

Pubblicato il 18/05/2020

N. 05265/2020 REG.PROV.COLL.
N. 05364/2019 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 5364 del 2019, proposto da Elitellina s.r.l, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Del Curto e Lorella Fumarola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Massimiliano Giana, Elitaliana s.r.l., Elilombardia s.r.l., Heliwest s.r.l., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento dell'Autorità n. 27563 (“Provvedimento”) adottato nella sua adunanza del 13 febbraio 2019 nell'ambito del procedimento I806 (“Procedimento”) e notificato all'odierna ricorrente a mezzo PEC il 26

febbraio 2019, con cui l'Autorità ha deliberato che le parti del Procedimento, tra cui Elitellina:

(i) hanno posto in essere due intese restrittive della concorrenza uniche, continuate e complesse, in violazione dell'articolo 101 TFUE, aventi ad oggetto: a) il condizionamento del mercato dei servizi AIB; b) la fissazione ex ante nell'ambito dell'AEI del prezzario relativo ai servizi con elicottero;

(ii) si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto delle infrazioni accertate,

irrogando complessivamente ad Elitellina una sanzione pecuniaria pari a € 1.273.340.

nonché

di ogni altro atto precedente, presupposto, consequenziale o, comunque, connesso, con l'atto impugnato e, per quanto occorra, della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (“CRI”) dell'Autorità.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza 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 Elitellina 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 Airgreen 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 Airgreen 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 prezziario 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.

Airgreen, Babcock, Eliossola e Heliwest comunicavano l’adozione di un programma di compliance antitrust, depositando la relativa documentazione.

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 Elitellina una sanzione di Euro 682.009,10 per l’intesa “AIB” e una sanzione, di pari importo, per l’intesa “prezziario”, per una somma complessiva di Euro 1.273.340,00; l’Autorità aveva ordinato, inoltre, alle parti di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto delle infrazioni contestate.

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 dedotto di essere stata fondata nel 1998 (in seguito all’acquisizione dell’azienda dalla Elitellina S.r.l. in amministrazione straordinaria) da più imprenditori locali operanti in settori diversi da quello dell’avio trasporto per la loro necessità di avvalersi di elicotteri per le loro specifiche attività.

A seguito dell’acquisizione del ramo d’azienda di altra società valtellinese operante nello stesso settore, Eliwork S.r.l. (avvenuta il 28 febbraio 2017) la flotta di Elitellina comprendeva sette elicotteri AS350B3 oltre a quelli detenuti a noleggio (due/tre sino al 2016 per arrivare a circa 6 oggi).

L’attività iniziale riguardava esclusivamente il trasporto di persone e servizi aerei in genere per poi solo successivamente, vale a dire nel 2006, affacciarsi sul mercato AIB; il numero di elicotteri di Elitellina utilizzabili a tal fine erano due, con l’impossibilità quindi di partecipare singolarmente alle gare per la carenza oggettiva dei mezzi necessari.

Da qui la necessità di partecipare alle procedure indette dalle stazioni appaltanti unitamente ad altre società operanti nel settore da assai più tempo e, per l’effetto, con maturata esperienza.

Elitellina aveva partecipato, dopo il suo presunto ingresso nell'intesa illecita, alle gare del 2012, 2014 e 2018, in ATI con Airgreen, Eliossola, Elifriulia, Star Work, per l'affidamento del servizio AIB in Sardegna, e del 2016, in ATI con E+S, Elifriulia, Eliossola, Heliwest, per l'affidamento del servizio AIB in Toscana.

Delle due partecipazioni una soltanto riguardava Elitellina in raggruppamento con altre società parti del procedimento, essendo intervenuta l'aggiudicazione per la Toscana in ATI con operatori anche diversi ed estranei da quelli destinatari del provvedimento.

Pertanto le uniche gare che l'Autorità avrebbe potuto ricomprendere nell'oggetto del provvedimento sarebbero quelle relative alla regione Sardegna, laddove era richiesta una flotta composta da 11+1 elicotteri da tenere a disposizione permanentemente, a fronte di una flotta di Elitellina pari a sei elicotteri, di cui solo due astrattamente utilizzabili ai fini AIB).

La ricorrente aveva inoltre partecipato al bando 2018 relativo all'AIB Marche da sola, considerata la richiesta di un solo elicottero, non aggiudicandosela in quanto l'altra concorrente E+S aveva proposto un ribasso maggiore (Elitellina 6,95% ed E+S 8,8%).

