

Pubblicato il 18/05/2020

N. 05275/2020 REG.PROV.COLL.
N. 05378/2019 REG.RIC.
N. 05379/2019 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 5378 del 2019, proposto da Air Corporate S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Sciaudone, Francesca Maria Moretti e Flavio Iacovone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Pinciana, 25;

contro

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

nei confronti

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

sul ricorso numero di registro generale 5379 del 2019, proposto da AIRI S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e

difesa dagli avvocati Francesco Sciaudone, Francesca Maria Moretti e Flavio Iacovone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Pinciana, 25;

contro

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

nei confronti

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

per l'annullamento

quanto ad entrambi i ricorsi n. 5378 del 2019 e n. 5379 del 2019:

- del provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. 27563 del 13 febbraio 2019, notificato ad Air Corporate S.r.l. il 26 febbraio 2019, adottato a conclusione del procedimento I806 – AFFIDAMENTO APPALTI PER ATTIVITA' ANTICENDIO BOSCHIVO, con cui l'Autorità ha comminato ad Air Corporate, in solido con AIRI S.r.l., una sanzione amministrativa pecuniaria di € 5.010.886 ai sensi dell'art. 15 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, contestandole di aver posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'articolo 101 del TFUE;
- nonché di ogni altro atto connesso, consequenziale o presupposto.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione nei due giudizi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con la relativa documentazione;

Viste le ordinanze cautelari di questa Sezione n. 3708/2019 e n. 3709/2019 del 6.6.2019;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 70 cod. proc. amm.;

Visto l'art. 84 d.l. n. 18/2020;

Relatore nell'udienza del giorno 22 aprile 2020 il dott. Ivo Correale, 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

In seguito a una segnalazione, pervenuta il 13 maggio 2016, da parte di un pilota professionista di elicotteri, volta a denunciare condotte di condizionamento e turbativa di numerose gare pubbliche aventi ad oggetto la prestazione di servizi di antincendio boschivo e di elisoccorso – per una complessiva ampiezza nazionale del fenomeno denunciato – riconducibili a sette operatori del settore appartenenti all'Associazione Elicotteristica Italiana (“AEI”), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM” o “Autorità”) dava avvio al procedimento orientato nei confronti di otto società e della stessa AEI, per accertare l'esistenza di una violazione 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 di cui tutti gli operatori parti del procedimento erano soci, al fine di spartizione di appalti pubblici.

In data 19 luglio 2017, era adottato altro provvedimento con il quale il procedimento era esteso, oggettivamente, alla condotta relativa alla fissazione, nell'ambito dell'Associazione stessa, dei prezzi concernenti attività di trasporto aereo e di lavoro aereo (attraverso l'approvazione annuale di un apposito “prezziario”) e, soggettivamente per quel che rileva nella presente sede, alle società Air Corporate S.r.l. (“Air Corporate”) e alla sua controllante AIRI S.r.l. (“Airi”);

All'esito della fase istruttoria, l'Autorità deliberava:

“a) che sei società ivi indicate avevano posto in essere un’intesa restrittiva della concorrenza, contraria all’articolo 101 cit., consistente in un’intesa unica, continuata e complessa avente ad oggetto il condizionamento del mercato dei servizi “AIB”;

b) che sette società indicate, oltre Air Corporate in solido con la controllante Airi, nonché l’associazione di categoria, avevano posto in essere un’intesa restrittiva della concorrenza contraria all’articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) consistente in un’intesa unica, continuata e complessa avente ad oggetto la fissazione “ex ante” nell’ambito dell’AEI di un “prezziario” relativo ai servizi con elicottero;

c) che in base alle evidenze disponibili erano venuti meno i motivi di intervento nei confronti di tre società, in relazione all’intesa avente ad oggetto il condizionamento delle gare “HEMS;”

L’Autorità disponendo altresì l’inibitoria a porre in essere in futuro comportamenti analoghi a quelli contestati, irrogava sanzioni pecuniarie, tra cui, a Air Corporate in solido con Airi di euro 5.010.886,00.

In sintesi, dopo aver illustrato le fasi dell’istruttoria, la documentazione acquisita e le osservazioni delle parti, l’AGCM riteneva – per quel che rileva nella presente sede - che l’intesa sul “prezziario” di cui alla lett. b) del dispositivo sopra riportato si sostanziava in un accordo orizzontale anticompetitivo, avente per oggetto la fissazione “ex ante” – e quindi finalizzata all’applicazione “pro futuro” – dei prezzi dei servizi di “lavoro aereo” e “trasposto personale” svolti con elicottero, distinto per tipologia di elicotteri. Tale “prezziario” risultava volto sia ad indirizzare la domanda privata di lavoro aereo e di trasporto passeggeri mediante elicottero, sia a influenzare la domanda pubblica e le variabili economiche relative alle gare pubbliche “AIB” ed “HEMS”.

L’Autorità quindi precisava che tale fattispecie di intesa accertata era anticoncorrenziale “per oggetto”, unica, complessa e continuata nell’intero arco temporale 2001-2017, precisando che comunque risultava anche aver

prodotto effetti di condizionamento sul mercato pubblico sia per i servizi “AIB” che per i servizi “HEMS”.

Tale “prezziario” conteneva un listino dei “prezzi per minuto di volo”, differenziati per tipologia di elicottero e tipo di impiego (“Posizionamento”, “Lavoro aereo” e “Trasporto Personale”); nel “prezziario” erano riportati i prezzi di tutte le tipologie di elicottero monomotore o bimotores utilizzate in Italia e i prezzi definiti nel listino erano quelli, futuri, da applicarsi per tutto l’anno in corso (e fino alla nuova approvazione del listino). Tra il 2001 e il 2017, tale listino, da un anno all’altro, aveva subito variazioni in aumento o era rimasto invariato (tranne un aggiustamento nei prezzi del servizio con gli elicotteri di tipo “A109” e “H135” tra il 2011 e il 2014). Il “prezziario” era trasmesso a tutti gli associati, per eventuali osservazioni e/o richieste di modifica, prima della sua registrazione alla Camera di Commercio, registrazione non obbligatoria peraltro.

In istruttoria era emerso che alcune delle parti associate ad AEI avevano osservato come gli stessi risultassero più elevati rispetto ai valori effettivi di mercato a cui erano venduti in concreto i servizi di lavoro aereo con elicottero. Il segnalante aveva anche prodotto documenti da cui emergeva che i valori risultavano più elevati dei preventivi per lavori di trasporto aereo “spot” (non continuativo) formulati da taluni operatori e dalle stesse parti in procedure pubbliche di affidamento diretto in economia. Le parti avevano anche rilevato che, in ogni caso, i valori indicati nel prezziario erano da intendersi in termini di “indicazioni di massima”, posto che il prezzo effettivo variava da commessa a commessa ed era legato alle specificità proprie di ogni contratto stipulato.

In tale contesto, i servizi di tipo “AIB” e “HEMS” - caratterizzati dalla prestazione del servizio su base stagionale o continuativa, nell’ambito di un rapporto contrattuale pluriennale con, di regola, la remunerazione garantita di un numero minimo di ore di volo o di un canone fisso - presentavano un

minor rischio d'impresa e di copertura dei costi fissi rispetto ai servizi di lavoro aereo e trasporto personale erogati su base "spot".

L'Autorità aggiungeva che dalla documentazione acquisita risultava che nessuna delle imprese parti del procedimento si era mai dissociata rispetto alla decisione di definire in sede associativa il "prezziario" e che quest'ultimo era stato ritirato il 25 agosto 2017 in sede AEI dopo l'avvio del procedimento.

L'AGCM, quindi, concludeva nel senso di ritenere che il "prezziario", e la sua registrazione, erano stati volti a influenzare il comportamento delle stazioni appaltanti dei servizi "AIB" e "HEMS" (con riguardo alla definizione dei prezzi a base d'asta), oltre a fungere da riferimento di prezzo per l'offerta dei servizi di lavoro aereo e trasporto passeggeri destinati a clienti privati.

Alla luce degli elementi "endogeni" ed "esogeni" che erano richiamati, dopo essersi soffermata sul "mercati rilevanti", in ordine al "prezziario", l'Autorità deduceva che:

- a) esso era stato 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*", secondo documentazione acquisita, da cui risultava la trasmissione del prezziario ad uffici di stazioni appaltanti regionali competenti in materia di affidamento del servizio "AIB";
- b) le dizioni "lavoro aereo" e "trasporto personale", quali categorie di attività valorizzate nel "prezziario", erano idonee a includere sia attività di trasporto di materiali e/o di personale a committenza privata che servizi pubblici "AIB" ed "HEMS", dato che tali tipologie di prestazioni, al di là delle specifiche e ulteriori abilitazioni pubbliche e attrezzature richieste, si sostanziano, di fatto, in attività di trasporto e spargimento di sostanze ("AIB") e di trasporto passeggeri ("HEMS");
- c) il soggetto segnalante aveva prodotto documenti da cui emergeva che i valori del "prezziario" risultavano anche più elevati dei preventivi per lavori di

