 febbraio 2019 n. 1025, *Servizi post-produzione di programmi televisivi RAI*).

7. – Non convincono gli argomenti con cui la Società appellante si sforza di dimostrare l'avvenuta prescrizione dell'illecito anti-competitivo.

Anzitutto, il TAR ha ben motivato in ordine alla qualificazione dell'«intesa Prezziario» qual illecito permanente, che non si esaurisce in un lasso di tempo dato, onde la prescrizione inizia a decorrere solo quando v'è la cessazione (2017) dell'infrazione complessivamente considerata (Cons. St., VI, 11 luglio 2019 n. 4874). È noto che, pur quando s'inverni nella pubblicazione di listini-prezzi via via aggiornati senza soluzione di continuità, l'illiceità d'una condotta anticoncorrenziale per oggetto non si esaurisce al momento della conclusione dell'accordo, ma perdura per tutto il tempo in cui le imprese colluse applichino tali prezzi. Nella specie, come ha chiarito l'Autorità, l'intesa accertata si sostanziò in una condotta continuativa volta alla prolungata e periodica approvazione e successiva pubblicazione, pure con invii a terzi, senza soluzione di continuità, del prezzario. Pertanto, non è possibile frazionare, come vorrebbe l'appellante, la fattispecie unica e complessa di tal intesa, in relazione alla quale la sanzione in concreto irrogata dall'Autorità risulta congrua e proporzionata in relazione alla natura dell'illecito ed alla

condotta di tal impresa, fermo restando che, appunto, per questo, deve in ogni caso essere assicurata l'efficacia deterrente sanzione. Quanto alla durata ed agli effetti dell'intesa valgono le considerazioni già svolte dianzi, escludendo il Collegio che possano incidere in senso diminutivo, ai fini della determinazione della sanzione, gli elementi citati dalla Società appellante, rivelatisi o erronei o non veritieri, se non del tutto irrilevanti.

Alla medesima conclusione ritiene il Collegio nei confronti del sesto motivo d'appello, sia pur con le brevi precisazioni di cui appresso, relativamente alla misura della sanzione stessa. Si deve sul punto confermare la sentenza impugnata, stante l'autoevidente gravità nel tempo e negli effetti ed avuto riguardo al fatto che l'intesa ebbe l'esplicito fine di incidere sui prezzi di mercato, imponendo quelli del prezzario.

Ora, la misura della sanzione in sé, peraltro già ridotta del 5% grazie al programma di *compliance antitrust* adottato dalla detta Società dal 2015, è effetto dell'imputazione del medesimo illecito alla Società controllante totalitaria dell'appellante, *holding* finanziaria dell'intero Gruppo Babcock. Ma tal ultima Società controllante, corresponsabile del citato illecito secondo il Provvedimento, lo ha impugnato con separato e diverso ricorso in entrambi i gradi di giudizio. Allo stato e senza prender qui partito sull'altro ricorso (che ha preso il NRG 5834/2020), il Collegio non ha ritenuto di riunire il ricorso in epigrafe con quest'ultimo, a causa della concreta differenza di posizione tra le due vicende contenziose. Nondimeno, fin d'ora può il Collegio dire, rispondendo alla doglianza attorea racchiusa nel motivo in esame, che il fatturato da prendere in considerazione, ferma la solidarietà e la corresponsabilità tra le due Società, è solo quello di controllante e controllata e non anche di altre imprese del gruppo non operanti in Italia e/o impossibilitate a prevenire o far cessare l'illecito *de quo*, quindi solo con solidarietà strettamente verticale.

8. – Da ciò discende che solo *in parte qua* la misura di tal sanzione va rimodulata, in capo alla Società odierna appellante e va, di conseguenza,

accolto l'appello sul punto. Tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso, neppure la subordinata al terzo motivo d'appello (rinvio pregiudiziale alla CGUE). Tanto perché, come s'è accennato fin qui, la violazione per oggetto dell'art. 101 TFUE si sostanziò, grazie al prezzario e nell'intento delle Parti, appunto nella capacità del listino, pubblicato e perciò facilmente consultabile, d'indicare un elenco di prezzi per *ogni tipo* di velivolo utilizzabile in *ogni contesto* o servizio in cui vi fosse un trasporto di passeggeri (quindi, anche il servizio HEMS).

Giusti motivi suggeriscono la compensazione integrale, tra le parti, delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. VI), definitivamente pronunciando sull'appello (ricorso NRG 5828/2020 in epigrafe), lo accoglie in parte e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado nei soli sensi di cui in motivazione e con salvezza dell'ulteriore attività di riesame da parte dell'Autorità.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 15 aprile 2021, con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Silvestro Maria Russo

Sergio Santoro

IL SEGRETARIO