In ordine alla seconda delle condotte contestate, l'AGCM aveva ritenuto Elitellina responsabile, unitamente agli altri iscritti, per aver posto in essere altra condotta restrittiva della concorrenza, consistita in una intesa unica, continuata e complessa finalizzata alla fissazione ex ante, in ambito AEI, del cd. prezziario per i servizi con elicottero.

A sostegno del ricorso sono state formulate le seguenti censure:

1. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, difetto di istruttoria, erroneità, illogicità, irragionevolezza, arbitrarietà, difetto di motivazione, erroneità dei presupposti e ingiustizia manifesta; l'Autorità avrebbe basato la propria tesi accusatoria su una ricostruzione lacunosa delle gare AIB, tralasciando sia di mappare numerose procedure di gara sia di

tenere conto delle numerose proroghe intervenute con riferimento alle gare oggetto di istruttoria.

In particolare, per quanto concerne direttamente Elitellina, non si sarebbe tenuto adeguatamente conto dell'appalto Marche 2018, menzionato a pagina 127 del provvedimento, cui la ricorrente aveva partecipato in concorrenza, né della costituzione dell'ATI con soggetti terzi al procedimento, portata a termine dalla ricorrente dopo il suo presunto ingresso nell'intesa (gara Toscana 2016).

Inoltre l'Autorità nella Tabella 3 alla pagina 13 del provvedimento aveva elencato tredici operatori terzi, mentre di questi solo quattro erano ancora attivi sul mercato (Pellissier, E+S, GMH e Air Service Center), di tal che alle parti avrebbe dovuto essere attribuito in peso diverso sul mercato.

Con riferimento alle gare prese in esame, l'Autorità aveva dichiarato che ai fini della sua analisi erano state censite le gare per i servizi AIB bandite e aggiudicate nel periodo 2005 – 2017, mentre era stata considerata anche la gara Sardegna 2018 ai fini della definizione della durata dell'asserito illecito, con conseguente impatto sulla determinazione della sanzione in capo a Elitellina.

Non sarebbe stata poi effettuata un'analisi economica sull'andamento dei prezzi dei servizi aggiudicati nonché sull'entità dei ribassi, al fine di accertare che i prezzi di aggiudicazione avevano subito un innalzamento concreto, né dimostrato che i prezzi offerti dalle parti erano in linea con quelli indicati nel prezzario.

Infine, l'Autorità sarebbe incorsa in gravi errori anche per quel che riguarda la definizione del mercato rilevante, qualificandolo come nazionale non certo in esito ad un'accurata istruttoria ove fosse debitamente dimostrata la sussistenza degli elementi esogeni ed endogeni in relazione ad ogni singola gara, nonché il collegamento tra le condotte stesse poste in essere da alcune delle parti e/o da terzi, in occasione delle numerose gare oggetto di istruttoria

quanto, piuttosto, in maniera strettamente funzionale a sostenere la propria tesi accusatoria.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, travisamento dei fatti, sviamento, erroneità, illogicità, irragionevolezza, arbitrarietà, difetto di istruttoria e motivazione, erroneità dei presupposti, ingiustizia manifesta.

Le conclusioni cui era addivenuta l'Autorità in ordine alla sussistenza dell'intesa non sarebbero suffragate da sufficienti elementi di prova, non sussistendo gli elementi endogeni ed esogeni indicati dall'AGCM a supporto della propria tesi: nel provvedimento era affermato il coinvolgimento di Elitellina solo a partire dal 2012, quando la deducente aveva costituito con altre imprese oggetto di istruttoria un'ATI per l'aggiudicazione dell'appalto AIB relativo alla Regione Sardegna, ma, se si considerano le dimensioni modeste della società ricorrente, alla stessa non sarebbe stato possibile partecipare alle gare indette dalle varie regioni senza associarsi con altre imprese.

E, infatti, anche altri appalti AIB (segnatamente Lombardia 2006 lotto 1, Sicilia 2008 e 2011, Toscana 2010) - correttamente esclusi dall'AGCM dal perimetro dell'illecito - erano stati aggiudicati ad ATI costituite dall'esponente con imprese quali Elimediterranea, Elisem Sam ed E+S, del tutto estranee all'intesa ipotizzata dall'AGCM.