- trasporto aereo “spot” (non continuativo) formulati da taluni operatori e dalle stesse parti in procedure pubbliche di affidamento diretto in economia;
- d) le voci di costo - fisse e variabili - dei prezzi per servizi di trasporto aereo o lavoro aereo tramite elicotteri a committenza sia pubblica che privata erano le medesime sia per servizi continuativi che per servizi “spot”; ciò che mutava era il diverso ammortamento dei costi fissi lungo l’arco temporale di riferimento;
- e) risultava implausibile che, in sede associativa, fosse approvato con continuità ogni anno, per più di quindici anni, un “prezziario” che concerneva attività diverse da quelle prestate in via prevalente o esclusiva dalle associate, anche in ragione del ruolo di esponenti apicali dell’Associazione e di componenti del consiglio direttivo svolto dai rappresentanti di quasi tutte le parti;
- f) le affermazioni difensive che negavano la riferibilità, anche come parametro utile, del “prezziario” ai servizi continuativi e, segnatamente, alle attività “AIB” ed “HEMS”, risultavano contraddittorie perché smentite dalle evidenze documentali e da dichiarazioni di segno opposto formulate da talune parti e dalla stessa Associazione;
- g) la fattispecie di intesa accertata era anticoncorrenziale “per oggetto” e, pertanto, poteva prescindere dall’effettiva e comprovata produzione di effetti; inoltre, doveva considerarsi che la diffusione e l’invio a singole stazioni appaltanti del “prezziario” in questione, redatto dalle principali imprese operanti nei settori “AIB” ed “HEMS”, aveva prodotto un effetto di condizionamento al rialzo dei prezzi, anche laddove la committenza (per intuibili ragioni di contenimento della spesa) non si fosse allineata puntualmente all’importo ivi riportato (soprattutto se lo stesso risultava effettivamente sovrastimato);
- h) le parti non avevano dimostrato, a fronte della accertata (e dalle stesse confermata) sostanziale omogeneità delle voci di costo concernenti sia i servizi elicotteristici “spot” che quelli continuativi, che prezzi al minuto di

volo per tipologia e marca di elicottero (come quelli figuranti sul “prezziario”) non potevano utilizzarsi come “proxy” di riferimento per servizi di lavoro aereo e trasporto passeggeri continuativi, il cui corrispettivo risultava sempre definito sia dalle amministrazioni che dai committenti privati tenendo conto del numero di ore stimate di volo;

i) il coinvolgimento delle associate nella fattispecie di intesa all’esame scaturiva dal ruolo attivo che le stesse avevano dimostrato di ricoprire nella definizione ed approvazione del “prezziario” con cadenza annuale, avendo la quasi totalità di esse costituito il comitato direttivo dell’associazione che si riuniva appositamente per definirlo ed approvarlo, richiedendo anche modifiche ed integrazioni e inviandolo alla clientela o ad operatori concorrenti. Alcune imprese avevano continuato a richiedere e ricevere il prezziario addirittura dopo essere fuoriuscite dall’Associazione e, in ogni caso, le imprese associate risultavano pienamente coinvolte nella condotta anticoncorrenziale in esame già solo per aver ricevuto la bozza di “prezziario” e comunque la versione definitiva prima della sua approvazione – sempre nei primi mesi dell’anno cui il prezziario faceva riferimento – senza essersi espressamente dissociate da tale pratica protrattasi per più di quindici anni.

In ordine al coinvolgimento specifico di Airi, l’AGCM osservava che, nonostante la memoria difensiva prodotta, in cui si argomentava l’assenza, da parte della società, di un effettivo esercizio di direzione nei confronti della partecipata Air Corporate, tali considerazioni non valevano a superare la presunzione della riconducibilità alla controllante delle scelte strategiche e della responsabilità per illeciti “antitrust” effettuati da controllata in via totalitaria o quasi totalitaria. Ciò in ragione della coincidenza degli esponenti aziendali tra la controllante e la controllata e della totale commistione e confusione di sedi e locali operativi tra le due società.

Con rituale ricorso a questo Tribunale – rubricato al n.r.g. 5378/2019 - Air Corporate precisava di svolgere essenzialmente servizi passeggeri non di tipo “spot” ma continuativi a favore di clienti privati di tipo “corporate”, come

rilevato dalla stessa Autorità nel provvedimento e, in media, il 95% circa del suo fatturato era frutto di contratti conclusi con committenza privata. La società non aveva mai svolto servizi di lavoro aereo – pur avendo l'apposita licenza – e non aveva mai partecipato a gare d'appalto pubbliche per la prestazione di servizi elicotteristici.

Chiedeva pertanto l'annullamento, previa sospensione, del provvedimento sanzionatorio, lamentando, in sintesi, quanto segue.

“I. Inconfigurabilità di un'intesa restrittiva della concorrenza. Violazione e falsa applicazione degli artt. 101(1) TFUE e 2 Legge 287/90.”

Dopo aver mutato tra la CRI e il provvedimento finale l'inquadramento del settore elicotteristico di riferimento, l'Autorità aveva affermato che Air Corporate svolgeva solo attività di lavoro aereo e/o trasporto passeggeri a favore di clienti privati, omettendo, però, di dare atto del fatto che l'attività di lavoro aereo della ricorrente era stata pari a zero e che circa il 95% dell'attività della società era rappresentato da servizi di tipo continuativo e non “spot”.

L'AGCM era incorsa in evidente confusione affermando che l'asserita intesa si sarebbe incentrata sulla fissazione dei prezzi a livello associativo in ambito AEI relativamente alla prestazione di servizi con elicottero nel loro complesso, quindi compresi i servizi di lavoro aereo e trasporto passeggeri (diversi da quelli di tipo “AIB” ed “HEMS”). In realtà, il “prezziario” era denominato “Prezziario ufficiale elicotteri per lavoro aereo e trasporto personale” e appariva incomprensibile come l'Autorità avesse effettuato un'equivalenza praticamente automatica fra l'espressione “trasporto passeggeri” e l'espressione “trasporto personale”, per concludere che il “prezziario” si applicava anche al trasporto passeggeri (contro l'espressa denominazione dello stesso).

La ricorrente, quindi, si soffermava sulle relative differenze tra trasporto passeggeri e lavoro aereo, evidenziando che il trasporto di persone, intese come “personale”, è ricompreso nella licenza di lavoro aereo ed è diverso rispetto al trasporto di persone intese come “passeggeri”, anche se a titolo

oneroso (quest'ultimo con un regime "IVA" al 10% e non al 22% e unico a essere sottoposto alla c.d. "tassa sul passeggero" introdotta con l. n. 134/2002).

Di conseguenza, la ricorrente ribadiva che il "prezziario" non era mai stato applicabile al trasporto passeggeri effettuato nei confronti della clientela privata, né a quello effettuato su base occasionale né a quello effettuato su base continuativa (servizi di tipo "corporate"), anche perché il prezzo finale per servizi svolti nei confronti di clienti privati è soggetto ad una serie di variabili, che non consentono in alcun caso l'applicazione "tout court" di tale "prezziario", applicabile invece al trasporto di personale, strumentale al servizio di lavoro aereo, se effettuato su base occasionale.

L'AGCM, quindi, nel corso di tutto il provvedimento, aveva equivocato sui termini "personale" e "passeggeri", usati impropriamente come sinonimi, in maniera non corretta etimologicamente, fermo restando che Air Corporate non aveva mai applicato il "prezziario" in questione nella sua attività.

"II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 101(1) TFUE e 2 Legge 287/90. Travisamento dei fatti. Difetto di istruttoria e di motivazione.

A. La natura del prezziario e l'insufficienza probatoria circa il suo utilizzo nei confronti della committenza privata".

L'AGCM aveva ignorato la circostanza – pur rappresentata nel corso del procedimento - per la quale l'intento che aveva ispirato inizialmente l'adozione del "prezziario" era quello di individuare i valori economici orientativi per i servizi di tipo "spot", con esplicita esclusione dei servizi continuativi e dei servizi di trasporto passeggeri e di c.d. "elitaxi". Inoltre, era riferito impropriamente di "fissazione ex ante", dato che lo stesso era deliberato nella primavera di ciascun anno per l'anno in corso, quindi mai "ex ante" per tutto l'anno successivo, e la sua validità appariva comunque limitata, poiché la determinazione del prezzo orario dei servizi in questione è influenzata da innumerevoli variabili, nemmeno esplicitate dall'AGCM.

La natura e la finalità di massima emergevano dalla stessa documentazione citata nel provvedimento impugnato e le società in AEI erano totalmente libere di applicare prezzi differenti da quelli, solo orientativi, ivi indicati, che – dunque – non potevano aver orientato enti appaltanti per le gare pubbliche, nel cui mercato la ricorrente peraltro non operava.

Inoltre, se l’Autorità affermava che il “prezziario” aveva avuto anche la finalità di fornire indicazioni al mercato civile privato, solo sporadici riferimenti erano fatti a tale ipotizzato utilizzo, essenzialmente nella forma di una sua trasmissione a terzi su richiesta di questi e per un limitato periodo.

L’Autorità quindi, non aveva rispettato l’onere della prova che incombeva su di lei in merito.

“B. L'impossibilità di perseguire l'asserito illecito per quanto attiene ai servizi di tipo continuativo per intervenuta prescrizione”.

Dal 2012, i prezzi indicati nel “prezziario” non riguardavano più i servizi di tipo continuativo, di qualsivoglia genere, senza alcuna necessità che venissero modificate le tipologie di elicotteri o altri aspetti; pertanto, essendo stato l’avvio di istruttoria deliberato il 14 marzo del 2017, oltre cinque anni dopo rispetto alla fine delle condotte ipotizzate come illecite, il potere dell’Autorità di sanzionare le imprese in relazione ai servizi di tipo continuativo era prescritto.

“III. Violazione e falsa applicazione degli artt. 101(1) TFUE e 2 Legge 287/90. Carenza dei presupposti e difetto di motivazione per quanto attiene all'esistenza di un'intesa unica.”

La ricorrente sosteneva che nel caso di specie erano assenti i presupposti – da dimostrare quale onere dell’AGCM – per configurare gli elementi costitutivi di un'intesa unica e complessa, quali l'esistenza di un piano generale che persegue un obiettivo comune, il contributo intenzionale dell'impresa a detto piano, il fatto che essa fosse a conoscenza (provata o presunta) dei comportamenti illeciti degli altri partecipanti.

L'espressione intesa unica, continuata e complessa si rinveniva per la prima volta solo alla fine del provvedimento stesso e non risultavano dimostrati l'esistenza di un piano comune, con un unico obiettivo illecito, fra le imprese aderenti a AEI in relazione all'adozione del "prezziario" e, tantomeno, il contributo a tale piano da parte di Air Corporate.

"IV. Violazione degli artt. 101(1) TFUE e 2 Legge 287/90, carenza d'istruttoria, eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di motivazione in relazione al coinvolgimento di Air Corporate nell'asserito illecito."

La presenza di Air Corporate nell'Associazione con funzioni di vertice era un elemento inconferente ai fini dell'attribuzione di responsabilità per l'asserito illecito.

Infatti, l'attuale "accountable manager" di Air Corporate dal 2007 in realtà rappresentava non tanto la ricorrente ma, essenzialmente, se stesso, continuando a portare all'interno dell'Associazione quell'apporto di conoscenze tecniche e personali che deteneva personalmente, occupandosi di questioni attinenti all'antincendio boschivo, attività – come detto mai svolta da Air Corporate.

