

Pubblicato il 18/05/2020

**N. 05266/2020 REG.PROV.COLL.**  
**N. 05434/2019 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 5434 del 2019, proposto da Eliossola S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Velia Maria Leone, 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, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*nei confronti*

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

*per l'annullamento*

- del provvedimento n. 27563, adottato dall'Autorità nei confronti della Ricorrente, nel corso dell'adunanza del 13 febbraio 2019 - a chiusura del procedimento n. I/806 -, notificato al Ricorrente il successivo 26 febbraio

2019, prot. n. 00200747 e pubblicato sul Bollettino dell'Autorità n. 9 del 4 marzo 2019;

- di ogni altro atto annesso, ovvero connesso, presupposto o consequenziale, ivi espressamente comprese le risultanze istruttorie acquisite nel corso del procedimento.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Vista l'ordinanza cautelare n. 3735/2019;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 22 aprile 2020 la dott.ssa Lucia Maria Brancatelli 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

1. Eliossola s.r.l. (in avanti, “Eliossola” oppure la “ricorrente”), odierna esponente, è una società con sede legale in provincia di Verbania ed attiva nel settore del trasporto aereo e dei servizi di antincendio boschivo con elicottero

2. Con il ricorso in epigrafe contesta la legittimità della determinazione con la quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, anche “Agcm” o l’“Autorità”), 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., Elifriulia S.r.l., Elitellina 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., Elifriulia SrI., Elitellina Sxl., Heliwest SrI., Star Work Sky S.a.s. e Air Corporate SrI., in solido con la controllante Airi Srl, nonché

l'associazione di categoria Associazione Elicotteristica Italiana, consistente nella fissazione ex ante nell'ambito dell'Associazione Elicotteristica Italiana (AEI) del prezzario relativo ai servizi con elicottero.

3. Il procedimento istruttorio, originato da una segnalazione proveniente da un pilota professionista di elicotteri, era 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 MB 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.

4. 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 accertava la sussistenza delle surriferite intese tra le parti del procedimento, e provvedeva a determinare e irrogare le relative sanzioni, infliggendo a Eliossola una sanzione di Euro 636.670,00 per l'intesa "AIB" e una sanzione, di pari

importo, per l'intesa "prezziario", per una somma complessiva di Euro 1.364.018,00; ordinava, inoltre, alle parti di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto delle infrazioni contestate. L'Autorità deliberava anche che, alla luce delle evidenze istruttorie, non erano emersi elementi sufficienti per contestare un'intesa anticoncorrenziale avente ad oggetto il condizionamento delle gare HEMS.

5. Contro tale determinazione è insorta la ricorrente, che al primo motivo di impugnazione contesta la carenza di istruttoria, per non avere l'Autorità dimostrato la pertinenza e la rilevanza, ai fini della asserita Intesa AIB, degli elementi "esogeni" e, quanto a quelli "endogeni", la mancanza di plausibilità della prospettazione alternativa fornita dalle parti e, in particolare, da Eliossola.

In particolare, quanto agli elementi di prova esogeni, sostiene che quelli presenti nel provvedimento sarebbero riferibili, principalmente, se non esclusivamente, a imprese non più attive sul mercato, alcune delle quali neanche erano, all'epoca, iscritte all'AEI. Procedo, poi, a una contestazione dei singoli elementi di prova raccolti dall'Autorità e sostiene che nessuno dei documenti utilizzati sarebbe utile a dimostrare una intesa "capillare" ma, al più, potrebbe indicare un accordo episodico, come tale non perseguibile in quanto coperto da prescrizione. Quanto agli elementi endogeni, l'Agcm non avrebbe considerato le specifiche caratteristiche dei mercati rilevanti e non avrebbe tenuto adeguatamente conto delle spiegazioni alternative fornite dalla ricorrente, giungendo a plurime determinazioni errate, relative alla delimitazione del mercato (in ragione della confusione tra i concetti di lavoro aereo, trasporto di personale e trasporto passeggeri), al perimetro soggettivo e geografico, nonché alla individuazione delle rispettive quote sul mercato delle parti della intesa AIB e, in particolare, della ricorrente. Quanto alla spiegazione alternativa fornita dalla ricorrente, l'Autorità avrebbe ingiustificatamente omissso di considerare numerosi fattori in grado di giustificare l'andamento del mercato dei servizi AIB, quali la dipendenza

esclusiva del settore da gare pubbliche, la disomogeneità delle gare bandite, la necessità di parteciparti in forma raggruppata tramite ATI, le limitazioni obiettive della capacità per ogni partecipante di aggiudicarsi i servizi, la bassa remuneratività delle gare.