La ricorrente si era aggiudicata un'ulteriore gara (Toscana 2016) in ATI con E+S - società estranea agli accordi - dopo il presunto ingresso nell'intesa (2012 secondo AGCM), così come aveva partecipato a una gara, perdendola, nel 2018 nelle Marche.

L'inclusione della gara Toscana 2016 nel perimetro istruttorio, sarebbe chiaro indice dell'illogicità del provvedimento nella misura in cui, da un lato, l'AGCM ammetteva che vi fossero state gare in concorrenza nel periodo al suo esame in ragione di "episodiche incursioni di concorrenti esterni all'intesa", e dall'altro, tuttavia, riteneva essersi svolta "non in concorrenza" la

gara Toscana 2016 che – alla stregua delle altre gare quali Sicilia 2008 e Toscana 2010 – era stata aggiudicata ad un’ATI cui ha partecipato anche una società estranea all’intesa (E+S).

Quanto, poi, ai ribassi irrisori contestati dall’Autorità, quest’ultima non aveva tenuto conto del fatto che l’offerta di ribassi non significativi era giustificata da un prezzo a base d’asta fissato dalla stazione appaltante già di per sé basso, tanto da non consentire alle società di poter proporre un ulteriore sconto.

Posto inoltre che, dato incontestato, Elitellina non aveva fatto parte dell’accordo del 2005 che avrebbe originato, secondo la ricostruzione della stessa Autorità, l’illecito e costituito la prova principale dello stesso, le uniche evidenze portate a sostegno della tesi dell’Autorità erano gli elementi esogeni di cui alla corrispondenza intercorsa tra un rappresentante di Elitellina e un rappresentante della società Faasa.

Comunque, le comunicazioni contestate risalivano al marzo – settembre 2016 ed erano, pertanto, del tutto inidonee a dimostrare la partecipazione di Elitellina alla pretesa intesa nel periodo precedente e/o successivo al 2016.

Inoltre, il doc. 432 che, secondo la ricostruzione offerta dall’Autorità, costituiva prova di “incontri intercorsi tra [Elitellina] e altri operatori del mercato”, non era altro che un’informativa resa nei confronti di un potenziale acquirente del capitale di controllo di Elitellina (i.e. il Gruppo FAASA) circa le trattative con altri operatori e, in particolare, prova la volontà di confrontarsi con imprese estranee alla contestata intesa, come Elisicilia ed E+S.

Rispetto poi al documento n. 425, missiva della società Elisem che lamentava di essere stata lasciata sola “nel combattere una guerra impossibile e persa già in partenza con chi da tempo, mediante stratificazioni di anni, ha in mano le dinamiche e gli esiti di gare [...]”, Elitellina ha rimarcato che in una mail del 21 marzo 2012 il proprio rappresentante, riscontrando tale comunicazione, aveva dichiarato l’assoluta estraneità della ricorrente a condotte illecite.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, travisamento dei fatti, sviamento, erroneità, illogicità, irragionevolezza, arbitrarietà, difetto di istruttoria e motivazione, erroneità dei presupposti, ingiustizia manifesta, con riferimento alle contestazioni relative al prezzario predisposto in sede AEI a partire dal 2001 e rinnovato di anno in anno fino all'agosto 2017.

Il prezzario, come risulta agli atti del Procedimento, indicava un prezzo di massima, non vincolante, e faceva esclusivo riferimento a servizi con elicottero non continuativi di lavoro aereo e trasporto personale e non, invece, come erroneamente sostenuto dall'Autorità, anche ai servizi continuativi AIB ed HEMS.

Che il prezzario non potesse che riferirsi ai servizi spot era dimostrato dal fatto che vi era menzionato il "peso trasporto al gancio", quando nei servizi AIB l'incendio viene spento tramite lo svuotamento dei serbatoi d'acqua; nessun peso al gancio, poi, veniva trasportato nei servizi HEMS.

Del resto, a partire dal 2012 era stato anche espressamente previsto che il prezzario avesse natura meramente indicativa e comunque si applicasse a lavori che non richiedevano disponibilità continua.

D'altro canto non vi era prova che il prezzario avesse avuto alcun effetto sul mercato rilevante, in quanto racchiudeva prezzi meramente indicativi, neppure astrattamente idonei a distorcere il mercato.