In secondo luogo, la partecipazione di Air Corporate alle delibere adottate in seno all'Associazione di categoria era inidonea, sia da un punto di vista meramente potenziale che effettivo, a restringere la concorrenza, dato che era l'unica società in AEI a svolgere servizi elicotteristici di tipo "corporate", nel senso di mettere a disposizione di un'altra società e/o persona fisica un elicottero in modo dedicato, tendenzialmente a titolo esclusivo, per tutto il tempo richiesto dal cliente, normalmente non inferiore all'anno, con ogni servizio a ciò connesso, per cui non poteva aver messo in atto un'intesa anticompetitiva "con se stessa". Non rientrano, infatti, nella nozione d'intesa le condotte unilaterali, poste in essere autonomamente, senza necessità di alcuna forma di coordinamento con un'altra impresa, fermo restando che il "prezziario" era inapplicabile ai servizi resi dalla ricorrente ed essa non lo aveva mai utilizzato, nemmeno come riferimento, dato che esso concerneva

essenzialmente solo i servizi elicotteristici di lavoro aereo e trasporto personale su base “spot”.

L'adozione del “prezziario” in seno all'AEI era quindi del tutto irrilevante per Air Corporate che comunque non ne aveva mai fatto uso, secondo quanto emerso in istruttoria da dichiarazioni di alcuni clienti “di lunga data”, i quali avevano attestato incontrovertibilmente che mai, nelle negoziazioni fra loro e la ricorrente, si era fatto uso, o anche solo riferimento, al “prezziario”, e come illustrato nella memoria finale con specifica tabella, che era riportata, sui prezzi praticati (anche in limitatissimi, servizi di trasporto passeggeri di tipo “spot”).

Pertanto, la circostanza dell'appartenenza all'associazione di categoria e il ruolo in essa ricoperto da alcuni dipendenti della ricorrente erano mere circostanze fattuali che non potevano condurre ad una qualche forma di colpevolezza per un illecito anticompetitivo, in mancanza degli elementi costitutivi dell'illecito stesso.

“V. Violazione e falsa applicazione degli artt. 101(1) TFUE e 2 Legge 287/90. Sulla qualifica dell'illecito contestato come un'intesa restrittiva “per oggetto”.

Alla luce di quanto illustrato in precedenza, la ricorrente evidenziava che non poteva configurarsi un'intesa anticoncorrenziale “per oggetto”, in assenza di alcun apprezzamento e corretta considerazione del contesto economico e giuridico nel quale si inquadravano i comportamenti contestati, nonostante i molteplici tentativi di Air Corporate illustrati nel corso del procedimento e orientati nel senso di non aver beneficiato di alcun vantaggio.

“VI. Sull'illegittima attribuzione ad AIRI quale controllante della responsabilità per l'illecito contestato a Air Corporate.”

La ricorrente contestava anche che Airi ed Air Corporate formassero un'unica entità economica ai fini “antitrust” e che, in applicazione della presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante, fosse legittima un'imputazione dell'illecito ad entrambe le società con conseguente responsabilità in solido.

Ciò perché l’Autorità aveva fondato la decisione nei confronti di Airi solo sulla mera presunzione dell’esercizio effettivo di un’influenza determinante, senza svolgere le necessarie verifiche richieste dal caso concreto e senza confutare le argomentazioni e gli elementi dedotti dall’interessata nel corso del procedimento. Pertanto, l’AGCM non aveva adempiuto – o comunque non lo aveva fatto adeguatamente – all’obbligo di motivazione espressamente sancito dalla giurisprudenza comunitaria in tema di responsabilità della controllante, ferma restando la natura di pura “holding” di mera partecipazione di Airi.

“VII. Sulla quantificazione della sanzione. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 15, comma 1, e 31 Legge 287/1990, dei punti 1, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 16, 19, 23, 29 e 32 delle Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’articolo 15, comma 1, della Legge 287/90, adottate con Delibera dell’Autorità del 22 ottobre 2014, n.25152 (“Linee Guida”), nonché dell’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.”

Air Corporate contestava in subordine anche l’entità della sanzione, perché l’AGCM aveva incluso nel valore delle vendite anche il fatturato derivante dai servizi “non coperti” dal “prezziario”, di cui al fatturato relativo ai servizi di trasporto passeggeri. Comunque non poteva spingersi oltre il 2012, anno da cui, per espressa disposizione, il “prezziario” non aveva più trovato applicazione a tutti i servizi continuativi.

In secondo luogo, l’Autorità non aveva riconosciuto la gravità “lieve” dell’intesa e vi era stata comunque la mancata analisi degli effetti della stessa a tal fine.

La durata dell’infrazione, per Air Corporate, poteva al massimo essere considerata dal 2002 (anno di associazione in AEI) al 2012 (anno da cui non si applicava più il “prezziario” per i servizi continuativi) e comunque doveva essere riconosciuta alla ricorrente la circostanza attenuante del ruolo marginale. Inoltre, per quanto detto in precedenza, l’AGCM aveva

erroneamente calcolato il massimo edittale sul fatturato di Airi realizzato a livello mondiale, con conseguente sproporzionalità della sanzione.

“VIII. Sull’illegittimità costituzionale degli artt. 15 e 31 della Legge 287/90 e delle Linee Guida”.

La ricorrente sul punto e in via subordinata riteneva sussistente la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 15 e 31 della Legge 287/1990 e delle “Linee Guida” dell’AGCM, come interpretati dal diritto vivente, con riferimento all’applicazione nell’ordinamento italiano dei principi, elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, dell’“unica entità economica” e della “parental liability presumption” (“PLP”), in relazione agli artt. 1, 2, 3, 5 CEDU e 25, commi 1 e 2, 27, commi 1 e 2, 117, comma 1, Cost., anche in riferimento agli artt. 7 CEDU e 49 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’UE.

“IX. Eccessività ed iniquità della sanzione nel suo ammontare per violazione del principio di proporzionalità della pena. Esercizio della giurisdizione di merito.”

Infine, Air Corporate sempre in subordine chiedeva a questo Tribunale di esercitare la propria giurisdizione estesa al merito, ai sensi dell’art. 134, comma 1, c.p.a., e rideterminare la sanzione inflitta dall’Autorità secondo un principio di proporzionalità, riducendone l’ammontare anche a prescindere dalla fondatezza degli evocati vizi di legittimità in cui era incorsa, sulla base di un’equa valutazione di tutte le circostanze della specie.

Avverso il medesimo provvedimento proponeva rituale, distinto, ricorso a questo Tribunale – rubricato al n.r.g. 5379/2019 - anche Airi.

Essa precisava di essere una “holding” di partecipazioni con socio unico e di detenere partecipazioni in alcune società, tra cui, in particolare, per quanto interessava il presente giudizio, il 93,33% del capitale di Air Corporate.

Chiedeva anch’essa, pertanto, l’annullamento, previa sospensione, del provvedimento sanzionatorio, lamentando, in sintesi, quanto segue.

“I. Primo Motivo. Sulla non imputabilità ad AIRI dell’illecito asseritamente realizzato da Air Corporate.”

In relazione alla conclusione per la quale l'Autorità riteneva che Airi ed Air Corporate formavano un'unica entità economica ai fini "antitrust", imputando la responsabilità dell'illecito ad entrambe le società, con conseguente responsabilità in solido anche per il pagamento della sanzione, la ricorrente formulava varie censure.

"A. Violazione e/o falsa applicazione dell'artt. 101 TFUE nonché dell'art. 2 Legge 287/1990. Eccesso di potere consistente nell'erronea applicazione della presunzione dell'esercizio effettivo dell'influenza determinante e mancato assolvimento dell'onere probatorio. Difetto di istruttoria e di motivazione del Provvedimento".

Dalla lettura del provvedimento impugnato, si rilevava che, ai fini dell'imputabilità ad Airi della responsabilità per la condotta di Air Corporate, l'Autorità si era avvalsa esclusivamente della presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante, senza svolgere alcun ulteriore accertamento sul punto.

In realtà, secondo la giurisprudenza eurolunitaria che era richiamata, la prova dell'esercizio dell'influenza determinante da parte della "controllante" sulla "controllata" incombe sull'Autorità di concorrenza, cui spetta dimostrare che la prima esercita un effettivo potere direttivo sulla seconda, tenendo conto di tutte le circostanze del caso specifico. Dalla medesima fonte giurisprudenziale, se era stato elaborato il principio per il quale, nel caso in cui la "controllante" detenga direttamente o indirettamente il 100% o quasi del capitale della "controllata" che ha infranto le norme "antitrust", è possibile ricorrere alla presunzione dell'esercizio di un'influenza determinante sul comportamento della "controllata", tale principio però non opera qualora la "controllante" fornisca elementi di prova idonei a dimostrare che la stessa non costituisce un'unica entità economica con la sua affiliata e che quest'ultima si comporta in modo autonomo sul mercato.

Ebbene, nel caso di specie Airi aveva ben rappresentato all'Autorità, nel corso del procedimento, le motivazioni per le quali non era possibile imputare alla stessa la responsabilità per la condotta di Air Corporate nella fattispecie. Tali

ragioni erano incentrate sulle circostanze per cui: a) la ricorrente è una “holding” di partecipazioni “statica”, che non svolge attività operative, né di gestione, né di coordinamento amministrativo o finanziario; b) Airi aveva acquisito il controllo non totalitario di Air Corporate solo a far data dal 20 novembre 2013.

In sostanza, la funzione della ricorrente è solo quella di gestire le partecipazioni societarie dalla stessa detenuta, senza che ciò si traduca in un ruolo operativo di effettivo controllo sull’operato delle singole società “figlie”. Tant’è vero che Airi è composta da un unico socio amministratore e non ha in dotazione alcuna unità di personale dipendente, non ha unità locali/sedi operative, con l’aggiunta che il controllo meramente finanziario esercitato sulle società “controllate” emerge anche dalla sua stessa configurazione e strutturazione aziendale.

