

Publicato il 06/05/2021

**N. 03566/2021REG.PROV.COLL.  
N. 06699/2020 REG.RIC.**



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6699 del 2020, proposto da Star Work Sky di Giovanni Subrero & C. S.a.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesca Ticconi, 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, n. 12;

***nei confronti***

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

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n. 5272/2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 aprile 2021 il Cons. Giordano Lamberti e udita l'avvocato Federica Varrone in collegamento da remoto, ai sensi degli artt. 4, comma 1, del Decreto Legge n. 28 del 30 aprile 2020 e 25 del Decreto Legge n. 137 del 28 ottobre 2020, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1 – L'appellante è una società attiva nel settore del trasporto aereo e dei servizi di soccorso aereo ed antincendio boschivo con elicottero.

Con ricorso al TAR per il Lazio ha contestato la determinazione con la quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), a conclusione del procedimento istruttorio I/806, ha accertato la sussistenza di due intese in violazione dell'art. 101 del TFUE a cui avrebbe preso parte l'appellante: la prima, unitamente alle società Airgreen S.r.l., Eliossola S.r.l., Elitellina S.r.l., Heliwest S.r.l., avente per oggetto il condizionamento del mercato dei servizi anti-incendio boschivo ("AIB"); la seconda, insieme alle società Airgreen S.r.l., Babcock Mission Critical Services Italia S.p.A., in

solido con la controllante babcock Mission Critical Services International SA., Eliossola S.r.l., Elitellina S.r.l., Heliwest S.r.l. e Air Corporate S.r.l., in solido con la controllante Airi S.r.l., nonché l'associazione di categoria Associazione Elicotteristica Italiana, consistente nella fissazione ex ante nell'ambito dell'Associazione Elicotteristica Italiana (AEI) del prezzario relativo ai servizi con elicottero.

2 - 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 AIB e nella prestazione delle attività di trasporto e lavoro aereo in favore di clientela privata, nonché soggettivamente alle società Air Corporate, Airi e Babcock Mission Critical Services International SA, inizialmente non coinvolte.

2.1 - 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, che accertava la sussistenza delle intese tra le parti del procedimento, e

provvedeva a determinare e irrogare le relative sanzioni; ordinava, inoltre, alle parti di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto delle infrazioni contestate.

3 – Con il ricorso, la società ha contestato:

a) la correttezza del procedimento ed in particolare la composizione e il funzionamento dei Collegi attraverso i quali AGCM conduce l'attività istruttoria e adotta le conseguenti determinazioni conclusive; b) la definizione di mercato rilevante nella fattispecie di bid rigging nel settore dei servizi AIB; c) la qualificazione dell'intesa AIB e la partecipazione ad essa della società; d) l'istruttoria nel complesso condotta dagli Uffici e le incongruenze narrative di quest'ultimo; e) l'esistenza dell'intesa sul prezzo AEI; f) la quantificazione della sanzione irrogata per ciascuna infrazione accertata.

4 – Il TAR per il Lazio ha respinto integralmente il ricorso.

5 – La società ricorrente in primo grado ha proposto appello avverso tale pronuncia.

Si è costituita in giudizio l'Autorità.

All'udienza del 15 aprile 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1 - Con il primo motivo, la società deduce l'erroneità della sentenza impugnata, per non aver annullato il Provvedimento, adottato in un periodo di vacanza della Presidenza dell'AGCM da un collegio composto di soli due membri, in violazione del principio di collegialità che, secondo l'appellante, deve necessariamente informare l'attività dell'Autorità, e sulla base di un regolamento secondo cui il voto del componente più anziano prevale sempre in caso di parità.

Secondo parte appellante, un collegio a due membri non è un collegio; e un collegio a due membri non diventa un collegio per via del “voto doppio” del suo presidente, facente funzioni, in assenza (stabile) del presidente nominato; anzi, un tale organo verrebbe ad essere sempre monocratico nella sostanza.

2 – La censura è infondata, dovendo trovare integrale conferma la disamina e le conclusioni a cui è giunto il TAR in conformità ai principi già espressi dalla Sezione (*cf.* Cons. St. 24 novembre 2016, n. 4936).

Su un piano generale, giova richiamare i principi espressi dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, secondo cui *“la strutturazione di un organo collegiale di natura amministrativa quale collegio perfetto, sebbene integri opzione a più riprese prescelta dal Legislatore, non risponde ad un interesse di carattere assoluto: la giurisprudenza amministrativa è consolidata nello statuire che il collegio perfetto non è un modello indispensabile per gli organi collegiali amministrativi, dovendosi avere riguardo alle peculiarità della relativa disciplina (Consiglio di Stato sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2500, Consiglio di Stato sez. VI, 6 giugno 2011 n. 3363); anche la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità civile (cf. Corte cost. 12 marzo 1998 n. 52; Cass. S.U. 24 agosto 1999, n. 603; Cass. S.U. 5 febbraio 1999, n. 39, Cass., Sez. lav., n. 8245 del 26 aprile 2016) non hanno mai ritenuto necessario, a fini di rispetto dell’art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, che organi con attribuzioni amministrative fossero collegi perfetti. Riveste inalterata attualità sul punto, l’insegnamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale “il collegio perfetto è un modello necessario soltanto per gli organi collegiali giurisdizionali, mentre per quelli amministrativi ben può essere previsto un quorum strutturale inferiore al plenum del collegio in relazione alla peculiarità della disciplina da dettare” (Cons. St., sez. V, 11 aprile 1991, n. 539)” (Cons. St. Ad. plen. n. 17/2018).*

La giurisprudenza di questo Consiglio ha ulteriormente evidenziato come la qualificazione dell'organo collegiale in termini di collegio perfetto richieda una previsione di legge che, espressamente o implicitamente, preveda la presenza di tutti i componenti per le attività deliberative e valutative che il collegio medesimo deve operare (*cf.* Cons. St., Sez. VI, n. 6033/2018 e n. 5990/2020).

L'indice più sicuro per individuare un collegio perfetto – quando la legge non offra elementi univoci in tal senso – è costituito dalla previsione, accanto ai componenti effettivi, anche di componenti supplenti, essendo lo scopo della supplenza garantire che il collegio possa operare con il plenum anziché con la sola maggioranza, in caso di impedimento di taluno dei membri effettivi, senza che il suo agire sia impedito o ritardato dall'assenza di taluno dei suoi componenti (Cons. St., sez. VI, n. 3363/2011).

2.1 - Nel caso di specie, da un lato, difetta un'espressa previsione legislativa, dall'altro, comunque, la regolazione posta con la L. 287/90 e con il Regolamento sul funzionamento dell'Autorità non qualifica espressamente l'organo decidente come un collegio perfetto, né prevede la nomina di supplenti o l'invalidità delle deliberazioni dell'organo collegiale assunte in assenza di uno dei componenti.

Nello specifico, l'art. 10 della L. 287/90 preveda che l'Autorità è un organo collegiale, costituito da tre membri compreso il presidente (come da modifica di cui all'art. 23, comma 1, lett. d), D.L. 201/11 come convertito in legge n. 214/11), ma nulla aggiunge sul numero minimo di componenti per assumere una decisione.

Il Regolamento sul funzionamento dell'Autorità (delibera n. 26614 del 24 maggio 2017) prevede: a) all'art. 3, che in caso di assenza o di impedimento del Presidente, le sue funzioni sono assunte temporaneamente dal

Componente con maggiore anzianità nell'ufficio o, in caso di pari anzianità, dal più anziano di età.; b) all'art. 6, che per la validità delle riunioni dell'Autorità è necessaria la presenza del presidente e di un componente, ovvero di due componenti; c) all'art. 7, che le deliberazioni dell'Autorità sono adottate a maggioranza dei votanti e in caso di parità prevale il voto del presidente ovvero, in sua assenza, del componente che ne assume temporaneamente le funzioni ai sensi dell'art. 3, comma 2.