In particolare poi, fin dal 2001, la ricorrente aveva prezzato la propria attività senza tenere in considerazione il prezzario, con corrispettivi inferiori a quelli ivi indicati.

Infine, in base alle risposte acquisite e diversamente da quanto dedotto dall'AGCM, nessuna delle stazioni appaltanti interpellate (20 Regioni, due province autonome, la Presidenza del Consiglio dei Ministri), avrebbe dichiarato di aver utilizzato il prezzario AEI a tal fine; solo la Regione Sardegna aveva dichiarato di averlo utilizzato, ma unitariamente ad altri

elementi, in sede di verifica, dopo che in forza di altri parametri era stato determinato il prezzo a base d'asta.

4) in via subordinata: Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE. Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 l. 287/90. Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 l. 689/1981. Violazione e falsa applicazione degli artt. 28 e 8 della l. 689/1981. Violazione e falsa applicazione della Comunicazione della Commissione 2006/C 210/02 sul calcolo delle sanzioni. Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida dell'Autorità sulle sanzioni. Violazione e falsa applicazione dei principi di parità di trattamento e di proporzionalità nel calcolo delle sanzioni. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, sviamento, erroneità, illogicità, irragionevolezza, arbitrarietà, difetto di istruttoria e motivazione, erroneità dei presupposti, ingiustizia manifesta.

In ogni caso risulterebbe illegittima anche la determinazione della sanzione pecuniaria inflitta, con riferimento al valore delle vendite preso a riferimento per il calcolo della sanzione, all'individuazione della durata della partecipazione di Elitellina all'illecito, alla mancata applicazione di circostanze attenuanti, alla determinazione del livello di gravità dell'intesa e alla mancata applicazione del cumulo giuridico di sanzioni per concorso formale di illeciti. Con riferimento alla determinazione dell'importo base in relazione al valore delle vendite, l'Autorità aveva preso come parametro il fatturato realizzato sul mercato AIB nell'ultimo anno di partecipazione all'intesa, mentre, in applicazione del punto 18 delle linee guida sulle sanzioni del 22 ottobre 2014, si sarebbe dovuto considerare solo il valore delle commesse interessate dall'illecito, dato il marginale ruolo rivestito in tale ambito dalla ricorrente, riferito a tre sole gare.

Quanto all'intesa riguardante il prezzario, nel provvedimento era stato considerato il fatturato per i servizi AIB e HEMS, non compresi nel prezzario, che si sarebbe riferito ai soli servizi spot.

Pertanto, non si sarebbe dovuto tenere conto, ai fini del calcolo dell'importo base, del fatturato generato in relazione ai servizi AIB nei confronti della committenza pubblica, oggetto di separata condotta, sanzionata dall'Autorità con separata sanzione nonché del fatturato relativo ai servizi HEMS, non oggetto del prezzario.

Anche rispetto alla quantificazione della sanzione l'Autorità avrebbe poi dovuto escludere la gara Toscana 2016, svolta in concorrenza e, di conseguenza, non avrebbe potuto ravvisare un'intesa continuata quantomeno con riferimento ad Elitellina (avendo la società partecipato, dal suo ingresso nella presunta intesa, alle sole gare - definite nel Provvedimento "non in concorrenza" - Sardegna 2012, 14 e 18).

Per quanto riguarda il prezzario, il presunto illecito sarebbe cessato dopo il 2 marzo 2011, considerato che i successivi prezzari (a partire da quello del 2012 valido dal 1° gennaio 2012 fino al 31 dicembre 2012) includevano una chiara specifica volta a qualificarli quali mera indicazione di prezzo per i soli servizi spot, con conseguente prescrizione del presunto illecito e ridimensionamento della sanzione applicata, essendo stato adottato il provvedimento d'avvio dell'istruttoria il 14 marzo 2017.

La marginalità della partecipazione della ricorrente all'intesa avrebbe poi dovuto dar luogo all'applicazione delle circostanze attenuanti.

Quanto alla qualificazione degli illeciti come "molto gravi", l'Autorità non avrebbe dimostrato l'effetto dell'intesa in termini di innalzamento dei prezzi di aggiudicazione, mentre con riferimento al prezzario la pubblicità dello stesso non consentiva di qualificare l'intesa in termini di segretezza.

Infine, non era stato applicato il cumulo giuridico per la determinazione delle sanzioni per i due illeciti.