Invece, l’AGCM si era limitata ad affermare soltanto che la giurisprudenza ha confermato l’applicazione della “presunzione” anche alle ipotesi in cui la “controllante” sia una “holding” di partecipazioni, richiamando una sentenza del Tribunale UE ma senza considerare il fatto specifico all’attenzione dei giudici UE in quel caso, che riguardava una “holding”, la quale svolgeva “di fatto” attività industriale. Inoltre, l’Autorità nulla aveva detto sulla circostanza “temporale” dell’acquisizione della partecipazione in Air Corporate solo alla fine del 2013. Né, alla luce di quanto detto, potevano avere valore dirimente le circostanze della coincidenza degli esponenti aziendali tra “controllante” e “controllata” e della commistione di sedi e locali operativi tra le due società, così come l’AGCM non aveva dimostrato comunque che un’influenza specifica era stata effettivamente esercitata da Airi.

Peraltro, presso gli uffici operativi di Air Corporate, Airi aveva solo una sede legale, che, fino alla data di acquisizione delle quote (quindi dal 2010 al 2013), non coincideva nemmeno. Non era illustrato, poi, ove e in che modo era stata desunta la coincidenza degli esponenti aziendali tra la “controllante” e la “controllata”.

“B. Violazione e/o falsa applicazione dell’artt. 101 TFUE nonché dell’art. 2 Legge 287/1990. Eccesso di potere consistente nell’erronea applicazione e/o travisamento dei principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria con riguardo all’attribuzione di corresponsabilità per illeciti antitrust alle holding di partecipazioni. Carenza di istruttoria e di motivazione.”

La giurisprudenza eurounitaria è univoca nel ritenere che una “holding” può essere ritenuta responsabile del comportamento illecito posto in essere dalla sua “controllata” a condizione che detta “holding” possa considerarsi una “impresa” ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE, non limitandosi a detenere partecipazioni e ad esercitare i diritti ad esse connessi.

In realtà, come illustrato, Airi ha un unico socio, che è anche amministratore, non ha in dotazione alcuna unità di personale dipendente, non ha unità locali e/o sedi operative; tali elementi chiarivano la natura e la portata dei vincoli economici, giuridici e organizzativi che esistono fra Airi ed Air Corporate, dai quali si evinceva che la “holding” esercita solo un controllo meramente finanziario ma non ha alcuna influenza di tipo strategico, decisionale e commerciale, tant’è che nel provvedimento non era fatta alcuna menzione di condotte poste in essere da Airi in relazione alla specifica vicenda del “prezziario” come sanzionata dall’AGCM.

“C. Violazione e/o falsa applicazione dei principi di personalità della pena e della presunzione di innocenza. Violazione dell’art. 3 della Legge 689/81.”

Per la ricorrente Airi, l’applicazione della “presunzione”, come ritenuta dall’AGCM in ambito “antitrust”, sollevava la questione fondamentale se un’entità societaria possa essere punita per le condotte di un’entità distinta, in relazione al principio generale per il quale ciascuna persona giuridica legalmente indipendente risponde esclusivamente della propria condotta illecita e di qualsiasi danno essa possa aver cagionato a terzi, anche in applicazione del principio della personalità della pena e della presunzione d’innocenza tutelati dagli artt. 48 e 49 Carta di Nizza (nonché dall’art. 3 l. n. 689/81), fermo restando che i diritti e le libertà enunciati nel titolo primo

della CEDU, che include gli artt. 6 e 7, sono riconosciuti “a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione” (art. 1 Convenzione), e dunque anche a ciascun’entità societaria legalmente costituita ed esistente, anche se legata ad altre distinte società dall’appartenenza alla stessa “impresa” in senso economico.

Per la ricorrente, quindi, l’applicazione della “presunzione” in questione nei confronti di Airi non risultava proporzionata al legittimo scopo di assicurare l’effettiva applicazione dell’art. 101 TFUE, ma sembrava volta esclusivamente a rafforzare la garanzia dell’effettivo pagamento della sanzione.

“II. Secondo motivo. Sull’illegittimità della sanzione irrogata ad AIRI in solido con la controllata Air Corporate.”

Per la ricorrente, il provvedimento era illegittimo anche nella parte in cui aveva determinato ed irrogato la sanzione amministrativa pecuniaria “in solido” e l’aveva erroneamente parametrata sul fatturato di Airi.

“A. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 15, comma 1, Legge 287/1990, nonché dei punti 1, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 16, 29 e 32 delle Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, adottate con Delibera dell’Autorità del 22 ottobre 2014, n.25152 (“Linee Guida”).

a) Sull’an della sanzione”.

La ricorrente ribadiva che non poteva essere considerata responsabile in quanto non aveva preso parte all’asserita infrazione e comunque non ne aveva avuto contezza, non esercitando un’influenza determinante su Air Corporate.

“b) Sul quantum della sanzione”.

Airi era del tutto estranea all’infrazione e l’Autorità non poteva legittimamente determinare la sanzione da irrogare ad Air Corporate parametrandola sul fatturato della sua “controllante” e ciò anche perché Airi aveva detenuto la maggioranza del capitale di Air Corporate solamente nel periodo corrispondente agli ultimi cinque anni in cui si sarebbe realizzato l’illecito, dal 2013 al 2017.

In subordine, la ricorrente insisteva nel rilevare che l'infrazione le poteva essere imputata solamente a decorrere dal 20 novembre 2013 - ossia, dalla data in cui aveva acquisito il controllo di Air Corporate - e non per tutta la durata dell'illecito, fissata dal 2001.

“B. Sull'erronea applicazione del principio della responsabilità solidale.”

La ricorrente ricordava nuovamente che la giurisprudenza aveva riconosciuto all'Autorità “antitrust” la facoltà di decidere se sanzionare, in ragione della comune appartenenza all'impresa, solo la “controllata”, che ha partecipato direttamente all'infrazione oppure, in solido, “controllata” e “controllante”, ma in tal caso solo in applicazione di un meccanismo di effettiva deterrenza e dissuasione che, nel caso di specie, però, non poteva operare per quanto detto in precedenza.

“III. Terzo Motivo. Illegittimità del Provvedimento per violazione dell'art. 101 TFUE nella parte concernente Air Corporate.”

La ricorrente si soffermava sull'erroneo inquadramento del mercato di riferimento in relazione all'attività svolta da Air Corporate e sulle effettive ragioni di approvazione di un “prezziario”, estraneo all'attività propriamente di tipo “corporate” di quest'ultima.

Inoltre, dal contesto del provvedimento impugnato, emergeva che l'Autorità aveva ricostruito in modo lacunoso e incongruente i fatti sui quali si basava il provvedimento, non aveva soddisfatto lo “standard” probatorio richiesto al fine di ritenere comprovata l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, non aveva dimostrato la partecipazione di Air Corporate all'adozione del “prezziario” e aveva del tutto omesso di prendere in considerazione le spiegazioni alternative fornite da quest'ultima nel procedimento nonché di effettuare una propria “contro-valutazione” così da motivare adeguatamente il rigetto di tali spiegazioni alternative.

“IV. Quarto Motivo. Sull'illegittimità costituzionale degli artt. 15 e 31 della Legge 287/1990 e delle Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni dell'Autorità”.

La ricorrente riteneva sussistente la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, degli artt. 15 e 31 della Legge 287/1990 e delle “Linee Guida” dell’AGCM, come interpretati dal diritto vivente, con riferimento all’applicazione nell’ordinamento italiano dei principi, elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, dell’“unica entità economica” e della “parental liability presumption” (“PLP”), in relazione agli artt. 1, 2, 3, 5 CEDU e 25, commi 1 e 2, 27, commi 1 e 2, 117, comma 1, Cost., anche in riferimento agli artt. 7 CEDU e 49 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’UE.

“V. Quinto Motivo. Eccessività ed iniquità della sanzione nel suo ammontare per violazione del principio di proporzionalità della pena. Esercizio della giurisdizione di merito.”

Infine, Airi chiedeva a questo Tribunale di esercitare la propria giurisdizione estesa al merito, ex art. 134, comma 1, c.p.a., e di rideterminare la sanzione inflitta dall’Autorità, in chiara violazione del principio di proporzionalità, chiedendone di ridurre l’ammontare anche a prescindere dalla fondatezza degli evocati vizi di legittimità in cui era incorsa, sulla base di un’equa valutazione di tutte le circostanze della specie.

Si costituiva in entrambi i giudizi l’intimata Autorità, affidando a memorie per la camera di consiglio le tesi orientate a rilevare l’infondatezza dei ricorsi, a cui entrambe le ricorrenti replicavano con una memoria integrativa.

Con le distinte ordinanze in epigrafe, questa Sezione accoglieva le istanze cautelari proposte, limitatamente alla sospensione della sanzione pecuniaria, subordinata, ai sensi dell’articolo 55, comma 2, c.p.a., alla prestazione in favore dell’Autorità di una cauzione di importo pari a quello della sanzione irrogata.

In prossimità della trattazione di merito – originariamente fissata all’11 marzo 2020 e poi rinviata d’ufficio, dapprima al 25 marzo 2020 e poi al 22 aprile 2020, ai sensi delle disposizioni emergenziali sull’epidemia “covid 19” di cui al

d.l. n. 11/2020 e al d.l. n. 18/2020 - l'AGCM depositava ulteriore documentazione e una memoria riassuntiva.

Entrambe le ricorrenti depositavano rituali memorie (anche "di replica") e la causa era trattenuta in decisione alla data del 22 aprile 2020.

DIRITTO

Preliminarmente, il Collegio ritiene opportuno disporre la riunione dei due ricorsi, per ragioni di evidente connessione oggettiva, riguardando l'impugnativa di un medesimo provvedimento che dispone una sanzione "in solido" nei confronti delle due ricorrenti.

Sempre preliminarmente, il Collegio ritiene di prendere in esame per primo il gravame di Air Corporate, nella parte in cui è rivolto a contestare l'esistenza stessa della fattispecie "antitrust" per quel che la riguarda, dato che l'eventuale fondatezza di tale profilo riverbererebbe direttamente sulla procedibilità delle distinte censure di Airi sul suo coinvolgimento.

Prima di inoltrarsi nell'esame delle deduzioni specifiche della ricorrente Air Corporate, il Collegio ritiene opportuno ricordare che l'art. 101 TFUE vieta "*...tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:... c) ripartire i mercati...*".