2.2 - Contrariamente alla prospettazione di parte appellante, ad in coerenza con i principi e le disposizioni innanzi richiamati, la giurisprudenza ha già avuto modo di chiarire che l'Autorità appellata non costituisce un collegio perfetto ed è demandato ad essa stessa, ai sensi dell'art. 10, commi 2 e 6, L. 287/90, la definizione del suo assetto organizzativo (*cf.* Cons. Stato, Sez. VI, n. 652/2011).

Deve anche rilevarsi che, tendenzialmente, tutti i collegi posti al vertice delle autorità indipendenti sono stati portati a tre componenti, sicché risulta assai probabile il verificarsi di situazioni di “impasse” conseguenti all'astensione o all'impedimento di uno dei componenti del collegio, con conseguente necessità di evitare che in ragione di tale impedimento o assenza, l'attività dell'autorità risulti di fatto paralizzata, con chiaro vulnus al principio costituzionale di continuità e di buon andamento dell'amministrazione (*cf.* Cons. Stato, Sez. VI, 4936/2016).

In ragione di tali esigenze, che trovano un diretto aggancio nei principi costituzionali di cui all'art. 97 Cost., questo Consiglio, anche in relazione a commissioni aventi natura tecnica, ha escluso la qualificazione dell'organo collegiale come collegio perfetto, ove ciò sia incompatibile con le esigenze di speditezza del procedimento amministrativo (Cons. St., sez. V, 6518/2018: in relazione alle sottocommissioni di valutazione del concorso

per magistrato ordinario – organi collegiali certamente connotati dalla natura tecnica – è stato rilevato che “*l’interpretazione volta ad escludere il carattere perfetto del Collegio (oltre che dagli elementi testuali appena richiamati) è confortata dalle esigenze di ragionevole speditezza del procedimento valutativo che discendono dall’articolo 97 Cost. e in esso trovano garanzia*”).

2.3 – Da un altro punto di vista, nel caso di specie, la contestazione dell’appellante, secondo cui si sarebbe al cospetto di una situazione di vacanza della carica di Presidente dell’Autorità, e la prospettata illegittimità delle disposizioni regolamentari innanzi citate – ed in particolare dell’art. 7, in base al quale in caso di parità prevale il voto del presidente ovvero, in sua assenza, del componente che ne assume temporaneamente le funzioni – risultano sostanzialmente irrilevanti alla luce dei chiarimenti offerti dall’Autorità.

Quest’ultima, nella relazione depositata in giudizio, ha puntualizzato che: “*a) Al momento di adozione del provvedimento impugnato (Riunione dell’Autorità del 13 febbraio 2019) era intervenuta la nomina del nuovo Presidente Dott. Rustichelli (come sopra chiarito, la nomina è avvenuta in data 20 dicembre 2018), ma non era ancora intervenuta l’autorizzazione del Consiglio Superiore della Magistratura, né il Decreto del Ministro della Giustizia del 26 aprile 2019 e pertanto, a quella data, il Dott. Rustichelli non poteva assumere le funzioni di Presidente dell’Autorità; punto e) alla Riunione dell’Autorità del 13 febbraio 2019 - a cui erano presenti i Componenti Dott.ssa Muscolo, che assumeva le funzioni di Presidente, e il Prof. Ainis, nonché il Segretario Generale, Avvocato Filippo Arena, che assumeva le funzioni di verbalizzante - il provvedimento n.27563 conclusivo dell’istruttoria I806 – Appalti per l’attività antincendio boschivo, di elisoccorso ed approvazione del prezario AEI, è stato adottato con la votazione unanime dei due componenti dell’Autorità in carica, come risulta dall’estratto del verbale dell’adunanza del 13 febbraio 2019 (cfr. doc. 5), nel quale si dà*



*atto della delibera dell'Autorità (id est di tutti i componenti del Collegio in quel momento in carica), adottata in conformità alla proposta del Relatore Prof. Ainis”.*

Alla luce di tale approfondimento istruttorio risulta, in primo luogo, smentita la prospettazione di parte appellante, secondo cui al momento dell'adozione del provvedimento la posizione di Presidente era vacante.

Al riguardo, è invece emerso che alla data in cui è stata assunta la delibera impugnata il Presidente era già stato nominato e, dunque, la relativa posizione non poteva affatto ritenersi vacante nel senso prospettato dall'appellante.

La sua mancata partecipazione al Collegio giudicante dove invece ricondursi al non completamento dell'iter necessario per la presa di possesso dell'Ufficio ed in particolare alla necessità che il già nominato Presidente fosse collocato fuori ruolo, nel rispetto della normativa a tal fine applicabile (*cfr. D.L. n. 7 del 2005 secondo cui: “Le disposizioni del comma 5-bis dell'articolo 9 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 303, si applicano anche in caso di elezione o nomina a giudice costituzionale e a presidente o componente delle autorità amministrative indipendenti”*).

E' pacifico che l'autorizzazione del Consiglio Superiore della Magistratura, ed il successivo Decreto del Ministro della Giustizia (26 aprile 2019) sono successivi alla decisione impugnata nel presente giudizio e, pertanto, a quella data, il Dott. Rustichelli non poteva assumere le funzioni di Presidente dell'Autorità, per l'evidenziata assenza dell'autorizzazione necessaria.

In altri termini, lo stesso, pur già nominato, versava in una situazione di impedimento, riconducibile all'ipotesi contemplata dall'art. 3 del Regolamento citato, sicché, in base alla medesima disposizione, le sue funzioni sono state assunte temporaneamente dal componente con

maggior anzianità nell'ufficio.

Da un altro punto di vista, è emerso che il provvedimento è stato adottato con il voto unanime dei due componenti del Collegio, privando di ogni consistenza i rilievi facenti sull'assunta illegittimità della disposizione (art. 7), che prevede un valore risolutivo al voto del Presidente e del Presidente facente funzioni.

3 – Prima di esaminare gli ulteriori motivi di appello giova ricordare che 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 società appellante 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.

E' stata 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 artificialmente elevato del prezzo della commessa, con la formulazione di 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

sostanza 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.

3.1 - Semplificando a fini descrittivi: la prima intesa si configura quale fattispecie di bid rigging, ossia in termini di cartello segreto orizzontale avente ad oggetto il condizionamento e la spartizione di gare pubbliche d'appalto per la prestazione del servizio di antincendio boschivo a mezzo di elicottero (servizi AIB); la seconda fattispecie di intesa, invece, si sostanzia in un accordo orizzontale anticompetitivo avente ad oggetto l'approvazione, nell'ambito dell'associazione di categoria AEI, di un listino prezzi (cd. Prezzario) 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.

Sotto il profilo oggettivo, occorre precisare che la prima investe un coordinamento – attraverso condotte attive ed omissive - posto in essere da alcune tra le maggiori imprese operanti nel mercato nazionale dei servizi AIB, acquistati esclusivamente dalla pubblica amministrazione mediante procedure selettive; tale coordinamento – che si è articolato durante un periodo che va quantomeno dal 2005 e sino al 2018 – ha avuto come finalità e come effetto la spartizione delle gare svoltesi nel mercato dei servizi AIB.