L'impianto probatorio complessivo dell'Autorità non sarebbe neppure credibile né probabile, non essendo ragionevole una intesa di lunga durata avvenuta in mancanza di una regia comune, né sussisterebbero prove che l'AEI svolgesse questo ruolo. Sarebbe, poi, illogica e ingiustificata l'esclusione dal procedimento di un'altra società, E+S, e delle società da essa assorbite. Eliossola contesta, inoltre, le risultanze relative alla gara indetta dalla Regione Sardegna nell'anno 2018, in quanto l'Autorità non avrebbe considerato che una partecipazione in formazione individuale e non in ATI non sarebbe stata possibile.

6. Al secondo motivo di impugnazione, Eliossola formula censure in relazione all'intesa "prezziario", lamentando la mancata analisi dei mercati rilevanti, l'inclusione di settori diversi per caratteristiche e dinamiche competitive (quali l'AIB e il "lavoro aereo"), la mancata prova della fissazione di prezzi artificialmente alti e degli effetti dell'intesa. Inoltre, l'Autorità non avrebbe considerato che il prezziario non era stato utilizzato dalle stazioni appaltanti per formare i prezzi a base di gara ed era uno strumento meramente pubblicitario senza rilevanza anticoncorrenziale. Il provvedimento sarebbe contraddittorio anche nella parte in cui il prezziario qualificato, contemporaneamente, come intesa sui prezzi e come tentativo di influenza. Non vi sarebbero, poi, prove della partecipazione di Eliossola alla presunta intesa, non avendo fatto parte del consiglio direttivo che adottava il prezziario e non essendo più membro di AEI dal 2015.

7. In via subordinata, parte ricorrente al terzo motivo contesta la quantificazione delle sanzioni.

In primo luogo, censura la qualificazione delle intese come "segrete", la valutazione della gravità delle stesse, specie in rapporto alla asserita assenza di

effetti anticoncorrenziali, nonché la determinazione delle rispettive durate. Inoltre, lamenta la mancata applicazione nei propri confronti, ai sensi dell'art. 23 delle linee guida, delle attenuanti richieste nel corso del procedimento, in ragione del presunto ruolo marginale rivestito e della mancata attuazione delle intese. Quanto alla base di calcolo, non sarebbe proporzionata l'applicazione del fatturato del 2017, ritenuto non rappresentativo della effettiva realtà aziendale, anziché, come richiesto dalla ricorrente, la media dei precedenti quattro anni. L'ultimo anno di riferimento per l'intesa AIB dovrebbe essere il 2016, in ragione della non rilevanza della gara Sardegna 2018; per l'intesa prezzario, andrebbe considerato quale ultimo anno 2014, vista la uscita di Eliossola dall'AEI nel 2015. Sostiene anche che nel calcolo relativo alla intesa prezzario, qualora la stessa sia inquadrata come fissazione dei prezzi, il settore AIB non avrebbe dovuto essere incluso, ovvero, qualora tale intesa fosse considerata come volta a influenzare le stazioni appaltanti nelle gare, essendo una condotta omogenea a quelle della presunta intesa AIB, dovrebbe applicarsi il criterio del concorso formale, ai sensi dell'art. 27 delle linee guida, al fine di evitare una doppia imposizione.

8. Si è costituita in giudizio l'Agcm, insistendo nella reiezione del ricorso siccome infondato.

9. 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.

10. Alla udienza del 22 aprile 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. 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 Eliossola 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.

2. Quanto alla individuazione del mercato rilevante, è opportuno rammentare che la sua individuazione 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 della modalità della condotta posta in essere tra le parti, consistente nella formazione di un listino prezzi riguardante ogni servizio di lavoro aereo e trasporto passeggeri espletabile mediante elicotteri (e, quindi, oltre al servizio AIB, anche quello HEMS e in favore della committenza privata). Il mercato rilevante per tale intesa è stato conseguentemente individuato sotto un aspetto merceologico più ampio ma comunque omogeneo, in ragione della unitarietà dello strumento adoperato per porre in essere il disegno collusivo unitario di fissazione *ex ante* dei prezzi. Anche in questo caso la dimensione nazionale del mercato trova ampia giustificazione nella sostanziale omogeneità dei servizi offerti, indipendentemente dall'area geografica locale di espletamento.