Senza dilungarsi oltremodo sui presupposti che la giurisprudenza ha individuato ai fini della valutazione di legittimità di provvedimenti sanzionatori in materia "antitrust", peraltro ben noti alle parti ricorrenti e resistente che ne hanno fatto ampio richiamo nelle proprie difese, il Collegio evidenzia, in sintesi, quanto più volte precisato sul punto (per tutte, da ultimo: TAR Lazio, Sez. I, 16.3.20, n. 3264).

E' noto che l'intesa restrittiva vietata dall'art. 101, paragrafo 1, TFUE può realizzarsi sia mediante un "accordo" sia mediante una "pratica concordata" che, in materia "antitrust", non si esaurisce nell'istituto civilistico del

contratto, ma comprende anche fattispecie che, senza poter essere qualificate “contratti”, non si risolvono neanche in mere “pratiche” ma si presentano come manifestazioni di volontà impegnative (sul piano sociale, e non necessariamente anche sul piano giuridico) di due o più soggetti, nelle quali resta irrilevante la forma, così come non rileva che l'accordo sia stato concluso, o meno, da soggetti muniti di potere di rappresentanza delle imprese partecipanti (v. Corte Giust. UE, 7 febbraio 2013, C-68/12; Trib. I° grado CE, 24 ottobre 1991, T-1/89), essendo sufficiente che esponenti aziendali abbiano, di fatto, impegnato le rispettive imprese all'attuazione dell'intesa.

Storicamente, la “pratica concordata” rilevante ai fini “antitrust” emerge come qualificazione indiretta dell'esistenza di un accordo, rappresentando dunque non tanto un'autonoma fattispecie di diritto sostanziale, rigorosamente definita nei suoi elementi costitutivi, quanto una fattispecie strumentale operante sul piano probatorio in funzione dell'accertamento di una intesa restrittiva vietata dal diritto “antitrust”, indicativa dell'esistenza di una concertazione voluta e consapevole tra imprese concorrenti, le quali, invece, dovrebbero agire autonomamente sul mercato (per tutte: Cons Stato, Sez. VI, 28.2.17, n. 928).

La pratica concordata corrisponde, quindi, a una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo contrattuale, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza, con la precisazione che i criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire tale nozione, devono essere intesi alla luce dei principi in materia di “concorrenza”, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato. Pur non escludendo la suddetta esigenza di autonomia il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti, essa vieta però, rigorosamente, che fra gli operatori abbiano

luogo contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato (v. sul punto, per tutte, Cons. Stato, Sez. VI, 4.9.15, n. 4123);

Ne consegue che l'eventuale qualificazione, da parte dell'Autorità "antitrust", di una determinata situazione di fatto come "pratica concordata", anziché come "accordo", non vale ad immutare la sostanza dei fatti materiali addebitati alle imprese sanzionate per un'intesa restrittiva della concorrenza, rilevando la distinzione tra le diverse forme di manifestazione dell'intesa vietata primariamente sul piano del regime probatorio.

A questo proposito, valga rilevare che, per costante giurisprudenza, è sufficiente che il complesso di indizi invocato dall'Autorità procedente debba essere valutato globalmente e non in maniera "atomistica". E' infatti usuale che le attività derivanti da pratiche e/o accordi anticoncorrenziali si svolgano in modo non apertamente dichiarato, che le riunioni tra i rappresentanti delle parti siano riservate e che la documentazione ad esse relativa sia ridotta al minimo, sicché, anche qualora l'Autorità individui documenti attestanti in modo esplicito un contatto illegittimo tra operatori, essi saranno di regola solo frammentari e sporadici, di modo che si rivela spesso necessario ricostruire taluni dettagli per via di deduzioni: pertanto, nella maggior parte dei casi, l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale deve essere inferita da un certo numero di coincidenze e di indizi che, considerati insieme, possono costituire, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle norme sulla concorrenza.

Pertanto, tenuto conto della notorietà del divieto di partecipare ad accordi anticoncorrenziali, non si può pretendere che l'AGCM produca documenti che attestino in modo esplicito un contatto tra gli operatori interessati, dovendo gli elementi frammentari e sporadici di cui essa potrebbe disporre, in ogni caso poter essere completati con deduzioni che permettano di ricostituire taluni dettagli, con la conseguenza che l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale può essere dedotta da un certo numero di

coincidenze e di indizi che, considerati nel loro insieme, possono rappresentare, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle regole sulla concorrenza (per tutte, da ult.: TAR Lazio, Sez. I, n. 3264Valga/20 cit. e Trib. UE, 12.7.11, T-113/07);

La giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione della prova piena (c.d. "smoking gun"), quali testo dell'intesa, documentazione inequivoca, confessione dei protagonisti, e della conseguente vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa "antitrust" che scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso, reputa sufficiente e necessaria in questa materia l'emersione di indizi, purché seri, precisi e concordanti, con la precisazione che la circostanza che la prova sia indiretta (o indiziaria) non comporta necessariamente che la stessa abbia una forza probatoria attenuata (Cons. Stato, Sez. VI, 30.6.16, n. 294 e 18.5.15, n. 2514).

La giurisprudenza comunitaria e nazionale distingue tra parallelismo naturale e parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali, di cui la prima fattispecie da dimostrare sulla base di elementi di prova "endogeni", ossia collegati alla stranezza intrinseca delle condotte accertate e alla mancanza di spiegazioni alternative, nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello riscontrato, e la seconda sulla base di elementi di prova "esogeni", ossia di riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita al di là della fisiologica stranezza della condotta in quanto tale. La differenza tra le due fattispecie e correlative tipologie di elementi probatori – endogeni e, rispettivamente 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, così, di dare una diversa spiegazione dei fatti rispetto a quella accolta nell'impugnato provvedimento. Qualora, invece, la prova della concertazione non sia basata sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, ma dall'istruttoria emerga che le pratiche possano essere stati 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 (sulla ricostruzione della fattispecie delle pratiche concordate anticoncorrenziali, in punto di giurisprudenza dell'Unione, v: Case 41, 44 e 45/69 ACF Chemiefarma NV v Commission [1970] ECR 661, Polypropylene [1986] OJ L230/1, Cases 48-57 ICI v. Commission [Dyestuffs 1972] ECR619; cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73 Cooperatieve Vereniging 'Suiker Unie' UA v Commission [1975] ECR 16634, Case 172/80 Zuechner v Bayerische Vereinsbank [1981] ECR2021).

Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione può perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali: la durata, l'uniformità e il parallelismo dei comportamenti; l'esistenza di incontri tra le imprese; gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni; i segnali e le informative reciproche; il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate.

Quanto all'ambito e ai limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità "antitrust", infine, nella giurisprudenza (v., per tutte, Corte Cass., Sez. Un., 20.1.14, n. 1013) è stato puntualizzato che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende

anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento. Quando, però, in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come ad esempio nel caso della definizione di “mercato rilevante” – detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell’Autorità ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini.

Il giudice amministrativo, pertanto, in relazione ai provvedimenti “antitrust” dell’AGCM, esercita un sindacato di legittimità che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall’Autorità risulti immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate, mentre, laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all’AGCM nella definizione di tali concetti, se questa sia attendibile secondo la scienza economica e immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici e da vizi di violazione di legge (per tutte: Cons. Stato, Sez. VI, 30.6.16, n. 2947).

Valga osservare che, in merito, tali principi sono stati anche di recente recepiti dal legislatore con l’art. 7, comma 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.

Chiarito ciò e passando a esaminare l’impugnativa di Air Corporate, il Collegio osserva quanto segue.

Nel provvedimento impugnato, l’AGCM, nel descrivere le “parti”, riguardo alla ricorrente affermava che essa “...è un società attiva nella prestazione di servizi con elicottero, con particolare riguardo ai servizi di trasporto personale a favore di clienti privati. Il capitale sociale della società Air Corporate S.r.l. è detenuto dalla società AIRI S.r.l. per una quota del 93,33%”.

Nell'indicazione del settore di riferimento, l'Autorità precisava che “...*Il settore dei servizi con elicottero è articolato nelle due macro categorie di servizi di lavoro aereo e trasporto passeggeri, alle quali sono riconducibili una serie di servizi tra cui: i) i servizi di antincendio boschivo AIB (in cui prevale il lavoro aereo); ii) i servizi di elisoccorso HEMS (in cui prevale il trasporto passeggeri); iii) i servizi di lavoro aereo e trasporto passeggeri nei confronti di clienti privati (tra cui anche i cd. Servizi Corporate e Oil & Gas)*”.

Dopo aver descritto i servizi “AIB” ed “HEMS”, era precisato che “...*I servizi di lavoro aereo (trasporto dei carichi, osservazioni e controlli aerei, etc.) e trasporto passeggeri (voli panoramici o turistici, servizi aziendali cd. Corporate tra cui quelli off-shore nei confronti di società Oil&Gas, Elitaxi etc.) svolti in favore di clientela privata, possono essere servizi a richiesta (cd. servizi “spot”) o con disponibilità continuativa dell'elicottero. Per i servizi di lavoro aereo sono utilizzati prevalentemente elicotteri monomotore, mentre per i servizi di trasporto passeggeri possono essere utilizzati anche elicotteri bimotore. Anche in tale caso può essere richiesto l'utilizzo di equipaggiamento specifico al servizio*”.

La stessa Autorità riconosceva, poi, che “...*Air Corporate svolge solo attività di lavoro aereo e/o trasporto passeggeri a favore di clienti privati*”, individuando una percentuale tra l'85 e il 90% del suo fatturato in tale servizio.