Si è costituita in giudizio l'Agcm, 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, 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 Elitellina 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 spendita 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 difetto di istruttoria, deducendo che l'Autorità non avrebbe approfondito e correttamente ricostruito il contesto delle gare, le dinamiche del mercato e le condotte delle parti; con il secondo e il terzo motivo è stata contestata, in particolare, la ricostruzione del ruolo svolto da Elitellina, rispettivamente, nell'ambito dell'intesa sui servizi AIB e con riferimento al prezzario.

È, in primo luogo, infondata la censura relativa all'errata 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 passeggeri, 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 delle 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.

Venendo all'esame delle contestazioni afferenti l'accertamento dell'intesa, 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"*.

Tali documenti 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.

Con riferimento, in particolare, all'ingresso nell'intesa anche di Elitellina, contestato con il secondo motivo, il provvedimento menziona, al par. 71, un documento del marzo 2011 concernente la partecipazione alle gare AIB Toscana 2011 e AIB Sicilia 2011 di alcune delle parti dell'accordo - Eliossola, Heliwest, Elitellina- e di altre società non più operanti nel mercato delle gare in esame (Elimediteranea, Sam, Elisem, Elyservice Toscana) in cui si fa riferimento agli interessi di "gruppo", si discute -contestualmente- della partecipazione a più gare AIB e si rimarca la necessità di assicurarsi "una fetta di mercato per quanto possibile remunerativa"; il documento richiama una precedente mail del marzo 2011 cui era allegata una "lettera di intenti" da sottoscrivere da parte di tutte le società destinatarie, per la ripartizione delle gare AIB in Toscana e in Sicilia, in cui si ribadiva che l'interesse del gruppo avrebbe dovuto "prevalere su qualunque individualismo"; si dà infine atto che la lettera era stata sottoscritta da Elisem, SAM, Elimed, Elitellina.

Con riferimento alla ripartizione delle gare, nella lettera si concorda che in caso di vincita della sola AIB Toscana, la ripartizione dei giorni di servizio avverrà in modo da assicurare un corrispettivo uguale per ciascuna impresa, mentre in caso di vincita sia di AIB Toscana sia di AIB Sicilia, "le imprese [...]"

distribuiranno tutte le basi ottenute, "Sicilia e Toscana" tra le stesse imprese rispettando le posizioni già occupate nel precedente servizio (2008-2011) da ciascun impresa, compensando eventuali differenze o con giornate di servizio o con rotazione del servizio stesso, mantenendo fermo il principio che tra tutte le predette imprese il periodo di servizio e il corrispettivo conseguente sia sempre ripartito in misura uguale".

Sempre sulla posizione della ricorrente, il provvedimento richiama una mail del 6 settembre 2016 (par. 79), rinvenuta presso Elitellina, in cui il rappresentante legale della stessa effettua un riepilogo, con l'esponente di una società iberica partecipante al capitale della società, degli incontri intercorsi con altri operatori del mercato, tra cui talune società parti del procedimento ed associate all'AEI. Nel documento si menziona anche una trattativa tra Elitellina e Star Work per l'acquisizione di quest'ultima società e, in attesa della conclusione di tale trattativa, viene evidenziato come le due società intendano portare avanti *"progetti di compartecipazione alle gare antincendio future"*.

Il fatto che tale documento, come dedotto dalla ricorrente, fosse solo un'informativa nei confronti di un potenziale acquirente del capitale di controllo di Elitellina, non ne elimina la valenza probatoria con riferimento alla partecipazione all'intesa.

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, quale impresa di modeste dimensioni, 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.

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 riproductivi 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.

E' possibile, quindi, passare allo scrutinio delle ulteriori censure riguardanti l'intesa "prezziario", di cui si deduce la impossibilità di qualificare l'intesa "per oggetto", l'inidoneità del listino prezzi a realizzare finalità anticompetitive, la insussistenza dell'elemento soggettivo.

In via generale, deve osservarsi che, come rilevato dall'Autorità resistente, dall'esame delle risultanze istruttorie e dall'analisi dello stesso prezzario 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 prezzario 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 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 "prezzario" 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 prezzario 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 prezzario 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.

Infine, non possono essere accolte neppure le doglianze da ultimo formulate dalla ricorrente in relazione alla quantificazione della sanzione.