La seconda, invece, investe essenzialmente la definizione e la diffusione di un Prezzario, generalmente con cadenza annuale, da parte dell'associazione AIE, in concorso con le imprese associate, relativo ai servizi con elicottero nel loro complesso e, dunque, concernente un contesto merceologico più ampio, che include i servizi AIB – servizio di antincendio boschivo, HEMS – Servizi di elisoccorso, ed altri servizi espletabili anche a favore della

committenza privata. Tale condotta – che si è articolata in modo ininterrotto quantomeno dal 2001, con l'adozione del primo prezzario, sino all'agosto del 2007, allorché l'AIE ha abolito l'ultimo prezzario - ha avuto come finalità e come oggetto un'attività di fissazione, ex ante, dei prezzi dei servizi aerei tramite elicotteri.

3.2 - Prima di scrutinare i singoli motivi di censura, giova inoltre ricordare che il sindacato giurisdizionale che viene in considerazione nell'ambito in esame è finalizzato a verificare se l'Autorità ha violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali.

In particolare, la giurisprudenza amministrativa più recente – superate alcune incomprensioni lessicali legate all'iniziale distinzione tra sindacato “debole” e “forte” – ha ammesso una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione. Si è affermato che l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. “contestualizzazione” dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo “intrinseco”, che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto (Cons.

Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990).

Tale sindacato è stato definito di “attendibilità tecnica e non sostitutivo” (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 4990 del 2019).

4 - Con il secondo ed il terzo motivo di appello, la società contesta la decisione impugnata nella parte relativa alla delimitazione del mercato rilevante ed alle relative conseguenze in termini di rigetto dell’eccezione di prescrizione.

Secondo l’appellante, la sentenza impugnata sconta una motivazione errata, derivante da un difettoso esame del compendio documentale di causa, circa la qualificazione del mercato rilevante “geografico” dell’intesa AIB (servizi antincendio boschivo), in quanto, diversamente da ciò che è stato sostenuto con la decisione impugnata, si deve presumere che, nei mercati a domanda pubblica, erogata attraverso espletamento di gara d’appalto, il mercato geografico coincida con quello dell’ambito – in questo caso regionale – individuato dalla gara stessa.

A tal fine rileva che: a) la natura giuridica del committente è inidonea di per sé a determinare l’estensione geografica del mercato rilevante; anzi, tale circostanza rileva al contrario, in quanto si presume di ambito coincidente con la gara pubblica (concorrenza “per il mercato”) il mercato rilevante in senso geografico; b) le differenze fra una procedura di gara e l’altra, tra quelle scrutinate nel periodo considerato oggetto di intesa (43 procedure), sono così marcate da rendere impossibile la loro assimilazione; c) l’ambito territoriale dell’intesa AIB è quello regionale: il bid rigging - come tipologia di turbativa - riguarda innanzitutto la singola gara (regionale).

La società prospetta, quindi, che non sussiste la prova dell’esistenza di un illecito permanente e di una condotta rispondente a un “unitario disegno illecito”, non essendo stata verificata l’esistenza di elementi atti a dimostrare

i collegamenti tra le condotte delle parti della presunta intesa e di queste con operatori terzi, riscontrabili nel contesto della singola gara e nelle gare successive e così lungo l'arco temporale considerato, da cui il fondamento dell'eccezione di prescrizione.

4.1 – Con il quarto ed il quinto motivo di appello, la società contesta la decisione del TAR per avere (erroneamente) ritenuto che la ricorrente avesse mancato di dissociarsi dalle condotte di cartello accertate in capo alle altre parti, pur avendo consapevolezza dell'esistenza dell'intesa o pratica concordata.

Al riguardo, l'appellante rileva che, con riferimento a queste procedure, nessun elemento esogeno o endogeno, tra quelli citati nel provvedimento impugnato - neppure evidenziati nella decisione impugnata - lasciava intendere la sussistenza di un "coefficiente psicologico" tale da integrare nella ricorrente l'illecito anticoncorrenziale.

In particolare, quanto alla email del 7 dicembre 2005, rileva che non sarebbe logico, imputare alla società la mancata dissociazione o denuncia del mittente in riferimento a tale unico documento, di cui per altro dichiara di non conoscere chi in azienda abbia preso visione al tempo.

Deduce inoltre che: a) non sussiste la prova che Star Work *“collaborasse con alcune delle imprese che l'Autorità ha ritenuto parte dell'intesa”*; b) la email del 7 dicembre 2005 ha un contenuto generico e di impossibile realizzazione; c) la gara Piemonte 2004 ed il relativo andamento non provano che Star Work partecipasse a una intesa di cartello, né è dimostrato che la gara sia stata turbata.

4.2 - Più in generale la prospettazione dell'Autorità non sarebbe attendibile ed in ogni caso sarebbe priva di fondamento probatorio, tenuto conto che Star Work ha partecipato e si è aggiudicata poche gare e precisamente

quelle bandite, prima da quattro regioni (Liguria, Sardegna, Piemonte e Lombardia) e, poi, soltanto quella della regione Sardegna (fino al 2018); mentre ha tentato, in competizione con le altre Parti dell'intesa presunta di vincere altre gare e/o di difenderle in giudizio. Inoltre, a fronte delle poche gare cui ha partecipato, nel corso del periodo scrutinato, è passata dal 6% al 4% di presenza nel mercato AIB.

4.3 – Con il sesto e il settimo motivo, l'appellante contesta l'analisi degli elementi probatori effettuata dal TAR, deducendo che il modello collusivo descritto dal giudice di primo grado non sarebbe, né logico, né razionale, quanto alla capacità di esprimere le dinamiche competitive nel mercato AIB e di sostenere l'esistenza di una pratica concordata all'interno dello stesso.

In particolare, quanto all'indice relativo alla frequenza delle aggiudicazioni all'unico offerente con ribassi minimi o pari alla base d'asta, la società ha dedotto che detto dato statistico rappresenta una realtà falsata, in quanto l'Autorità: a) non ha tenuto conto della *lex specialis* di ciascuna procedura, non esaminata, né acquisita interamente al fascicolo per le 43 procedure; b) ha errato nel ritenere che i ribassi minimali di aggiudicazione fossero, di per sé soli, “segnalatici” dell'intesa, considerandoli “sovrastimati”, mancando tra l'altro di valutare che il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa rende il ribasso marginale ai fini dello stimolo competitivo; c) non ha considerato che il mercato AIB è sempre stato, nei 13 anni valutati dall'inchiesta, contendibile (e conteso) da terzi estranei all'intesa presunta, i quali hanno posto in essere le medesime condotte delle parti.

L'appellante rileva inoltre che le parti non esaurivano, nel corso del periodo 2005-2018, il novero dei potenziali offerenti nel mercato e che il leader di settore (E+S Air), con circa il 21% delle quote nel periodo 2011-2017, ha

partecipato in ATI a “turno” con diverse parti della presunta intesa e proponendo la stessa condotta. Ne deriva, secondo l’appellante, che la conclusione del TAR, secondo cui la presenza di E+S Air nel mercato AIB e le condotte di quest’ultimo non inciderebbero sull’esistenza di un piano anticoncorrenziale è del tutto destituita di razionalità e ragionevolezza, dal momento che la condotta di tale ditta è omologa a quella delle parti dell’intesa presunta.

Alla luce di tali considerazioni, l’appellante insiste nel senso che l’intesa presunta nel settore AIB non può dirsi sussistente ed è lecita la spiegazione alternativa fornita dalla ricorrente circa la propria condotta, non emergendo un doloso uno schema a scacchiera, predeterminato giusta accordo tacito, né risulta provato in che modo la società avrebbe avuto chance di partecipare come concorrente singolo a una gara AIB regionale medio/grande rispetto a quelle a cui ha partecipato in ATI.