Descrivendo le risultanze istruttorie, l'AGCM si soffermava sulle “gare AIB” e poi richiamava la circostanza per la quale dalla documentazione ispettiva era emerso che in sede associativa, “...*quantomeno nell'arco temporale 2001-2017, è stato definito un “PREZZIARIO UFFICIALE ELICOTTERI PER LAVORO AEREO E TRASPORTO PERSONALE” dell’“ASSOCIAZIONE ELICOTTERISTICA ITALIANA” e che dal 2008 Air Corporate esprimeva un membro del Consiglio Direttivo dell'AEI , pur se una medesima persona fisica, tale “RG”, che la rappresentava, lo era stata già, quale Presidente o Vice Presidente, dal 2011 al 2006, anche di altra società.*

Riguardo al “prezziario” era detto che conteneva un listino dei “prezzi per minuto di volo”, differenziati per tipologia di elicottero e tipo di impiego (“Posizionamento”, “Lavoro aereo” e “Trasporto Personale”) e che in esso

erano riportati i prezzi di tutte le tipologie di elicottero monomotore o bimotores utilizzate in Italia.

Sulle finalità di tale “prezziario” era detto, sulla base di un documento acquisito in sede ispettiva dal titolo “finalità, contenuti e modalità di approvazione e diffusione del prezziario”, che tale strumento era 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”. Il “prezziario” era sempre in aumento da un anno all’altro (tranne un breve periodo), erano introdotti nel listino i prezzi di nuovi modelli di elicotteri o modificati altri, anche su richiesta di degli associati, a cui il prezziario veniva trasmesso per eventuali osservazioni e/o richieste di modifica prima della sua registrazione alla Camera di Commercio.

L’AGCM, in relazione al livello dei prezzi contenuti, indicava che “...le stesse Parti associate ad AEI hanno osservato come gli stessi risultino più elevati rispetto ai valori effettivi di mercato ai cui sono venduti in concreto i servizi di lavoro aereo con elicottero” e che “...il prezzo effettivo varia da commessa a commessa ed è legato alle specificità proprie di ogni contratto stipulato”.

Era poi precisato che “...In termini più generali, l’attività istruttoria ha consentito di appurare che le categorie di costi – fissi e variabili - per i servizi con elicottero sono di fatto le medesime per tutte le tipologie di servizi, laddove i servizi AIB e i servizi HEMS rientrano rispettivamente nell’alveo dei servizi di lavoro aereo e di trasporto personale... i servizi di tipo AIB e HEMS - caratterizzati dalla prestazione del servizio su base stagionale o continuativa, nell’ambito di un rapporto contrattuale pluriennale con, di regola, la remunerazione garantita di un numero minimo di ore di volo o di un canone fisso - presentano un minor rischio d’impresa e di copertura dei costi fissi rispetto ai servizi di lavoro aereo e trasporto personale erogati su base spot.”

Alla luce di quanto riportato, il Collegio rileva che nulla di specifico è illustrato sul trasporto passeggeri, anche se, nelle premesse sopra trascritte, la stessa AGCM aveva affermato che il settore dei servizi con elicottero è

articolato nelle due macro categorie di servizi di lavoro aereo e trasporto passeggeri. Ne deriva che appaiono dotate di spessore le osservazioni della ricorrente secondo le quali l'Autorità, nella sostanza, ha adoperato (ed evidentemente valutato) come sinonimi le espressioni "trasporto personale" e "trasporto passeggeri".

L'AGCM poi si soffermava sul fatto che tutte le parti del procedimento (tranne una) avevano direttamente partecipato, in sede di Consiglio, alla determinazione e approvazione dei prezzi e che nessuna si era dissociata.

Era inoltre ribadito che il "prezziario", e la sua registrazione, erano volti essenzialmente a influenzare il comportamento delle stazioni appaltanti dei servizi "AIB" ed "HEMS" (con riguardo alla definizione dei prezzi a base d'asta, come derivante dalla lettura di verbali del Consiglio dell'AEI del 14 marzo 2012 e dell'8 marzo 2017 ove si faceva riferimento a richieste delle "committenti" o delle "Amministrazioni"), oltre a fungere da riferimento di prezzo per l'offerta dei servizi di lavoro aereo e "trasporto passeggeri" destinati a clienti privati. Sempre con riferimento a sole gare "AIB" e "HEMS", era richiamata una "mail" del 14 marzo 2012 ove era richiesto l'invio da parte delle associate alla "segretaria AEI e dipendente di Air Corporate" di uno schema delle categorie di costi da valutare e delle relative regole che supportavano la determinazione del prezzo da offrire "in sede di gara". Risultava che il 21 marzo 2012, tale "segretaria AEI/dipendente Air Corporate" scriveva a AEI, e per conoscenza, a "RG" che "*...in allegato ti invio il nostro schema di calcolo per il servizio antincendio boschivo [AIB]. Stiamo elaborando anche quello per l'elisoccorso [HEMS], ma credo non lo avremo prima del fine settimana*". Risultava anche che il "prezziario" era trasmesso sia stazioni appaltanti per i servizi "AIB" sia a imprese, clienti privati o enti utilizzatori di elicotteri o comunque interessati ad avere "un riferimento di prezzo per i servizi aerei con elicottero".

Su tale ultimo aspetto erano richiamati documenti di riferimento contenuti nel paragrafo 127 del p.i. (nota n. 140), secondo i quali il prezziario era stato

trasmesso nel 2012 da parte di “RG” e della “segretaria AEI/dipendente Air Corporate” a due società del settore, anche al fine di iscriversi all’Associazione, e a una società di gestione di rete elettrica che chiedeva anche notizie di società con disponibile un determinato modello di elicottero, oltre a un Comune della Sardegna e a un’altra società che lo chiedeva, però, per aiutare un ente pubblico a preparare un bando per attività che comprendevano “anche” lavoro aereo.

Null’altro era aggiunto sui rapporti con committenti “privati”, soffermandosi il provvedimento nuovamente su gare “AIB” ed “HEMS” che non coinvolgevano Air Corporate.

Nel riportare le argomentazioni delle parti sulla questione del “prezziario”, l’AGCM evidenziava che “...*Air Corporate, (i cui esponenti ([RG] e [VT]) hanno nel tempo ricoperto posizioni apicali all’interno di AEI), ha osservato che l’AEI è stata un mezzo per unire le piccole imprese elicotteristiche al fine di farle sopravvivere. Quando è nata l’associazione vi era uno scenario di mercato caratterizzato da imprese di ridotte dimensioni, spesso nate per spirito pionieristico e per passione, ma prive della dovuta conoscenza della regolamentazione di settore divenuta sempre più pervasiva. Il fine per cui è nata l’Associazione non era “distorsivo” ma di tutela degli intrinseci profili di debolezza delle imprese italiane di settore...la partecipazione delle società ad AEI non era volta ad ottenere vantaggi nella partecipazione alle procedure pubbliche di appalto dei servizi di AIB e HEMS, quanto piuttosto a perseguire legittimi interessi legati in particolare a tematiche regolamentari e al rinnovo del contratto piloti...*” Era aggiunto che era una forma di rilevazione di massima che teneva conto “...*dei prezzi applicati per i servizi di lavoro aereo e trasporto passeggeri, che teneva conto sia dei costi fissi che dei costi variabili del servizio, al fine di poter dare ai clienti un riferimento di prezzo corretto. Il prezziario veniva poi annualmente revisionato sulla base dell’incremento del costo della vita e delle componenti di costo considerate; tuttavia, per talune annualità nessun incremento è stato disposto dal Consiglio direttivo AEI. L’idea era quella di individuare dei prezzi di riferimento per servizi di tipo spot, tant’è che nel prezziario sono indicati anche i prezzi del servizio di “posizionamento” (ovvero di spostamento dell’elicottero sul luogo di prestazione*

del servizio)... il prezzario era approvato dall'associazione più che altro per abitudine storica e che anche dalla documentazione acquisita in sede ispettiva si evince come non vi fosse particolare attenzione al tema del prezzario da parte dei componenti del consiglio direttivo o degli associati. Il prezzario inoltre non ha mai formato oggetto di distribuzione indifferenziata, non è mai stato promosso o pubblicizzato dall'AEI... la validità del prezzario è comunque limitata e che i prezzi nello stesso riportato sono solo indicativi...".

Infine, le parti precisavano che "...il prezzario non aveva natura vincolante e che, ad ogni modo, lo stesso non è stato utilizzato o applicato dalle imprese né ai fini dell'offerta dei propri servizi con elicottero a clienti privati...". Inoltre, "...il Prezzario fa espresso riferimento solo a servizi con elicottero di tipo "lavoro aereo" e "trasporto personale" offerti "a domanda" o su base spot. I prezzi contenuti nel prezzario non riguarderebbero, pertanto, servizi di tipo continuativo tra cui in particolare quelli AIB e HEMS e Corporate (tra cui i servizi cd. Oil&Gas)...riporta inoltre voci di costo irrilevanti (come il "posizionamento" o il "trasporto al gancio") per i servizi continuativi e ha espressamente escluso tali servizi dal suo ambito di applicazione dal 2012 (con conseguente prescrizione delle relative condotte relative all'applicazione del prezzario ai servizi continuativi). Inoltre, a partire dal 2012, il prezzario riporta espressamente la dicitura "i prezzi sopra indicati non si applicano ai servizi con disponibilità continuativa dell'elicottero".

Era poi chiarito anche che gli interventi di "lavoro aereo/trasporto passeggeri" di cui al "prezzario", richiesti prevalentemente da privati, sono programmati sulla base delle esigenze aziendali e non richiedono la disponibilità esclusiva e su base continuativa dell'elicottero.

Ebbene, alla luce di tali premesse, per quel che rileva in questa sede, l'AGCM concludeva che la fissazione dei prezzi come individuata riguardava la prestazione di servizi con elicottero nel loro complesso, quindi anche i servizi di lavoro aereo e trasporto "passeggeri" diversi da quelli di tipo "AIB" e "HEMS". In sostanza era compreso "...ogni servizio di lavoro aereo e trasporto passeggeri espletabile mediante elicottero, sia a committenza pubblica, quale, ad esempio, il servizio di elisoccorso (HEMS), ma anche in favore di committenza privata".

La condotta sanzionata riguardava un accordo orizzontale anticompetitivo avente ad oggetto l'approvazione, nell'ambito dell'AEI, del cd. "prezziario" recante la fissazione "ex ante" (rispetto al periodo temporale di riferimento) dei prezzi dell'attività di lavoro aereo e trasporto passeggeri distinti per tipologia di elicottero. Tale strumento era approvato a prezzi sovrastimati rispetto al reale valore delle prestazioni ed era utilizzato dall'Associazione e dai relativi associati per fornire indicazioni di prezzo al mercato civile privato e alle Amministrazioni e stazioni appaltanti.