Ne consegue l'infondatezza della eccepita prescrizione delle condotte sanzionate nell'intesa prezziario in ragione della asserita natura istantanea e non permanente dell'illecito contestato, in quanto l'illecito in questione si è protratto durante tutto il periodo di esistenza del prezziario. La durata della condotta sanzionata, infatti, non può essere artatamente limitata alla singola azione illecita compiuta ma coincide con il lasso di tempo in cui si è mantenuta l'unitaria strategia anticoncorrenziale. Dunque, mentre nel caso di illecito istantaneo, caratterizzato da un'azione che si esaurisce in un lasso di tempo definito, lasciando permanere i suoi effetti, la prescrizione incomincia a decorrere con la prima manifestazione della lesione del bene tutelato – nel

caso di illecito permanente, quale è quello accertato nei confronti della ricorrente, protraendosi la verifica dell'evento in ogni momento della condotta che lo produce, la prescrizione ricomincia a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui la condotta illecita si è manifestata per la prima volta, fino alla cessazione dell'infrazione complessivamente considerata.

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

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

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

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

In particolare, qualora, a fronte della semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti sul mercato, il ragionamento dell'Autorità sia fondato sulla supposizione che le condotte poste a base dell'ipotesi accusatoria oggetto di contestazione non possano essere spiegate altrimenti, se non con una concertazione tra le imprese, a queste ultime basta dimostrare circostanze plausibili che pongano sotto una luce diversa i fatti accertati dall'Autorità e che consentano, in tal modo, di dare una diversa spiegazione in chiave concorrenziale dei fatti rispetto a quella accolta nell'impugnato provvedimento.

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

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

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

In tale ipotesi, è sufficiente che l'Autorità tracci un quadro indiziario coerente ed univoco, a fronte del quale spetta ai soggetti interessati fornire spiegazioni

alternative alle conclusioni tratte nel provvedimento accertativo della violazione “anticoncorrenziale” (Cons. Stato, Sez. VI, 2.7.18, n. 4010, 30.6.16, n. 2947 e 11.7.16, n.3047).

L’Agcm nella presente fattispecie ha ricostruito l’esistenza dell’intesa AIB sulla base di un robusto “set” probatorio, composto da elementi di prova sia di natura endogena ed esogena.

Nonostante il tentativo di sminuire la rilevanza delle prove raccolte o di ritenerle non significative nei confronti della ricorrente, sussistono numerose evidenze, ben in grado di supportare le deduzioni dell’Autorità, dalla quale si desume la partecipazione di Eliossola all’intesa. Per quanto attiene al momento costitutivo dell’accordo, è di palmare evidenza la mail del dicembre 2005 rinvenuta presso la società ricorrente, inviata dalla società Icarus (ora in liquidazione) e destinato a tutte le parti dell’intesa. Nella mail era presente un “preliminare di intesa” dal cui testo si desume inequivocabilmente la presenza di contatti tra le parti prima della scadenza dell’appalto AIB Calabria per trovare un accordo sulla gara in questione oltre che per definire una strategia di incontri successiva per gli appalti a seguire (cfr. pag. 53 del provvedimento). 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, destinata anche a Eliossola, 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. A fronte di tale corredo probatorio, le spiegazioni alternative fornite dalla ricorrente per giustificare le proprie condotte sul mercato 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. pag. 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. pag. 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 coglie nel segno l'affermazione secondo cui la costituzione delle ATI era indispensabile alle imprese sanzionate per partecipare alle procedure di affidamento. Premesso che l'illiceità di una condotta ai fini antitrust può dimostrarsi anche dal compimento di una serie di atti o all'utilizzo di strumenti giuridici in sé legittimi, ma il cui uso concreto denota un uso strumentale degli stessi (Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 2019, n. 8588). L'Autorità ha dato dimostrazione della finalità anticompetitiva perseguita attraverso il metodico ricorso allo strumento dell'ATI, osservando anche che da uno scambio di mail dell'ottobre 2005, tra i cui destinatari figurava anche la società ricorrente, si potevano desumere <<*talune modalità di declinazione della strategia collusiva avviata dalla gara Calabria 2005 in poi, quali la definizione di un "gruppo" di società che partecipa in un'unica ATI a tutte le procedure di gara bandite dalle Regioni prefigurando, all'interno del raggruppamento e nei rapporti tra le società, un meccanismo esecutivo dell'appalto di turnazione e un corrispondente sistema di compensazioni e pagamenti forfettari a conguaglio, a prescindere dall'effettivo contributo esecutivo reso dalle singole imprese componenti l'ATI*>> (par. 294).

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

4. Non sono condivisibili neppure le censure della ricorrente riguardo la mancata prova dell'elemento soggettivo, inteso come consapevolezza e volontà di partecipare alla strategia comune anticompetitiva.