In riferimento all’assunto secondo cui i prezzi di aggiudicazione degli appalti AIB delle 43 gare scrutinate erano: “*significativamente più elevati di quelli di mercato*”, in primo luogo, rileva che nessuna analisi sulla composizione dei costi e/o studio del mercato è stata compiuta; inoltre, contesta l’attendibilità dei dati ricavati dall’analisi effettuata dall’ANAC.

4.4 – L’ottavo e il nono motivo di appello si concentrano sulle censure riguardanti la seconda intesa (“prezzario”).

Al riguardo, la società insiste nel sostenere che il prezzario AEI fosse stato pensato per fornire al mercato un riferimento di prezzo esclusivamente con riguardo ai servizi “spot” o “a domanda” di “lavoro aereo” e “trasporto personale” e non venivano mai nominati i servizi AIB o HEMS che sono servizi continuativi prestati in appalto (dall’anno 2012 era stata appositamente introdotta la nota 4 allo schema di prezzario secondo cui: “I



*prezzi sopra indicati non si applicano ai servizi con disponibilità continuativa dell'elicottero*). Da tale assunto deriva l'erronea individuazione del mercato di riferimento.

A tal fine, secondo l'appellante, rileva inoltre la comunicazione AEI del 20.11.2013, indirizzata alla Regione Sicilia, con la quale l'associazione di categoria, dopo aver rappresentato le diversità dei servizi spot rispetto a quelli AIB, si premurava di specificare che il prezzo non si applica alle operazioni con disponibilità continuativa dell'elicottero, quali, appunto AIB ed HEMS.

A sostegno dei propri assunti, cita la sentenza del TAR n. 5275/2020, relativa sempre all'impugnazione del medesimo provvedimento antitrust di cui è qui causa (n. 27563/2019), da parte di un diverso indagato nell'inchiesta I806 in cui si afferma che l'Autorità avrebbe ricostruito correttamente il mercato rilevante dell'intesa prezzo, solo con riferimento ai servizi per gare AIB (e gare HEMS) di "lavoro aereo" e "trasporto personale", ai quali il prezzo poteva ritenersi applicabile, pur essendo questi servizi continuativi, ma "comunque solo fino al 2012". Ne deriverebbe la necessità di riformare la sentenza gravata in parte qua, accogliendo l'eccezione di prescrizione dell'azione sanzionatoria antitrust riferita alla presunta intesa prezzo, di cui all'originario sesto motivo del ricorso di primo grado.

4.5 – Con il decimo motivo di appello, si deduce la duplicazione della sanzione applicata, a fronte di una sostanziale unica condotta.

Al riguardo, l'appellante rileva l'assenza di un'indagine economica del mercato di sbocco dell'intesa prezzo: nessuna indagine sul mercato del "trasporto passeggeri". Il prezzo influenzava unicamente il mercato AIB.

5 – Le censure di parte appellante, che possono essere esaminate

congiuntamente, non possono trovare accoglimento.

In via generale, deve ricordarsi che, a norma dell'art. 101, par. 1, T'fue *“sono incompatibili con il mercato interno e vietati 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”*.

L'art. 2 della legge n. 287 del 1990 contiene analoga disposizione.

La giurisprudenza ha messo in rilievo la diversità esistente tra l'accordo e la pratica concordata. Il primo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo. La seconda ricorre quando si realizza una forma di coordinamento fra imprese che *“senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza”* (Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3197). È evidente come la figura dell'accordo sia rara nella prassi in quanto *“gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenteranno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti o accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto”*. Per queste ragioni la giurisprudenza, *“consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena, ritiene che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, possa anche essere indiziaria, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti”* (Cons. Stato, sez. VI, n. 3197 del 2018; Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123).

Circa la specifica posizione della società ricorrente, deve precisarsi sin da ora che nelle fattispecie di intesa anticoncorrenziale, risulta superfluo, al fine dell'”an” della responsabilità, indagare se il singolo partecipante all'intesa abbia avuto un ruolo maggiore o minore, attivo o addirittura

meramente passivo (*cf.* Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013 e 18 maggio 2015, n. 2513).

Inoltre, per consolidata giurisprudenza, un'intesa restrittiva della concorrenza integra una fattispecie di pericolo, nel senso che il *vulnus* al libero gioco della concorrenza può essere di natura soltanto potenziale e non deve necessariamente essersi consumato (*cf.* Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032 e 24 ottobre 14, nn. 5274, 5275, 5276, 5277, 5278).

5.1 – Ai fini del presente giudizio è utile ricordare che, in base alla disciplina antitrust, ogni impresa deve determinare autonomamente le proprie condotte e vieta rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi lo scopo o l'effetto di influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente attuale o potenziale, ovvero di rivelare ad un concorrente il comportamento che l'interessato ha deciso, o prevede, di tenere sul mercato (*cf.* Corte di giustizia dell'Unione Europea del 16 dicembre 1975, Suiker Unie, causa C-114/73).

6 – Tanto premesso, sull'intesa avente ad oggetto il condizionamento delle gare AIB si osserva quanto segue.

L'Autorità ha configurato l'intesa quale fattispecie a struttura unica, complessa e continuata, che ha investito un elevato numero di gare d'appalto nel corso di più di dieci anni (dal 2005 al 2018), condizionando l'intero mercato nazionale AIB, la cui domanda proviene esclusivamente da committenza pubblica.

Più in dettaglio, l'intesa, così come accertata dall'Autorità, si articola in una pluralità di condotte adottate dalle varie imprese coinvolte, riconducibili, da un lato, a fattispecie di natura attiva, consistenti nella partecipazione alle gare AIB secondo la concordata linea spartitoria, presentando ribassi minimi o irrisonanti, e, dall'altro lato, a fattispecie di natura omissiva,

consistenti in comportamenti di non belligeranza nei confronti delle altre imprese parti della collusione, concretatisi in astensioni dalla partecipazione alle gare che le predefinite e condivise decisioni collusive avevano riservato agli altri membri dell'intesa. L'Autorità ha altresì evidenziato che l'intesa si è giovata dell'utilizzo distorto dell'istituto – di per sé lecito – dell'ATI, piegandolo alle prefigurate finalità anticompetitive; ha inoltre evidenziato che l'analisi delle gare AIB complessivamente bandite nel periodo 2005-2017 rivela un costante parallelismo di comportamenti connotato dalla partecipazione di un unico offerente (in forma singola o associata) e dalla presentazione di ribassi sovente prossimi allo zero o comunque di entità ridottissima.

6.1 – Dal punto di vista probatorio, vale il principio secondo cui laddove vengano rinvenuti elementi di prova esogeni, ovvero afferenti all'esistenza di contatti tra le imprese e scambi di informazioni, come nel caso di specie, grava in capo alle imprese l'onere di dover fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte mentre, in mancanza, la prova dell'elemento endogeno, ovvero dell'irrazionalità della condotta incombe sull'Autorità (*cf.* Consiglio di Stato, IV, 19 dicembre 2019, n. 8581 e 8599).

7 - Nello specifico, la sussistenza di contatti e l'intento anticompetitivo perseguito dalle parti dell'intesa emerge in modo non equivoco dalla mail del 7 dicembre 2005, rinvenuta presso la società Eliossola, avente un oggetto alquanto evocativo: “preliminare d'intesa”, ovvero una “proposta di collaborazione”, per coordinare le gare d'appalto aventi ad oggetto servizi AIB, che risulta inviata da Icarus a molteplici società tra cui Elifriulia, Eliossola, Airgreen, Star Work.