L'AGCM rilevava però che la combinazione degli elementi soprattutto "endogeni", per quanto riguardava le gare "HEMS", aveva ridotto l'univocità del dato, lasciando spazio a una possibile lettura alternativa delle dinamiche partecipative, fondate sulla significativa forza di mercato della maggiore protagonista indicata in una delle parti.

Dopo essersi diffusamente intrattenuta sugli elementi relativi alle gare "AIB", su cui invece era ritenuta sussistente la configurazione di un'"intesa", l'AGCM indicava le ragioni per le quali analoga conclusione era ritenuta anche in ordine alla formulazione del "prezziario".

In particolare, era evidenziato che la natura ricognitiva o meramente riepilogativa di tale prezziario era chiaramente esclusa dalle evidenze che dimostravano come il prezziario venisse definito nei primi mesi dell'anno di riferimento e fatto tempestivamente circolare tra gli associati; fissati sovente in aumento, o al più confermati quelli dell'anno precedente, i prezzi erano mantenuti artificialmente costanti relativamente alle principali attività svolte dalle parti. La finalità era quella di 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, con riferimento particolare a gare "AIB" ed "HEMS". In proposito, l'AGCM precisava che la dizione "lavoro aereo" e trasporto personale", quali categorie di attività valorizzate nel prezziario "*...sono idonee a includere sia attività di trasporto di*

materiali e/o di personale a committenza privata che servizi pubblici AIB ed HEMS, dato che tali tipologie di prestazioni, al di là delle specifiche e ulteriori abilitazioni pubbliche e attrezzature richieste, si sostanziano, di fatto, in attività di trasporto e spargimento di sostanze (AIB) e di trasporto passeggeri (HEMS)”. L’Autorità restava poi sempre nell’ambito delle commesse pubbliche, richiamando elementi “esogeni” considerati.

All’osservazione delle parti, secondo cui il “prezziario” era approvato senza particolare consapevolezza e quasi “per inerzia”, concernendo esclusivamente “servizi spot” che nessuna delle parti - neppure nei rapporti con la committenza privata - aveva mai svolto e non potendo costituire neppure un punto di riferimento per i servizi elicotteristici, soprattutto continuativi, che le stesse prestavano, l’AGCM replicava osservando soltanto che, alla luce del corredo probatorio raccolto e compendiato, appariva “...*implausibile che, in sede associativa, venga approvato con continuità ogni anno, per più di quindici anni, un Prezziario che concerne attività diverse da quelle prestate in via prevalente o esclusiva dalle associate e dalle Parti, anche in ragione del ruolo di esponenti apicali dell’Associazione e di componenti del consiglio direttivo svolto dai rappresentanti di quasi tutte le Parti.*”

Risultava poi il richiamo ad elementi “esogeni” relativi a due diverse parti, tra cui non Air Corporate, a sostegno dell’applicabilità del “prezziario” anche a servizi continuativi, quali però quelli “AIB” e “HEMS”.

Per l’AGCM, infine, le parti, pur diffondendosi nelle loro difese ad enfatizzare ed isolare le peculiarità e le specifiche voci di costo che caratterizzerebbero i servizi “HEMS” e “AIB”, non avevano dimostrato, a fronte della accertata (e dalle stesse confermata) sostanziale omogeneità delle voci di costo concernenti sia i servizi elicotteristici “spot” che quelli continuativi, che prezzi al minuto di volo per tipologia e marca di elicottero (come quelli figuranti sul “prezziario”) non potevano utilizzarsi come “proxy” di riferimento per servizi di lavoro aereo e trasporto passeggeri continuativi, il cui corrispettivo risulta sempre definito sia dalle amministrazioni che dai committenti privati tenendo conto del numero di ore stimate di volo.

In sostanza, sosteneva l'AGCM che l'onere della prova spettava alle parti al fine di escludere la possibilità di utilizzo del “prezziario” come fonte di riferimento per servizi di lavoro aereo e passeggeri continuativi, nel caso in esame anche nei confronti di committenti privati.

Alla luce di tale impostazione del provvedimento impugnato per quanto riguarda Air Corporate, il Collegio osserva che le tesi di parte ricorrente appaiono fondate sotto un duplice profilo.

In primo luogo, si rileva l'assenza di approfondimenti istruttori orientati a verificare se il “prezziario” in questione riguardava anche l'attività di trasporto passeggeri per clientela privata, unica svolta dalla ricorrente, nonché a verificare se essa operava in un mercato diverso da quello degli altri operatori destinatari, con la conseguenza di dare un significato anticompetitivo alle riunioni in AEI al fine contestato.

In secondo luogo, analoga assenza si rileva in ordine all'individuazione di specifici requisiti per la condivisione, da parte di Air Corporate, dell'intesa unica e complessa, sulla base della partecipazione all'associazione di categoria e alle delibere ivi assunte, in assenza di un rapporto concorrenziale con le altre partecipanti.

Valga ricordare che, anche nell'ipotesi di intesa restrittiva “per oggetto”, la giurisprudenza ha precisato come “...*al fine di valutare se un accordo tra imprese presenti un grado di dannosità sufficiente per essere considerato come una ‘restrizione della concorrenza per oggetto’ ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, occorre riferirsi al tenore delle sue disposizioni, agli obiettivi che esso mira a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale si colloca*” (Corte di Giustizia UE, Sez. II, Toshiba, in C-373/14 P nonché TAR Lazio, Sez. I, 23.12.16, n. 12814).

Da ciò ne deriva che comunque l'Autorità è sempre chiamata ad un'attività di valutazione del contesto economico e giuridico del mercato di riferimento e degli obiettivi fondanti la condotta sanzionata, nel senso che un'intesa “per oggetto” può qualificarsi tale solo se vi è mercato sufficientemente definito che risulti “bloccato” dall'intesa come congegnata e se gli obiettivi

riconducibili al momento della sua posizione in essere siano “de plano” considerabili anticoncorrenziali (Tar Lazio, n. 12814/16 cit).

Ebbene, nel caso di specie l'AGCM, mentre si è ampiamente soffermata, con dovizia di argomentazioni, sulle gare “AIB” e sui servizi “HEMS” nonché sull'applicabilità del “prezziario” a tali fattispecie di mercato riferibile al resto delle parti, ha di conseguenza ritenuto la configurazione di un'intesa “per oggetto” anche per quanto riguardava Air Corporate, soffermandosi però in maniera poco convincente sul comune vantaggio che avrebbe spinto “a monte” tutte le parti in “intesa” - e quindi con l'adesione (o anche mancata dissociazione) della stessa ricorrente - a promuovere la condotta poi sanzionata.

In sostanza, dalla lettura delle motivazioni del provvedimento impugnato per quanto riguardava la posizione di Air Corporate (e di conseguenza di Airi), si evince che la stessa configurazione di un'intesa “per oggetto” e la sua partecipazione in sede associativa alla redazione del “prezziario” poteva prescindere dalla valutazione delle ripercussioni sul mercato ove operava Air Corporate stessa.

Valga ricordare, però, che in particolare quest'ultima aveva e ha a più riprese - nel procedimento e anche in questa sede – posto in evidenza la distinzione tra le categorie di trasporto “personale” e “passeggeri”, sulla base delle norme del Codice della Navigazione (artt. 776 e 789) e del relativo Regolamento di attuazione del capo II (artt. 2 e 3) per evidenziare che, mentre il trasporto di persone intese come “personale” è ricompreso nella licenza di lavoro aereo su cui si è diffusamente soffermato il provvedimento impugnato, differente è il trasporto di persone intese come “passeggeri”.

Non è stata illustrata dall'AGCM con adeguata motivazione, quindi, la disposta estensione, nell'ambito di applicazione del “prezziario”, dal “personale” ai “passeggeri”, a confutazione della tesi di parte ricorrente, più volte espressa nel procedimento, per la quale la sua posizione di mercato era del tutto peculiare e tale strumento non era mai stato applicabile al trasporto

“passeggeri” - attività, questa, riconosciuta per la massima percentuale come svolta da Air Corporate nello stesso provvedimento impugnato per la parte sopra riportata - che risulta effettuato nei confronti di clientela privata, sia su base occasionale (c.d. “elitaxi”) sia, soprattutto con base continuativa, di cui si occupa la ricorrente.

Inoltre, risulta depositata documentazione da Air Corporate per cui tale “prezziario” era solo applicabile al trasporto di “personale” e solo se strumentale al servizio di “lavoro aereo”; fino al 2012, se effettuato su base occasionale o continuativa, e dal 2012 – a seguito di una delibera adottata in seno all’AEI - solo su base occasionale.

Anche solo per questo – pertanto – non può non individuarsi una dissonanza nelle conclusioni dell’AGCM, che ha ritenuto l’intesa operativa anche per Air Corporate per l’intero periodo dal 2001 al 2017.

A ciò deve aggiungersi che le considerazioni dell’AGCM e le prove “esogene” considerate vertono quasi interamente su rapporti con la committenza “pubblica”, rinvenendosi, in “note” in calce al testo del provvedimento sopra richiamate, solo due accenni a documentazione di richiesta del “prezziario” da parte di committenza privata, peraltro in un solo, determinato, periodo temporale (anno 2012) e non certamente per tutta la durata della riscontrata “intesa”, dal 2001 al 2017, fermo restando che tali richieste riguardavano comunque un documento disponibile al pubblico, perché depositato presso la CCIAA.

Ciò consente anche di ritenere condivisibili le censure della ricorrente basate sulla fondamentale distinzione tra l’attività da lei svolta (come detto, servizio di trasporto con disponibilità continuativa e dedicata dell’elicottero per committenza privata per circa il 90-95%) e quella riconducibile a tutte le altre parti come riscontrata nel provvedimento impugnato, inerente ai servizi “HEMS” e concretamente alle gare “AIB”.