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.

Tanto precisato in ordine all'elemento soggettivo negli illeciti anticoncorrenziali, deve osservarsi che 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. In punto di consapevolezza del disegno collusivo, in definitiva, deve osservarsi come dalla istruttoria emerga la consapevolezza e la comprensione del sistema concertativo da parte della ricorrente durante tutto l'arco temporale di durata dell'intesa. Circostanza che non viene smentita dalla natura "omissiva" di alcune delle singole condotte in cui si è manifestata la volontà della ricorrente di aderire all'accordo, ben potendo, nel caso di "bid rigging", essere perseguito l'intento spartitorio delle gare attraverso comportamenti di non belligeranza nei confronti degli altri partecipanti all'intesa.

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

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

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

Vi sono anche alcuni elementi documentali che confermano che il prezziario avesse un contenuto generale, quali ad esempio le dichiarazioni di Eliossola, rese in sede di audizione, le comunicazioni di trasmissione del prezziario 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 anche 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.

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

Per quanto riguarda il coefficiente di gravità applicato, si rammenta che il punto 12 delle linee guida adottate dall'Autorità sulle modalità di applicazione delle sanzioni *antitrust* così prevedono: “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 alla 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 (diversamente da quanto ritenuto nel gravame), ha comunque ad oggetto la fissazione dei prezzi e ha trovato concreta attuazione attraverso la pubblicazione dei listini. Anche in tal caso, l'applicazione di una percentuale, in certo modo contenuta quale è quella del 10% appare pienamente proporzionata rispetto alla gravità dei fatti contestati.

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

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

Non può essere accolta neppure la censura in ordine al mancato riconoscimento della circostanza attenuante per aver adottato dei programmi c.d. di compliance, ai sensi del par. 23 delle Linee Guida, che è stata adeguatamente motivata dall'Autorità in ragione della inefficacia di detti programmi, poiché anche a seguito della loro attuazione la società ha continuato a partecipare all'intesa AIB. Giova rammentare, in proposito, che, ai sensi del richiamato par. 23, la mera esistenza di un programma di compliance non sarà considerata di per sé una circostanza attenuante, in

assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma.

Sono, infine, non fondate le censure avverso la determinazione del fatturato su cui calcolare la sanzione.

Quanto all'intesa AIB, l'Autorità ha applicato quanto previsto dall'art. 15, comma 1, della legge n. 287/1990, che impone di fare riferimento all'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione e all'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida. La possibilità, contemplata al punto 9 delle linee guida, di adoperare una base di calcolo diversa presuppone che "il dato relativo al fatturato, riferito all'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione, non sia reso disponibile dall'impresa oppure non sia attendibile ovvero sufficientemente rappresentativo o, comunque, altrimenti non determinabile". La previsione intende operare una correzione alla metodologia imposta dalla legge nei soli, eccezionali, casi in cui non sia possibile utilizzare, a causa dell'assenza dei dati o di atteggiamenti elusivi dell'impresa, un dato utile a raggiungere le finalità di deterrenza perseguite dalla sanzione. Dunque, nel caso in esame non vi erano le condizioni per applicare un fatturato diverso da quello relativo all'ultimo anno di partecipazione all'intesa AIB.

Quanto al fatturato preso a riferimento per l'intesa prezzario, non colgono nel segno, in ragione della assenza di duplicazione tra le sanzioni irrogate e della impossibilità di applicare il criterio del cumulo formale, le censure volte a eliminare dalla base di calcolo quanto fatturato nel mercato dei servizi AIB. In ordine all'anno di riferimento, non risulta dimostrato che il calcolo dell'Autorità sia stato effettuato avuto riguardo all'anno 2015: anzi, la tabella riportata al par. 434 del provvedimento, dà espressamente conto della cessazione della partecipazione all'intesa di Eliossola il 13 marzo 2015 (data della sua fuoriuscita dall'AEI), sicché se ne desume, in assenza di prove di segno contrario, che la sanzione per l'intesa prezzario sia stata quantificata, in

conformità all'art. 15 della l. 287/1990, avendo a riferimento il fatturato del 2014.

7. Alla luce di quanto dedotto, pertanto, il ricorso non può trovare accoglimento.

8. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono poste in favore dell'Autorità nella misura quantificata 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 parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in misura pari a € 4.000,00, oltre oneri accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio tramite videoconferenza del giorno 22 aprile 2020 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Ivo Correale, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Lucia Maria Brancatelli**

**IL PRESIDENTE**  
**Antonino Savo Amodio**

IL SEGRETARIO