In tale mail si legge: *“Alla luce degli ultimi eventi trascorsi (incontri estivi e bando Lombardia), vorrei cercare di proporre una soluzione atta al prosieguo dei buoni*

*propositi manifestati fin ora da buona parte di voi. Vorrei fare una piccola premessa, ricordando alcuni eventi successi, e tuttora in corso. Con alcuni di voi ci siamo incontrati prima della scadenza dell'appalto AIB Calabria, ed in quell'occasione, oltre che trovare un accordo per l'appalto in scadenza, c'è stata una tacita intesa tra i partecipanti per discutere insieme di tutti gli appalti che avrebbero seguito, per alcuni dei quali avevamo ipotizzato anche chi di noi avrebbe partecipato. Qualche tempo prima (appalto AIB Piemonte), la mancanza di colloqui, ha fatto sì che qualche azienda, al fine di aggiudicarsi l'appalto, è stata costretta a fare un grosso regalo all'amministrazione, applicando un notevole ribasso, al solo vantaggio delle Regioni?.*

Deve evidenziarsi che il chiaro intento emergente dalla mail del 7 dicembre 2005 – oltre che confermato dalle successive mail del 13 dicembre 2005 e dell'ottobre del 2005, reperite sempre presso Eliossola - ha trovato riscontro nelle dinamiche partecipative alle gare sopra ricostruite e nelle altre evidenze di contatti tra le parti rinvenibili anche durante il successivo periodo temporale in cui si è articolata l'intesa fino al 2018, avvalorando la coerenza logica della prospettazione dell'Autorità.

Rilevano in particolare:

- a) la email acquisita presso Heliwest del mese di gennaio 2008, inviata da Icarus e avente come destinatari Heliwest, Elifriulia ed Eliossola dall'oggetto, le "Gara AIB 2007/2010" ove si menzionano anche pattuizioni tra le parti, basati su accordi verbali reciproci e si conclude nel senso di tutelare il "*gruppo allargato delle aziende con le quali normalmente si collabora*";
- b) la raccolta di appunti, rinvenuta presso Babcock, risalente al biennio 2006/2007, di un dipendente della società Elieuro (una società all'epoca attiva nel settore AIB), da cui si evince come la partecipazione agli appalti pubblici relativi ai servizi AIB fosse connotata per la presenza di una ampia

concertazione tra gli operatori (in tale scritto, tra l'altro, si legge: *“ci siamo accordati per unire le forze e presentarci insieme alla prossima Gara anche in funzione della nostra sede di Belluno. [...] Per Lazio e Sardegna mi conferma che quando ci siamo fatti avanti loro avevano già preso accordi ma lui è d'accordo che entriamo nel Gruppo operatori AIB”*; ed ancora: *“ma è anche vero che nel Lazio e in Sardegna ci avevano lasciato fuori dicendoci che comunque ci saranno altre Gare”* (la fondatezza di tali riferimenti risulta riscontrata dai dati emersi nella ricostruzione delle gare Lazio 2005 e Sardegna 2006, che sono state aggiudicate a due ATI in cui figurava Elieuro, che hanno presentato, per ciascuna gara, l'unica offerta valida a ribassi inferiori all'1%);

c) la mail datata marzo 2012 con cui l'esponente aziendale di Elisem, operatore poi confluito nella società E+S (concorrente delle imprese sanzionate ed estranea all'intesa), afferma, all'indirizzo delle società Parti del procedimento, di essere *“interdetto e lasciato solo nel combattere una guerra impossibile e persa già in partenza con chi da tempo, mediante stratificazione di anni, ha in mano le dinamiche e gli esiti di gare come quella della Puglia, Campania, Sardegna, Liguria, Lazio etc.”*;

d) il documento interno della società Airgreen del 2012, con cui un dipendente addetto all'ufficio gare, segnala al rappresentante legale della società, la pubblicazione di un bando di gara per l'affidamento del servizio AIB in Liguria e dove si legge: *“Laura diceva che lì è territorio Star Work però altrimenti non sarebbe male e nemmeno troppo distante”* (al riguardo, l'Autorità ha riscontrato che Star Work, sino al 2012, era effettivamente presente sulla Liguria come operatore uscente e Airgreen non risulta aver partecipato mai a gare sulla Liguria);

e) mail del 23 marzo 2016, del rappresentante di Elitellina dove si legge: *“ieri ho parlato con Elifriulia per sapere cosa faranno in occasione della gara AIB in*

*Regione Campania. Come ti ho anticipato telefonicamente hanno deciso di partecipare con le aziende della precedente ATI (Helinvest, Eliossola, Elifriulia)”.*

Le modalità di partecipazione delle società alle gare (sia singolarmente che in ATI) bandite dal 2005 sino alla gara Sardegna del marzo 2018 su tutto il territorio nazionale, confermano la riconducibilità delle condotte delle imprese alla predetta strategia collusiva.

7.1 - L’Autorità ha constatato l’anomalia di tali gare, che conferma il coordinamento collusivo tra le stesse, mettendo in luce, in particolare, la singolarità dell’assenza di sovrapposizione tra le parti nella maggior parte delle gare censite, a cui si associa la presenza di un unico offerente per ciascuna gara coincidente spesso con l’affidatario uscente che risulta, conseguentemente, automatico aggiudicatario della commessa, con ribassi esigui e nella maggior parte dei casi irrisori, inferiori all’1% o prossimi allo zero.

Più precisamente, considerando le 43 procedure di gara complessivamente censite nell’arco temporale 2005-2018: a) le gare aggiudicate alle parti rappresentano l’89% del totale aggiudicato; b) il 79% del valore relativo a gare aggiudicate dalle Parti riguarda procedure che hanno visto la partecipazione di un solo concorrente; c) guardando alle sole gare aggiudicate alle Parti, risulta inoltre che il 79% del valore aggiudicato riguarda offerte con ribassi inferiori all’1% (al riguardo vedasi i paragrafi 253-265 e la tabella n. 14 del Provvedimento).

A differenza di quanto contestato dalla società, ciò che rileva è che le dinamiche collusive accertate si siano realizzate con identiche modalità (unica offerta e ribassi irrisori) a prescindere dalle peculiarità e differenze delle gare enfatizzate dall’appellante.

L’Autorità ha anche verificato la compatibilità con la propria ipotesi

accusatoria della sussistenza, seppur limitata, di gare in cui non sono state riscontrate anomalie, rilevando che trattasi di gare frutto di momentanee reazioni o ridefinizione del criterio spartitorio su alcune regioni o caratterizzate da episodiche incursioni di concorrenti esterni all'intesa o che sarebbero stati cooptati nell'intesa in un momento successivo.

In ogni caso, al riguardo, deve ricordarsi che ai fini della prova dell'intesa antitrust *“l'eventuale sussistenza di alcuni profili di discrasia nel quadro indiziario non sarà idonea a travolgere la complessiva tenuta dell'impianto accusatorio, salvo nelle ipotesi – che qui non sussistono – in cui le incongruenze risultino di tale gravità e rilevanza da compromettere la coerenza complessiva del quadro ricostruttivo delineato dall'Autorità”* (Consiglio di Stato, n. 1025/2019 e n. 2514/2015).

7.2 - Alla luce di tali emergenze non hanno pregio i rilievi della società appellante, secondo cui non vi sarebbe prova della sua partecipazione all'intesa, avuto anche riguardo al fatto che stessa risulta tra i destinatari della predetta mail del 7 dicembre 2005 (vedasi anche corrispondenza intercorsa con Elitellina).

Deve anche richiamarsi il documento interno della società Airgreen del 2012 già citato, ove si legge: *“Laura diceva che lì è territorio Star Work però altrimenti non sarebbe male e nemmeno troppo distante”* (come già detto, tale evidenza trova riscontro nel fatto che Star Work, sino al 2012, era effettivamente presente sulla Liguria come operatore uscente).

Vale al riguardo ricordare *“il principio in base al quale le singole condotte delle imprese vanno valutate tenendo conto del quadro complessivo e non in modo atomistico”*, di modo che *“l'esame dei riscontri gravanti in capo alla singola impresa se, da un lato, è l'elemento che collega ogni azienda al tessuto collusivo e quindi deve dar vita ad una probatio soddisfacente, dall'altro non può essere ridotto ad una parcellizzazione degli elementi già riconnessi tra loro in sede di affermazione dell'intesa collusiva”* (Consiglio



di Stato, VI, 14 ottobre 2019, n. 6985).

7.3 - Quanto alla posizione di E+S, l'Autorità ha evidenziato gli elementi che non la rendono equiparabile a quella delle altre imprese sanzionate. Tale scelta non può essere di per sé censurata, rientrando nell'ambito delle facoltà discrezionali dell'Autorità valutare i soggetti da sottoporre a procedimento, non apparendo, oltretutto, né illogica ed arbitraria, basandosi su criteri oggettivi di analisi (*cf.* Consiglio di Stato, sentenza n. 1025/2019).

7.4 - Quanto alla dedotta mancata produzione di effetti pregiudizievoli per il mercato, deve precisarsi che si è al cospetto di un'intesa anticoncorrenziale per oggetto, che si è sostanziata in un cartello orizzontale avente lo scopo di condizionare le gare pubbliche d'appalto (c.d. bid rigging).

In tale ambito, la giurisprudenza ha già avuto modo di argomentare nel senso che le infrazioni anticoncorrenziali che mirano al coordinamento e alla concertazione delle strategie di partecipazione a gare d'appalto *“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, TCE”* (Consiglio di Stato, n. 2947/2016).

7.5 - La correttezza della qualificazione operata dall'Autorità come una unica intesa trova conferma nell'orientamento della giurisprudenza secondo cui *“un modello di collusione ripetuto da imprese diverse per un certo periodo di tempo ben può essere considerato manifestazione di un unico illecito, caratterizzato in parte da accordi e in parte da pratiche concertate”* (CGUE, 8 luglio 1999, causa C-49/92). Dal punto di vista probatorio, tale tipologia di intesa *“postula necessariamente una valutazione globale e d'insieme delle evidenze documentali agli atti, senza che necessariamente ognuna di queste debba riguardare tutte le parti coinvolte, in modo che la*

*fenomenologia indagata possa emergere da un rapporto di coerenza narrativa nella descrizione della fattispecie”* (Consiglio di Stato, n. 6974 e 6985 del 2019).

Nello specifico, alla luce delle caratteristiche dell’intesa in esame (già delineatesi con la mail del 7 dicembre 2005), non risulta censurabile la configurazione effettuata dall’Autorità, essendo la stessa corrispondente ai tratti essenziali dell’istituto dell’intesa unica e complessa, che prevedono la riconducibilità ad un unico illecito antitrust di una serie di accordi e/o pratiche concordate protratti nel tempo, quando gli stessi perseguano uno specifico obiettivo anticoncorrenziale comune e siano caratterizzati da un nesso di complementarietà, ossia contribuiscano interagendo tra loro alla realizzazione degli effetti anticoncorrenziali comuni voluti dagli autori. Ciò a prescindere dal fatto che una o più imprese abbiano aderito a tale piano comune solamente in determinate occasioni o per un limitato periodo di tempo (*cf.* Tribunale dell’Unione Europea del 12 dicembre 2007, cause riunite T-101/05 e T111/05, BASF AG).

La caratterizzazione della violazione come una singola collusione comporta la conseguenza 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.

Al riguardo, la giurisprudenza ha precisato che *“la prova di accordi bilaterali tra un’impresa e le altre società indicate assume valenza sufficiente (...) a dimostrare l’esistenza dell’intesa unica in quanto si tratta di tasselli che si inseriscono in un quadro complessivo indiziario idoneo a provare l’intesa stessa. Non è necessario, dunque, la prova della partecipazione dell’appellante ad ogni singolo episodio contestato dall’Autorità”* (Consiglio di Stato, nn. 5559, 5560, 5561, 5564 del 2019).

7.6 - Le considerazioni già svolte circa la sussistenza di un’unica intesa

complessa portano al rigetto anche dell'eccezione di prescrizione, essendo indubbio che l'intesa illecita si caratterizza per la continuità e l'unitarietà delle condotte poste in essere dalle imprese sanzionate.

Come chiaramente indicato dall'articolo 25 comma 2 del Regolamento 1/2003 (concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 del TFUE) *“la prescrizione decorre dal giorno in cui è stata commessa l'infrazione. Tuttavia, per quanto concerne le infrazioni continuate o ripetute, la prescrizione decorre dal giorno in cui è cessata l'infrazione”*.

La giurisprudenza ha chiarito che *“Non è consentito parcellizzare i comportamenti costitutivi dell'unitaria infrazione, assoggettandoli a termini di prescrizione distinti difatti – 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, 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 (Consiglio di Stato, 11 luglio 2019, n. 4874, cfr. anche Consiglio di Stato, 10 luglio 2018, n. 4211; Consiglio di Stato, 13 giugno 2014, n. 3032).*

8 – Alla luce delle considerazioni che precedono deve essere disattesa anche la contestata individuazione del mercato rilevante.

In generale, nelle ipotesi di intese restrittive della concorrenza, 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 (*cf.* Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2014 n. 2837).

Deve anche aderirsi all'impostazione per cui, in presenza di una intesa illecita, la definizione del mercato rilevante è successiva rispetto all'individuazione dell'intesa, atteso che l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa medesima circoscrivono il mercato (*cf.* Cons. Stato, Sez. VI, 12 ottobre 2017).

Richiamando i principi generali innanzi enunciati, deve ribadirsi che la individuazione del mercato, sul piano geografico e merceologico, è espressione del potere di valutazione tecnica che può essere sindacato solo quando viola il principio di ragionevolezza, seppur nei termini particolarmente penetranti innanzi ricordati.

8.1 - Nel caso di specie, sia l'Autorità che il T.A.R., in ragione dello scopo dell'indagine e della specificità dell'intesa, hanno delimitato il mercato rilevante su una attenta considerazione delle caratteristiche dell'accordo collusivo in esame, che delinea in modo chiaro un'intesa "per oggetto".

Al riguardo, nel provvedimento sono state ricostruite le caratteristiche del settore dei servizi con elicottero, individuandosi due macro categorie di servizi di lavoro aereo e trasporto passeggeri, alle quali sono riconducibili una serie di servizi tra cui: a) i servizi di antincendio boschivo AIB (in cui prevale il lavoro aereo); b) i servizi di elisoccorso HEMS (in cui prevale il trasporto passeggeri); c) i servizi di lavoro aereo e trasporto passeggeri nei confronti di clienti privati (tra cui anche i cd. servizi Corporate e Oil & Gas).

Nel provvedimento sono altresì analizzate le differenze della domanda e

dell'offerta nelle macro aree sopra descritte e, in particolare, il tipo di servizi offerti dalle imprese cui è stata imputata l'intesa, che rappresentano le principali imprese attive sul territorio nazionale nell'offerta di servizi AIB.

Nello specifico, non risulta pertanto censurabile l'individuazione del mercato rilevante, con il riferimento all'insieme delle procedure di gara per la prestazione dei servizi AIB bandite sull'intero territorio nazionale dal 2005 sino alla gara della Regione Sardegna del 2018, risultate condizionate dall'intesa di bid rigging unica complessa e continuata così come innanzi delineata.

9 - Sull'intesa avente ad oggetto la fissazione, in sede AEI, del Prezzario si osserva quanto segue.

L'Autorità ha contestato l'approvazione ed utilizzo di un "Prezzario ufficiale Elicotteri per lavoro aereo e trasporto personale" dell'Associazione Elicotteristica Italiana – AEI.

In particolare, l'Autorità ha accertato la sussistenza di una intesa orizzontale anticompetitiva, unica, complessa e continuata, protrattosi dal 2001 al mese di agosto del 2017 (quando l'AEI ha deliberato di ritirare il Prezzario e di non dar seguito alle richieste di soggetti pubblici e privati che dovessero richiedere il Prezzario stesso), avente ad oggetto la fissazione ex ante - rispetto al periodo temporale di riferimento - dei prezzi dei servizi aerei resi tramite elicotteri. E' infatti emersa la sussistenza e l'approvazione, nell'ambito dell'Associazione Elicotteristica Italiana (AEI), di un Prezzario, alla cui definizione hanno preso parte le imprese a cui è stato imputato l'illecito, insieme con l'Associazione AIE.

Di fatto: il Prezzario veniva definito in occasione delle prime riunioni del Consiglio direttivo dell'Associazione di ciascun anno (tra gennaio e aprile);

il Prezzario, una volta approvato dal Consiglio, veniva trasmesso a tutti i soci e registrato a cura di AEI presso la CCIAA di Milano; detto Prezzario contiene un listino dei “prezzi per minuto di volo”, differenziati per tipologia di elicottero e tipo di impiego (“Posizionamento”, “Lavoro aereo” e “Trasporto Personale”); nel prezzario sono riportati i prezzi di tutte le tipologie di elicottero monomotore o bimotores utilizzate in Italia; i prezzi definiti nel listino sono quelli, futuri, da applicarsi per tutto l’anno in corso (e fino alla nuova approvazione del listino).

Deve rimarcarsi come non si sia al cospetto di una ricognizione dei prezzi storici, bensì dell’indicazione dei prezzi da applicare ai servizi resi nell’anno di riferimento (già nel Prezzario per l’anno 2001 è indicato che lo stesso è “*valido dal 01.01.2001 al 31.12.2001*”. Tutti i successivi prezzari contengono la medesima indicazione, cambiando solo l’anno di riferimento).

9.1 - Il coinvolgimento delle associate nella fattispecie di intesa all’esame scaturisce dal ruolo che le stesse hanno dimostrato di ricoprire nella definizione ed approvazione del prezzario con cadenza annuale e precisamente:

- a) le società sanzionate erano parti dell’associazione ed erano, tendenzialmente, altresì membri del comitato direttivo, che si riuniva appositamente per definire il prezzario ed approvarlo;
- b) le società si comunicavano (e comunicavano anche a terzi) il prezzario, ovvero ne chiedevano modifiche (cfr. una email del 20 marzo 2012, in cui l’associazione trasmette un nuovo prezzario “a seguito richieste Air Corporate”, nonché la email di interlocuzione tra l’AIE e Star Work).

L’intento illecito perseguito con la predisposizione di tale prezzario, ovvero la sua idoneità ad influenzare le dinamiche di prezzo del settore del mercato di riferimento, risulta confermata dai numerosi documenti acquisiti durante

la fase istruttoria, di seguito si citano i più eloquenti:

a) in una bozza del verbale della riunione del Consiglio di AEI dell'8 marzo 2017 si legge infatti che: *“in più di una occasione le Amministrazioni hanno richiesto all'Associazione il prezziario e ritiene quindi che sia importante averlo aggiornato. Tutti i consiglieri concordano e pertanto si decide di aggiornarlo con i nuovi modelli e mantenere le tariffe anche per il 2017”*;

b) la lettera del 19/11/2011, dal responsabile AIB della Regione Sicilia, ad AEI, relativa a una “indagine conoscitiva di mercato”, in cui è descritto il servizio AIB richiesto e chiesto ad AEI *“di far pervenire, in pari modalità, il prezzo di listino relativo alle prestazioni del servizio in oggetto”*.

Alla luce di tali emergenze l'intesa risulta correttamente qualificata come restrittiva della concorrenza per oggetto, trattandosi di una concertazione sui prezzi.

Al riguardo, la giurisprudenza ha chiarito come per intese di prezzo anticoncorrenziali per oggetto debbano intendersi non solo gli accordi che fissano i prezzi a livelli esattamente determinati o al di sotto del quale le imprese si impegnano a non vendere, ma anche, più in generale, tutte quelle concertazioni idonee a cortocircuitare la libera determinazione individuale del prezzo e quindi la sua naturale flessibilità (*cf.* Consiglio di Stato, n. 1025/2019).

Più nello specifico, la giurisprudenza ha ritenuto qualificabili in termini di intese di prezzo restrittive della concorrenza per oggetto anche le indicazioni di associazioni di imprese di tenere un determinato livello di prezzi anche laddove non vincolanti e costituenti una mera raccomandazione (*cf.* Consiglio di Stato, n. 1025/2019 e 238/2015, CGUE, sentenza del 18 luglio 2013, C-136/12) ed anche *“nell'ipotesi in cui richiama a giustificazione della propria condotta la dignità della professione o la qualità della*

*prestazione*” (Consiglio di Stato, 19 dicembre 2019, nn. 8588 e 8591).

9.2 – La sussistenza di una fattispecie di intesa anticoncorrenziale per oggetto, alla luce delle precisazioni già svolte, può prescindere dall’effettiva e comprovata produzione di effetti.

Appare tuttavia plausibile che la diffusione e l’invio a singole stazioni appaltanti di un Prezzario redatto dalle principali imprese operanti nei settori AIB ed HEMS sia idoneo a produrre un effetto di condizionamento al rialzo dei prezzi anche laddove la committenza non si allinei puntualmente all’importo ivi riportato. Per altro, il provvedimento dà conto di talune stazioni appaltanti (quali, ad esempio, la regione Sardegna e la regione Liguria) che hanno dichiarato di aver utilizzato il prezzario come parametro per determinare le basi d’asta che sono risultate, pertanto, condizionate, rispetto al libero esplicarsi della concorrenza.

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

9.3 – Deve essere disattesa anche la tesi secondo cui dal 2012 l’infrazione dovrebbe considerarsi cessata, in quanto non più riguardante i servizi AIB ed HEMS per via dell’inserimento, nel Prezzario relativo a tale anno, dell’avvertenza secondo cui *“i prezzi sopra indicati non si applicano a servizi con disponibilità continuativa dell’elicottero”*.

Sul punto, risulta convincente la valutazione dell’Autorità secondo cui la struttura e l’entità dei prezzi non sono mutate con l’introduzione di tale avvertenza, né sono significativamente variate le tipologie di elicotteri prefigurati nel Prezzario. Ciò trova conferma nel fatto che la maggior parte dei documenti sopra citati, da cui risulta l’applicazione del Prezzario anche



ai servizi AIB ed HEMS, si attesta anche e soprattutto nell'arco temporale coevo al Prezzario 2012 o successivo.

Per quanto riguarda le annualità successive, il provvedimento chiarisce che anche le annualità 2013 e 2016 devono essere ricomprese nella fattispecie di illecito unica, complessa e continuata, poiché in quegli anni l'Associazione e i relativi associati hanno comunque esplicitamente deciso di mantenere in vigore i prezzari degli anni precedenti, mantenendoli anche pubblicati presso la Camera di Commercio; tale decisione deve necessariamente assimilarsi a quella di specifica approvazione di un nuovo prezzario e non è in alcun modo suscettibile di esprimere una volontà di cessazione della condotta illecita o di determinarne una soluzione di continuità (la riferita vigenza dei prezzari degli anni 2012 e 2015 nelle more dell'approvazione di nuovi prezzari risulta comprovata anche dai documenti acquisiti, dai quali emerge che la stessa AEI ha inviato ad una Stazione appaltante e ad un'associata i prezzari del 2012 e del 2015 considerandoli ancora vigenti rispettivamente nel 2013 e nel 2016- 2017).

9.4 – Alla luce di tali emergenze e richiamate le considerazioni generali già svolte in riferimento alla configurabilità di un'intesa unica e continuata, non appare censurabile la valutazione dell'Autorità, che ha ravvisato una condotta illecita permanente per tutto il tempo in cui i listini continuano ad essere pubblicamente accessibili.

Tale caratteristica preclude la decorrenza di un termine di prescrizione, non essendo l'infrazione cessata (né interrottasi nel tempo), dovendosi pertanto al riguardo disattendere i rilievi della società appellante.

10 - Quanto alla contestazione del mercato rilevante, valgono le considerazioni generali già svolte.

Nello specifico, il mercato rilevante è stato correttamente definito

dall’Autorità, sempre in ragione delle specifiche modalità della condotta analizzata, in un ambito merceologico più ampio a quello della fattispecie prima esaminata, includendo, oltre ai servizi AIB, anche i servizi HEMS e, più in generale, ogni servizio di lavoro aereo e trasporto passeggeri espletabile mediante elicottero, sia a committenza pubblica, sia a committenza privata. Sul versante geografico, il mercato è stato definito a livello nazionale in quanto il prezzario in esame è rivolto a tutta la clientela, pubblica e privata, indistintamente dalla localizzazione geografica della stessa.

Risulta invece infondata l’argomentazione della società, con cui questa cerca di ridurre il perimetro interessato dall’infrazione esclusivamente ai servizi “spot”, con esclusione dei servizi continuativi, quali i servizi AIB e HEMS, che si scontra con la pertinente replica dell’Autorità che ha evidenziato come quella sottospecie di servizi (spot) è una tipologia che la maggior parte delle imprese non prestavano affatto o prestavano in modo assolutamente marginale. Inoltre, assumono rilevanza le evidenze già richiamate da cui emerge la trasmissione del prezzario anche ad uffici di stazioni appaltanti regionali competenti in materia di affidamento del servizio AIB (vedasi i punti che precedono).

10.1 – Non pare porsi in contrasto con le esposte conclusioni il contenuto della sentenza del T.A.R. per il Lazio n. 5275/2020, che ha accolto il ricorso di una società alla quale l’Autorità aveva contestato il medesimo illecito, posto che tale pronuncia ha confermato l’accertamento dell’intesa, escludendo tuttavia la partecipazione della ricorrente per la peculiare situazione che caratterizzava detta specifica impresa (Il T.A.R. ha ritenuto *“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?").*

11 - 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.

Le due condotte presentano molteplici elementi di diversità (mercati, attività, soggetti coinvolti, finalità, durata) che impediscono la loro riconduzione ad una fattispecie, unica e complessa, di intesa. Tale fattispecie, com'è noto, presuppone infatti che le singole azioni facciano parte di un piano di insieme a causa del loro identico oggetto di distorsione del mercato (*cf.* Corte di Giustizia, 7.1.2004, causa C-204/00 P-Aalborg).

12 - Con il decimo motivo di appello, si contesta il passaggio della sentenza impugnata che ha respinto l'eccezione di prescrizione e determinato la durata delle due presunte intese, che, al contrario, secondo la società va rimodulata, tenendo conto del termine di prescrizione quinquennale (art. 28, L. n. 689/1981).

12.1 - L'appellante contesta inoltre la sussistenza dei requisiti per ritenere le intese molto gravi, rilevando che l'intesa AIB non poteva dirsi segreta, per l'assenza di artifici volti a garantire alle Parti l'impunità.

Chiede inoltre: a) una congrua riduzione della sanzione in ragione del fatto che, secondo l'appellante, si sarebbe al cospetto di una duplicazione del medesimo illecito; b) la valorizzare la partecipazione marginale dell'appellante (consistente nella mancata dissociazione) al disegno

criminoso.

13 – Le censure, nelle loro plurime articolazioni, sono infondate.

Quanto alla mancata considerazione della supposta prescrizione valgono le considerazioni già svolte innanzi.

Per il resto, deve in primo luogo rilevarsi che la sanzione concretamente irrogata dall’Autorità, per ciascuna delle due intese, risulta del tutto congrua e proporzionata, dovendosi considerare che deve in ogni caso esserne assicurata l’efficacia deterrente.

Per altro, l’applicazione del cap del 10% sul fatturato globale, con il relativo effetto di abbattimento dell’importo base della sanzione, assorbe sostanzialmente i plurimi rilievi della società.

13.1 - In relazione alla determinazione di gravità delle intese va condivisa la valutazione operata dall’Autorità, dovendosi sul punto confermare la sentenza impugnata, avuto riguardo al fatto che le intese avevano l’esplicito fine di incidere sui prezzi, qualificabili, quindi, come intesa orizzontale di prezzo, già ritenute molto gravi dalla giurisprudenza (*cf.* Cons. Stato, Sez. VI, 20 ottobre 2016, n. 4374; Corte UE, 26 gennaio 2017, in C-626/13 P, Villeroy & Boch Austria GmbH/ Commissione; Corte di Giustizia UE, sentenza 3 settembre 2009, causa C-534/07 – William Prym GmbH vs. Commissione europea, ma anche Consiglio di Stato, VI, 19 dicembre 2019, nn. 8588).

In particolare, circa l’indice di gravità dell’intesa AIB rileva che questa aveva per oggetto la condotta da serbare nelle gare pubbliche indette dalle Regioni e si connotava anche per la sua segretezza, dal momento che il relativo supporto probatorio è fondato su contatti di posta elettronica non conoscibili all’esterno, evidenziando così la carenza di trasparenza e pubblicità dell’accordo stesso (*cf.* Cons. St., Sez. VI, n. 8591/2019).

Quanto alla durata ed agli effetti dell'intesa valgono le considerazioni già svolte innanzi, dovendosi escludere che al fine della determinazione della sanzione gli elementi valorizzati dall'appellante possono incidere in senso diminutivo. Vale un analogo discorso per le caratteristiche del contributo dell'appellante alle due intese.

13.2 - Quanto alla prospettata duplicazione ed alla sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del concorso formale, valgono le considerazioni già svolte innanzi, dovendosi rilevare che in base punto 28 delle Linee Guida nei casi in cui più condotte violino più volte una o più delle disposizioni contenute negli articoli 2 e 3 della legge n. 287/90 o degli articoli 101 e 102 TFUE, si applicano all'impresa responsabile tante sanzioni quante sono le violazioni accertate. D'altro canto, laddove l'Autorità avesse fatto ricorso a un'unica sanzione a fronte dell'accertamento di due distinti illeciti anticoncorrenziali, ovvero avesse parametrato l'importo cumulativo delle due sanzioni irrogate al cap del 10%, si sarebbe irreparabilmente pregiudicata l'attitudine dissuasiva e deterrente delle ammende (*cfr.* Consiglio di Stato, 4 settembre 2014, nn. 4506), venendosi di fatto ad escludere la punibilità delle condotte che hanno integrato un'intesa.

14 - Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). L'appello va, quindi, respinto nei sensi di cui in motivazione.

Tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal

Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) respinge l'appello e condanna parte appellante alla refusione delle spese di lite in favore dell'Autorità, che si liquidano in €4.000, oltre accessori come per legge.

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

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

Sergio Santoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Giordano Lamberti**

**IL PRESIDENTE**

**Sergio Santoro**

**IL SEGRETARIO**