In primo luogo, con riferimento al valore delle vendite preso come base per il calcolo della sanzione, non colgono nel segno le censure che intendono limitare tale valore ai soli importi delle gare interessate dalla condotta illecita e, segnatamente, quelle relative alla Sardegna per gli anni 2012-2014-2018, in quanto la base di calcolo dell'ammenda inflitta a un'impresa deve riflettere l'importanza economica dell'infrazione e non può essere stimata avuto riguardo alla sola parte del fatturato delle imprese immediatamente connessa alla stessa (T.A.R. Lazio, sez. I settembre 2016, n. 9553).

La determinazione dell'importo base, infatti, è stata effettuata secondo quanto disposto dal punto 18 delle Linee Guida sulle sanzioni che, con particolare riferimento alle fattispecie di collusione nell'ambito di gare di appalti pubblici, dispone che *“l’Autorità prenderà in considerazione il valore delle vendite direttamente o indirettamente interessate dall’illecito. In linea di principio, tale valore corrisponde, per ciascuna impresa partecipante alla pratica concertativa, agli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d’asta in caso di assenza di aggiudicazione o comunque affidati ad esito di trattativa privata nelle procedure interessate dall’infrazione, senza necessità di introdurre aggiustamenti per la durata dell’infrazione ai sensi dei paragrafi precedenti”*. Lo stesso punto 18 delle Linee Guida, inoltre, precisa che *“resta fermo che laddove il mercato rilevante risulti più ampio della/e gara/e considerata/e, l’Autorità potrà prendere in considerazione il valore complessivo delle vendite relative all’intero mercato del prodotto/servizio interessato dall’infrazione (comprensivo dunque di tutte le vendite realizzate dall’impresa nel mercato rilevante e non solo di quelle oggetto della gara d’appalto interessata) nell’ultimo anno intero di partecipazione all’infrazione, se del caso modulato in funzione della sua durata ai sensi dei paragrafi precedenti”*. Secondo la

relativa nota 6, tale circostanza può verificarsi *“ad esempio, quando l'intesa interessa la partecipazione a una pluralità di gare suscettibili di incidere sul prezzo dei beni interessati sull'intero mercato o quando è volta a non partecipare alle gare per influenzare il prezzo di mercato”*.

Di conseguenza, avendo la condotta collusiva delle imprese coinvolte nell'intesa di “bid rigging” determinato il condizionamento dell'intero mercato nazionale a domanda pubblica dei servizi antincendio boschivo con elicottero, influenzandone in misura significativa i prezzi di aggiudicazione, correttamente il valore delle vendite realizzato direttamente o indirettamente interessate dall'illecito è stato individuato nel fatturato specifico realizzato da ciascuna impresa sul mercato AIB dell'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione.

Invero, come la giurisprudenza nazionale pacificamente ritiene, ai fini dell'esercizio del potere sanzionatorio da parte di Agcm, il riferimento va operato, non già all'intero fatturato dell'impresa, bensì a quello relativo ai prodotti o servizi oggetto dell'intesa, senza tuttavia limitarlo a quello conseguito nell'ambito geografico di riferimento, ma assumendo il fatturato relativo alle vendite effettuate su tutto il territorio nazionale (Cons. Stato, Sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864). In tal modo, l'importo assunto a riferimento riflette l'importanza economica dell'infrazione e il peso relativo dell'impresa interessata nell'infrazione medesima, senza dover ricomprendere unicamente il fatturato effettivamente realizzabile da ciascuna impresa, in conseguenza della commissione dell'illecito antitrust (T.A.R. Lazio, Sez. I, 17 febbraio 2015, n. 2696, I559B - Mercato del calcestruzzo - Rideterminazione sanzione Holcim Italia).

Pertanto, nel caso di specie la determinazione dell'importo delle vendite da assumere come base del calcolo della sanzione risulta correttamente operata.

Anche la durata dell'infrazione è stata validamente computata dall'Autorità nei confronti della ricorrente, 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.

In particolare, come dedotto dall'Autorità resistente con riferimento ad Elitellina la durata dell'infrazione ad essa imputata è stata collegata alla prima gara – Sardegna 2012 – cui essa ha preso parte, condividendo con le altre imprese il medesimo comportamento collusivo, consistente nella partecipazione ad una unica ATI con un ribasso prossimo allo zero (0,01 %).

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.

Con riferimento al 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%”*.

Entrambe le intese 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. 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 attenuare 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.

P.Q.M.

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

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, 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