L’Autorità, nel provvedimento, ha richiamato evidenze istruttorie da cui era emerso che “...le categorie di costi – fissi e variabili – per i servizi con elicottero sono di

fatto le medesime per tutte le tipologie di servizi, laddove i servizi ... HEMS rientrano ... nell'alveo dei servizi di ... trasporto personale" (par. 114), al fine di dimostrare infondato l'assunto per cui la tariffazione "a minuto di volo" non potrebbe essere usata a riferimento per la prestazione dei servizi "HEMS" ma altrettanto non ha fatto per quanto riguardava il servizio "corporate" passeggeri svolto (solo) da Air Corporate.

Così pure, se risulta indicato espressamente che nel "trasporto personale" deve ritenersi incluso il trasporto degli utenti da soccorrere e del personale medico, proprio dei servizi "HEMS", tenuto conto che i valori del "prezziario" si riferiscono anche a elicotteri bimotores utilizzati per i servizi di elisoccorso, analoga precisazione non è rinvenibile per Air Corporate e per il trasporto "passeggeri", a testimonianza dell'equivoco uso dei termini "personale" e "passeggeri" come sinonimi.

Dall'intero contesto in cui si è sviluppata la motivazione del provvedimento impugnato, può ben evincersi che l'"intesa prezziario" è stata collocata all'interno operativo di due mercati caratterizzati da dinamiche che sono risultate, in un caso, anticompetitive ("AIB") e, nell'altro caso, fortemente sbilanciate a vantaggio di un singolo operatore, anche avvalendosi del costante ricorso alla partecipazione in ATI ("HEMS"), pur avendo ritenuto non sufficienti gli elementi probatori per contestare un'intesa anticompetitiva nelle gare "HEMS".

In questo caso l'Autorità ha tuttavia dettagliato gli elementi indizianti della sussistenza di effetti distorsivi del "prezziario" riguardo a tali mercati ove operavano le imprese indicate e che risultavano condizionato dalla presenza costante di tale strumento di regolamento di prezzo (v. par. 378 del provvedimento impugnato).

Tali elementi non sono emersi invece in merito al condizionamento da parte del "prezziario" anche del mercato "passeggeri" unicamente presidiato da Air Corporate.

In sostanza, è mancata un'attenta riflessione, unita all'individuazione di elementi, sia pure indiziari, gravi, univoci e concordanti, sulla circostanza che Air Corporate fosse realmente in concorrenza con gli altri componenti dell'Associazione in tale mercato e che tale partecipazione fosse o meno priva di influenza sul comportamento commerciale suo e delle altre imprese associate nel mercato "corporate".

Né a tale lacuna poteva ovviare il richiamo all'incarico ricoperto in AEI da un suo dipendente con funzioni di vertice, tale "RG", che in realtà, anche alla luce della documentazione richiamata, operava nell'interesse dell'associazione stessa e non quale strumento della ricorrente e così pure le funzioni di "segreteria tecnica" svolta talvolta, comunque a partire dal solo 2007, da esponenti riconducibili ad Air Corporate non appaiono elementi idonei a corroborare la tesi della partecipazione consapevole all'"intesa prezzario" da parte di tale società, come rilevata dall'AGCM, per un mercato che non le apparteneva o per il quale non sono stati rinvenuti riscontri indiziari in numero sufficiente e determinante.

A ciò si aggiunga che la ricorrente ha depositato in atti documentazione contrattuale da cui si evince che la tariffa oraria media praticata era sistematicamente più elevata rispetto all'indicazione di massima del "prezzario" e il servizio offerto da Air Corporate era "personalizzato" sulle esigenze del cliente, con molteplici varietà di aspetti neanche considerati nel "prezzario", e tanto emergeva anche nei pochissimi contratti per servizi c.d. "spot".

Alla luce di ciò appare quindi plausibile, nell'ambito dell'esame degli elementi "endogeni", la ricostruzione alternativa proposta dalla ricorrente, nel senso che la riconducibilità anche a essa di quanto deliberato in sede AEI sulla formazione annuale del "prezzario" era essenzialmente dovuta meramente alla sua adesione all'Associazione, senza alcuna conseguenza per il mercato ove lei operava e che l'adozione del "prezzario" in seno all'AEI era quindi del tutto irrilevante per Air Corporate, che comunque non ne aveva mai fatto uso,

secondo quanto emerso da dichiarazioni di alcuni clienti “di lunga data”, i quali avevano attestato che mai, nelle negoziazioni fra loro e la ricorrente, si era fatto uso, o anche solo riferimento, al “prezziario” in questione, e come illustrato nella memoria finale con specifica tabella, che era riportata, sui prezzi praticati (anche in limitatissimi, servizi di trasporto passeggeri di tipo “spot”).

Privi di consistenza sono anche gli elementi “esogeni”, che, come visto in precedenza, si limitano a due documenti risalenti al 2012 di richiedenti “privati”, senza che l’AGCM abbia poi chiarito l’esito di tali richieste e la loro incidenza esemplificativa sul mercato di riferimento, dal 2001 al 2017.

Né a conclusione opposta il Collegio ritiene di pervenire sulla base delle difese dell’Autorità nella presente sede.

In esse l’AGCM insiste particolarmente sulla partecipazione di Air Corporate all’AEI e quindi sulla mera approvazione del “prezziario”, con coinvolgimento nell’intesa per tutta la sua durata, senza approfondire, però, sulla applicabilità ai servizi “corporate” del “prezziario” per l’intero periodo 2001-2017.

Pur concordando in astratto con la giurisprudenza richiamata dall’Autorità e sopra evidenziata, legata alla necessità di non valutare in maniera “atomistica” gli elementi “esogeni” ed “endogeni” acquisiti ma in un’ottica “di insieme”, il Collegio, in concreto, rileva che nel caso di specie non è stata approfondita, alla luce degli stessi elementi che l’interessata aveva rappresentato nel procedimento e riportato in questa sede – come sopra evidenziati – la specifica posizione di Air Corporate e se vi era stata una effettiva applicabilità del “prezziario” ai servizi da essa offerti alla clientela privata, per l’intero periodo dal 2001 al 2017 per cui la ricorrente era stata sanzionata.

A ben vedere, la spiegazione alternativa proposta dalla ricorrente e presa in considerazione dall’AGCM non era quella per la quale il “prezziario” riguardava solo una ristretta sottospecie di servizi “spot”, ma quella secondo la quale esistono servizi di lavoro aereo e trasporto personale continuativi e

servizi di trasporto passeggeri continuativi e non un'unica fattispecie di “servizi continuativi” e su tale profilo l’Autorità non si è soffermata né nel provvedimento impugnato né nelle difese in questa sede.

Al Collegio appare convincente quanto rappresentato in merito dalla ricorrente, richiamando la normativa di settore – mai considerata nel provvedimento impugnato né approfondita in sede di scritti difensivi dal parte dell’Autorità – anche di provenienza ENAC ed EASA a livello europeo, ove sono diverse le licenze di “commercial air transport”, legate al servizio di trasporto “passeggeri”, e quelle di “lavoro aereo” e “trasporto personale”.

In sostanza, la spiegazione proposta dalla ricorrente, non risulta in alcun modo approfondita e/o smentita con dati oggettivi dall’AGCM, a cui deve essere riconosciuta solo un’analitica ricostruzione in ordine alla rilevanza del “prezziario” per gare “AIB” e servizi “HEMS” di lavoro aereo, su committenza pubblica.

Così pure, l’AGCM si è limitata ad affermare, semmai, che - comunque solo fino al 2012 - il “prezziario” poteva applicarsi al “lavoro aereo e trasporto personale” ma non ha mai dimostrato che si applicasse anche al “trasporto passeggeri” o che Air Corporate non svolgesse altro servizio che questo.

Pertanto, dato che il “prezziario” per Air Corporate non poteva rappresentare uno strumento “utile”, ben plausibile è la spiegazione alternativa fornita da quest’ultima, secondo cui la mera partecipazione all’AEI aveva portato ad approvare uno strumento che poteva interessare solo le altre associate, con esclusione della partecipazione un’intesa anticompetitiva complessa, unica e continuata, da cui la ricorrente poteva trarre, anche solo in astratto, alcun vantaggio.

Di conseguenza, come condivisibilmente osservato anche dalla ricorrente nei suoi ultimi scritti difensivi, collocandosi al di fuori del mercato dei servizi asseritamente interessati dall’illecito, Air Corporate non poteva aver ristretto la concorrenza su tale mercato e non poteva essere parte dell’intesa, orientata invece, per quanto ricostruito dall’AGCM, solo in relazione a committenza

pubblica per gare “AIB” e su servizi di lavoro aereo e/o trasporto “personale” “HEMS”.

Se prima di definire un’intesa “per oggetto” l’Autorità deve valutare gli obiettivi che essa mira a raggiungere, nonché il contesto economico e giuridico nel quale si colloca (Tar Lazio, n. 12814/16 cit.), ciò nel caso di specie non è avvenuto, dato che l’AGCM ha generalizzato, sulla base della mera partecipazione all’AEI, conclusioni orientate su una diversa platea oggettiva e soggettiva, estendendole automaticamente a un mercato tutt’affatto diverso e al quale la sola ricorrente unicamente partecipava.

Alla luce di tutto quanto illustrato, pertanto, il ricorso di Air Corporate deve essere accolto per quanto riguarda i primi cinque motivi di ricorso relativi, a vario titolo, alla qualificazione dell’illecito, con assorbimento degli ulteriori, relativi al coinvolgimento di AIRI e, subordinatamente, all’entità della sanzione anche in una prospettiva di incostituzionalità.

Per quanto riguarda il ricorso di AIRI, ne discende la sua fondatezza per quanto riguarda il terzo motivo, legato all’insussistenza dell’”intesa” con riguardo a Air Corporate, con conseguente assorbimento e comunque improcedibilità per carenza dell’interesse dei motivi residui, legati alla compartecipazione nella sanzione irrogata, che deve essere “in radice” annullata.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui due ricorsi, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, ai sensi dell’art. 70 c.p.a., li accoglie e, per l’effetto, annulla il provvedimento in entrambi impugnato, limitatamente alle posizioni delle due ricorrenti.

Condanna l’Autorità resistente a corrispondere a queste ultime, in solido, le spese di lite, che liquida in totale in euro 5.000,00 oltre accessori di legge, se dovuti, e quanto versato nei due ricorsi a titolo di contributo unificato.

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

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

Antonino Savo Amodio, Presidente

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Ivo Correale

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO