

Pubblicato il 18/08/2021

**N. 05918/2021REG.PROV.COLL.
N. 05834/2020 REG.RIC.**



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso NRG 5834/2020, proposto da -OMISSIS-, con sede nel Regno di Spagna, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Clarizia, Denis Fosselard e Paolo Ziotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via P.ssa Clotilde n. 2,

contro

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

nei confronti

di -OMISSIS- in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, nonché di -OMISSIS-, non costituiti in giudizio,

per la riforma

della sentenza del TAR Lazio, sez. I, n. 5261/2020, resa tra le parti e concernente il provvedimento sanzionatorio di AGCM irrogato a causa di

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

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della sola AGCM

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del 15 aprile 2021 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi, altresì, per le parti gli avvocati Clarizia e Fosselard e l'Avvocato dello Stato 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, in videoconferenza con l'uso di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare del Segretario generale della Giustizia amministrativa n. 6305 del 13 marzo 2020;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – La -OMISSIS-, con sede nel Regno di Spagna, rende noto d'esser la controllante di varie imprese, tra cui pure la -OMISSIS-(già -OMISSIS-corrente in Milano ed impresa di servizi aerei, aventi ad oggetto la messa a disposizione su base continuativa di elicotteri e dei loro equipaggi per attività di elisoccorso (HEMS) e di collegamento con le piattaforme petrolifere (*Oil & Gas*).

Detta Società rende noto che, con provvedimento n. -OMISSIS- del 14 marzo 2017, a seguito di una segnalazione d'un pilota di elicotteri, l'AGCM avviò il Procedimento I806 (AFFIDAMENTO APPALTI PER ATTIVITÀ ANTINCENDIO) nei confronti della sua partecipata -OMISSIS-e di altre sei imprese attive nel settore dell'offerta di servizi aerei con elicottero (-OMISSIS-).

Il provvedimento AGCM aveva ipotizzato un'intesa illecita tra le sette imprese, in violazione all'art. 101 TFUE, volta a spartirsi le gare pubbliche per l'affidamento dei servizi antincendio boschivo - AIB (attraverso la

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

In un secondo tempo l'Autorità estese detto procedimento all'attività svolta dalle imprese in ambito AEI, volta alla definizione, su base annuale, di un prezzario idoneo «... *ad influenzare le variabili economiche relative alle gare pubbliche e all'offerta dei servizi di lavoro e trasporto aereo nei confronti della clientela privata...*». Il procedimento fu esteso soggettivamente nei confronti di altre tre imprese, inclusa l'odierna appellante, qual soggetto che esercente il controllo su - OMISSIS-

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

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

B) fu posta in essere da dieci imprese (tra le quali la controllata -OMISSIS-) e dall'AEI, un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'art. 101 TFUE,

ossia un'intesa orizzontale per oggetto, continuata e complessa e avente ad oggetto la fissazione *ex ante*, in ambito associativo, del prezzario per i servizi con elicottero;

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

Sicché l'AGCM ha irrogato alla -OMISSIS-, in solido con l'attuale appellante, la sanzione pecuniaria di € 50.612.057, per la gravità e la continuazione dei due illeciti anti-competitivi. L'importo deriva dalla riduzione del 5%, grazie al programma di *compliance antitrust* adottato dalla controllata dal 2015. Il programma, pur se ritenuto non efficace per non aver rivelato ed interrotto autonomamente la condotta illecita contestata prima delle ispezioni di AGCM, ha però considerato che la -OMISSIS- avesse integrato e apportato modifiche anche significative al programma, a seguito dell'avvio del procedimento e prima della CRI.

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

3. – Avverso tal statuizione inerente al prezzario e, per quanto di ragione, l'art. 3, co. 2, l'art. 6, co. 1 e l'art. 7, co. 1 del Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'AGCM è allora insorta la -OMISSIS- innanzi al TAR Lazio, col ricorso NRG 5443/2019. Al riguardo essa ha dedotto: I) la violazione dell'art. 101 TFUE e la violazione dei diritti della difesa, poiché non vi son stati i presupposti per ritenerla responsabile in solido con la -OMISSIS-; II) l'illegittimità del Provvedimento in quanto emesso da un Collegio composto da soli due componenti, per il fatto che nessuno di costoro fosse il Presidente (figura individuata cin meccanismi di nomina diversi) e per il fatto che, in caso di parità, fosse comunque prevalso il voto anche del membro Presidente f.f. e, in subordine, l'illegittimità costituzionale dell'art. 23, commi 1 e 2 del DL 201/2011, se intesi nel senso di consentire tali conclusioni; III) l'illegittimità del Provvedimento pure con riguardo alla sussistenza di un'influenza determinante della ricorrente sulla strategia commerciale della -OMISSIS-, nonché per violazione del principio di legalità e del principio di personalità di sanzioni e della responsabilità; IV) l'assenza di prove sicure sulla responsabilità delle imprese colpite; V) la erroneità dell'assunto di AGCM, secondo cui il Prezzario sia mai stato in grado d'influenzare i comportamenti delle stazioni appaltanti; VI) l'erronea qualificazione dell'intesa per oggetto, stante sia il difetto dei presupposti, che il travisamento dei fatti; VII) essendo continuativi i servizi HEMS e *Oil & Gas*, l'intervenuta prescrizione ex art. 28 della l. 689/1981, poiché tali servizi erano stati esclusi dal prezzario fin dal marzo 2012; VIII) il travisamento dei fatti e l'evidente irragionevolezza nella determinazione del perimetro soggettivo dell'illecito *antitrust*.

L'adito TAR, con sentenza n. 5261 del 18 maggio 2020, ricostruiti i fatti salienti ed i principi fermi in giurisprudenza sulle intese anti-competitive orizzontali per oggetto, ha integralmente respinto la pretesa così azionata, anche con riguardo all'insussistenza d'ogni illegittimità per il funzionamento e la deliberazione a due membri (pure per il valore doppio del voto del

Presidente f.f.) in caso di temporaneo impedimento del Presidente nominato, ma non ancora insediato.

Ha appellato quindi la -OMISSIS-, col ricorso in epigrafe, deducendo l'erroneità dell'impugnata sentenza alla luce di otto articolati gruppi di censura. Con ordinanza n. 1742 del 1° marzo 2021, la Sezione ha disposto incumbenti istruttori a carico dell'Autorità, con riguardo all'8° motivo di gravame, concernente le vicende quando AGCM ha deliberato a due membri e le ragioni dell'impedimento del Presidente già nominato ma non ancora in carica. Resiste in giudizio soltanto tal Autorità, concludendo per il rigetto dell'appello.

4. – Con sentenza n. 5058 del 2 luglio 2021, la Sezione ha parzialmente accolto l'appello proposto dalla -OMISSIS- s.p.a., relativamente alla misura della sanzione stessa, con riguardo alla interazione tra detta Società e l'attuale appellante.

In quella sede la Sezione ha precisato di voler «... *sul punto confermare la sentenza impugnata, stante l'autoevidente gravità nel tempo e negli effetti ed avuto riguardo al fatto che l'intesa ebbe l'esplicito fine di incidere sui prezzi di mercato, imponendo quelli del prezzario...*».

Tuttavia, sulla posizione della -OMISSIS-, *holding* finanziaria del Gruppo -OMISSIS- e Società controllante totalitaria della -OMISSIS-, la Sezione ha ritenuto entrambe le citate Società corresponsabili dell'illecito sanzionato dall'Autorità. Giova rammentare come la Sezione, anche da ultimo e alla luce di ferma giurisprudenza delle Corti europee e di questo Consiglio, abbia precisato che «... *il comportamento di più imprese può rientrare nella definizione... (di unica entità economica) qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tali soggetti non determinino in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato, ma definiscano congiuntamente il proprio operato, in considerazione, segnatamente, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche (sentenze del 20 gennaio 2011, General Química e a. / Commissione, C90/09; nonché del 29 settembre 2011, Elf Aquitaine/Commissione, C 521/09). In una situazione del genere poiché le*

società fanno parte di una stessa unità economica e formano, pertanto, una sola impresa ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, l'Autorità può emanare una decisione che infligga un'unica ammenda (Corte di Giustizia Akzo Nobel e a. / Commissione...)...» (cfr. Cons. St., VI, 6 ottobre 2020 n. 5883, n. 5898 e n. 5900).

Ma la Sezione ha anche già in quella sede che «... *rispondendo alla doglianza attorea... (la misura della sanzione applicabile)... il fatturato da prendere in considerazione, ferma la solidarietà e la corresponsabilità tra le due Società, è solo quello di controllante e controllata e non anche di altre imprese del gruppo non operanti in Italia e/o impossibilitate a prevenire o far cessare l'illecito de quo, quindi solo con solidarietà strettamente verticale...*». Pertanto, «... *in parte qua la misura di tal sanzione va rimodulata, in capo alla Società odierna appellante e va, di conseguenza, accolto l'appello sul punto...*» e ciò vale anche nei riguardi dell'odierna appellante.

6. – Per la restante parte, vanno disattesi i restanti motivi di gravame, nei cui confronti il Collegio ritiene di rispondere in forma succintamente motivata, con riferimento a detto precedente conforme.

In particolare, quanto al primo motivo, non è vero che l'Autorità abbia pretermesso, per il sol fatto del coinvolgimento dell'odierna appellante solo al momento della CRI, dei diritti di difesa, tant'è che il TAR ha potuto concludere facendo presente come l'Autorità avesse messo l'appellante in condizione di svolgere in modo efficace le proprie difese nel procedimento. Ciò ben s'evince dalla serena lettura dei §§ 404/406 del Provvedimento, ove l'Autorità prese sì in debito esame i dati e gli argomenti dedotti dall'appellante, ma non li condivise. Pertanto AGCM ribadì la presunzione, come delineata da giurisprudenza delle Corti UE, della riconducibilità alla controllante pure delle scelte strategiche e della responsabilità per illeciti *antitrust* effettuati dalla controllata in via totalitaria, non vinta, tranne nei termini indicati nel § precedente, dai predetti argomenti. Tanto in forza del pacifico principio per cui l'Autorità «... *non è obbligata a prender posizione su tutti gli argomenti svolti dalle parti interessate; è sufficiente che essa esponga i fatti e le considerazioni giuridiche che rivestono un'importanza decisiva nel contesto della decisione.*

In particolare, non è richiesto... che essa definisca la propria posizione su questioni manifestamente irrilevanti, insignificanti o... di rilievo secondario” (Tribunale UE, T-530/15)...». Ciò vuol dire che la presunzione non si trasforma da relativa in assoluta, ma solo che l'appellante, neppure ora in giudizio, trova argomenti dirimenti per confutare la tesi dell'Autorità.

Non dura fatica il Collegio a tener conto della considerazione attorea, per cui l'Autorità, in pratica e con riguardo all'inizio dell'illecito *antitrust* nel 2001, avrebbe dovuto tener conto, ai fini della corresponsabilità solidale tra Società controllante ed impresa controllante, del momento in cui fu effettivo il predetto controllo totalitario in poi. Questo è vero, ma si tratta d'un dato che impinge non sulla legittimità, ma al più sulla misura della Sezione, che in sede di riesame e *in parte qua* va rimodulata dall'Autorità con attenzione a questo dato temporale.

Nessun pregio ha il subordinato secondo motivo, inerente all'adozione in sede AEI del prezzario, sì relativo ai soli servizi c.d. *spot* di lavoro aereo e trasporto passeggeri, ma con lo scopo d'influenzare la committenza pubblica per l'affidamento anche dei servizi di elisoccorso (HEMS) e la domanda privata sull'acquisto dei servizi *Oil & Gas*. Nella sentenza n. 5502/2021, la Sezione ha chiarito, per un verso, come il TAR avesse ben inteso la restrittività di tal prezzario che fu un'intesa orizzontale di prezzo tra concorrenti operanti nel mercato interno dei servizi con elicottero nel loro complesso e, per altro verso, sono intese di prezzo restrittive della concorrenza per oggetto pure le indicazioni, da parte di associazioni di imprese, di tenere un determinato livello di prezzo, pur se non vincolanti o formulati come mere raccomandazioni (cfr. Cons. St., VI, 31 gennaio 2019 n. 1025; CGUE, 18 luglio 2013, C-136/12), nonché «... nell'ipotesi in cui richi amino a giustificazione della propria condotta la dignità della professione o la qualità della prestazione...» (cfr. Cons. St., VI, 19 dicembre 2019, nn. 8588 e 8591). La Sezione ha affermato pure che: A) – in linea di principio, il contenuto in sé di tal prezzario sembra esser rivolto ad una clientela diversa da chi organizza servizi HEMS, ma, se

fosse stato veramente così, sfugge al Collegio l'utilità di tal listino, ristretto ad una piccola porzione della clientela; B) – in realtà, il Collegio conviene col TAR sulla portata generale del prezzario nel contesto competitivo, essendo risultato che esso fu in pratica rivolto a tutta la clientela, pubblica e privata e per ogni tipo di servizi forniti dalle imprese parti dell'accordo illecito;

C) – il prezzario, come tutti i listini prezzi, non servì affatto come ricognizione statistica di prezzi storici, ma fornì l'indicazione dei prezzi correnti da applicare ai servizi resi nell'anno di riferimento, indicazione, questa, fissata nel prezzario del 2001 e ripetuta in tutti i successivi listini, cambiando solo l'anno; D) – tutti i prezzari, avendo indicato un rilevante numero di aeromobili, definirono il comportamento economico uniforme, anno dopo anno, di tutti gli associati AEI nei rapporti con tutta la clientela di tutti i servizi offerti e servirono sia da riferimento di prezzo per le imprese nella modulazione della loro offerta dei servizi di lavoro aereo e trasporto passeggeri per i clienti privati, sia a indurre il comportamento delle stazioni appaltanti di servizi AIB e HEMS a tener conto anzitutto dei valori economici esposti, nella modulazione delle offerte a base d'asta (la Regione Sardegna e la Regione Liguria hanno dichiarato di aver usato detto prezzario come parametro per determinare le basi d'asta che sono così risultate condizionate, rispetto al libero esplicarsi della concorrenza), divenendo un riferimento orientativo, ma imprescindibile; E) – l'Autorità ha anche attentamente analizzato l'andamento dei prezzi, da cui emerge che quelli del prezzario si posero a livelli più elevati rispetto ai valori effettivi di mercato con cui erano venduti in concreto i servizi di lavoro aereo con elicottero.

È materialmente vero che il TAR non ha espressamente menzionato la relazione del prof. Jarach in ordine alla specificità dei servizi HEMS, quanto a uso di aeromobili dedicati ed all'irriducibilità di essi al servizio di trasporto aereo. Ma l'appellante non s'avvede che il trasporto personale, pur se talvolta ancillare al lavoro aereo, è sempre un trasporto passeggeri. E quest'ultimo è riconoscibile anche nell'*Oil & Gas*, anche se questo si manifesti come "*servizio*

prestato su base continuativa", né è estraneo al servizio HEMS, il quale, ad avviso del Collegio, non può dirsi un *tertium genus* solo alla luce del titolo COA di cui si devono munire i piloti, come non si può definire il trasporto personale soltanto un servizio *spot*. Anzi, l'insistenza attorea sul fatto che il Provvedimento abbia riguardato i soli servizi *spot* si scontra con la pertinente replica dell'Autorità che evidenziò come tal sottospecie di servizi (*spot*) è una tipologia che la più parte delle imprese non prestava affatto o prestavano in modo del tutto marginale. Né basta: in base ai dati raccolti da AGCM, lo s'è detto e qui si ribadisce, emerge la trasmissione del prezario anche ad uffici di stazioni appaltanti regionali competenti in materia di affidamento del servizio AIB, fermo restando che la base d'asta dei relativi affidamenti consta necessariamente dell'indicazione del prezzo e, ovviamente, anche di prestazioni diverse (come gli alloggiamenti interni degli elicotteri o il pronto impiego).

Il che è come dire quanto sia inutile, ai fini prettamente *antitrust*, ogni pur in sé corretto richiamo alla disciplina aeronautica d'un servizio o di un altro, o la visione parcellizzata di qual elicottero possa meglio servire o esser attrezzato in un certo modo per un servizio, anziché in un altro. Rileva piuttosto l'intento delle imprese associate e concordi nella fissazioni di prezzi per il futuro da offrire alla clientela (con valori riferiti pure ad elicotteri bimotore utilizzati per i servizi di elisoccorso e indicazioni dei prezzi per minuti di volo, che per i servizi HEMS son solo la riduzione ad 1/60 della tariffa chiamata, per consuetudine nei servizi continuativi, "*Ore di volo*"), quindi ben facilmente utilizzabili in ogni contesto. Ebbe ragione quindi AGCM nel tener in buon conto delle dichiarazioni di Eliossola, la quale affermò che l'AEI adottò il prezario per fornire alle stazioni appaltanti una prima e precisa indicazione sul costo di partenza di un elicottero, osservando inoltre che il prezario menzionò anche elicotteri utilizzati per la prestazione di servizi HEMS. Il prezario soddisfece così l'interesse di tutti i partecipanti all'intesa restrittiva di render noto il prezzo-base per ogni tipo d'uso degli elicotteri, donde

l'effetto conformativo, ben più grave che l'alterazione della concorrenza in una singola gara, dell'impostazione delle gare.

È appena da soggiungere che l'interesse di -OMISSIS- al prezzario, come tutte le intese illecite, di per sé solo non ebbe bisogno, per esprimervi la partecipazione, di peculiari solennità formali, all'uopo bastando il mero assenso ed la non opposizione o il non dissenso nel tempo e tale Società, di tempo, per desistere e ravvedersi ne ebbe a lungo, ma invano. A smentire la contraria tesi dell'appellante vi fu uno scambio di mail del 2014 (cfr. il § 389 del Provvedimento), col quale il rappresentante della -OMISSIS- mostrò il proprio specifico interesse a verificare il prezzario ed a fornire conferma finale sul relativo contenuto. A parte che ciò esclude l'assunto dell'appellante per cui detto listino non si sarebbe applicato ai servizi da essa svolti, in realtà è vero il contrario, perché la -OMISSIS- fu sempre interessata all'aggiornamento annuale del listino, cosa, questa, che sarebbe servita a mantenere alto il livello dei prezzi per l'uso degli aeromobili in qualunque contesto economico.

7. – Quanto al quarto motivo, -OMISSIS- lamenta l'inclusione, da parte dell'Autorità, dei servizi *Oil & Gas* nel predetto prezzario o, meglio, le conclusioni di AGCM secondo cui anche tali servizi fossero coperti dall'"*intesa Prezziario*". A suo dire, l'impugnata sentenza si sarebbe limitata a ritenere convincenti dette conclusioni, sol perché: a) tali servizi implicavano, tra l'altro, trasporto di personale, che incluse pure il trasporto di chi lavora sulle piattaforme petrolifere; b) «... *i valori del Prezziario si riferiscono anche a elicotteri bimotore utilizzati... per i servizi Oil & Gas, per i gestori di piattaforme petrolifere in mare al largo del territorio nazionale...*». Vano è il tentativo di parte appellante nello spezzettare, col mero riferimento ad elicotteri bimotori, la vicenda in sé e la sua responsabilità, rispetto ad altre imprese non sanzionate nel medesimo procedimento. Se fosse vero che il listino, anche a prescindere dal suo ruolo oggettivamente illecito e restrittivo, non annesse rilevanza a certi tipi di elicotteri, in realtà utilizzabili proprio per quei servizi che ora parte

appellante afferma mai considerati, sfugge al Collegio la ragione d'averli inseriti, visto che il listino si rivolse o fu rivolto ad operatori del settore, ben attenti a che cosa questo servisse ed a che volesse significare inserivi, o no, un tipo, anziché un altro, d'aeromobile. Sicché non vede il Collegio che cos'altro mai avrebbe dovuto dire il TAR, a fronte d'un elenco di elicotteri al profano sconosciuti o incomprensibili, ma assai suggestivo per gli addetti ai lavori, cui era noto che pure l'appellante era (ed è) una dei principali operatori dei servizi AIB e HEMS verso la committenza pubblica, nonché di lavoro aereo e trasporto passeggeri a favore di quella privata.

In realtà, alla conclusione che il prezzario fosse stato utilizzabile per ogni contesto il Provvedimento ed il TAR son giunti agevolati dal fatto che, in sede d'audizione innanzi all'AGCM, fu la stessa AEI ad evidenziare proprio tal utilizzabilità anche per servizi diversi da quelli colà espressamente menzionati ("lavoro aereo" e "trasporto personale"). A suo dire, *«... le stazioni appaltanti, in termini più generali, hanno interesse ad avere il prezzario in quanto pur non essendo riferiti a servizi di tipo AIB e HEMS –quanto piuttosto al lavoro aereo– lo stesso può essere utilizzato dai funzionari pubblici ai fini di avere un'idea generale del prezzo/costo di massima di un servizio con impiego di elicotteri monomotore e/o bimotore e utilizzato come documento giustificativo ai fini dell'individuazione dell'importo a base di gara...»*. Sicché non esiste in generale o, comunque, nel contegno delle Parti e nella prassi, una differenza qualitativa decisiva tra i termini, meramente evocativi ma non dirimenti, di "trasporto personale" e di "trasporto passeggeri" ai fini dell'esatta valutazione dell'"intesa Prezzario". Nella stessa sede, l'AEI precisò che *«... le voci dei costi fissi della macchina e dei piloti sono certi e omogenei per tutte le... tipologie di servizi elicotteristici... e si caratterizzano per le medesime componenti di costo (... costo piloti, costi di assicurazione, costo di ammortamento, spese di gestione, etc.) che si differenziano principalmente in ragione dello specifico modello di elicottero. I costi variabili dipendono dal numero di minuti/ore volate ma anch'esse si compongono delle stesse voci di costo per tutti i descritti servizi (ad esempio, costi carburante, consumo al minuto, accantonamento per manutenzione o riparazione, etc.)...»*. Già queste cose inducono

a dubitare dell'assunto attoreo per cui il prezzario non si sarebbe punto applicato ai servizi svolti dall'appellante e, a più forte ragione, tal assunto diviene sempre meno plausibile a fronte delle richieste di essa ad aggiornare un prezzario relativo a servizi, a suo dire, non corrispondenti all'oggetto della sua attività d'impresa.

Che poi tal intesa sia stata efficace o convincente, in ogni caso e per tutti i possibili destinatari, poco importa, giacché si trattò d'un illecito per oggetto e non di risultato.

Infatti, ha ragione il TAR a disattendere ogni ricostruzione alternativa alla definizione del prezzario come intesa orizzontale sui prezzi. Essa per vero si basò «... *sulla presenza di elementi indiziari, primo fra tutti il dato oggettivo della costante, e protratta nel tempo, fissazione ex ante di prezzi concordati per i servizi elicotteristici, la loro pubblicizzazione e la loro messa a disposizione degli utilizzatori pubblici e privati, da cui è possibile trarre la ragionevole conclusione che la sua finalità fosse... quella di condizionare il mercato di tali servizi, ... compresi i servizi HEMS, con gravi effetti anticompetitivi ...*». Anzi, talune forme di coordinamento tra imprese possono esser repute, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del mercato, come appunto accade con la fissazione orizzontale dei prezzi da parte dei cartelli. Quindi e sulla base dell'esperienza, in tali casi la probabilità di effetti negativi è così alta da render inutile, ai fini dell'applicazione dell'art. 101 TFUE, accertarne i concreti effetti sul mercato (cfr. così Cons. St., VI, 19 dicembre 2019 n. 8585, *Gare ossigenoterapia e ventiloterapia*; id., 14 ottobre 2019 n. 6985, *Aumento prezzi cemento*; id., 13 febbraio 2019 n. 1025, *Servizi post-produzione di programmi televisivi RAI*).

Non pare perspicuo il pur giusto richiamo attoreo alla ragionevole prudenza nell'interpretazione dei casi di intese restrittive nella più recente giurisprudenza della CGUE, in virtù della quale, «... *per giustificare la qualifica di un accordo come restrizione «per oggetto» della concorrenza..., deve esistere un'esperienza sufficientemente solida e affidabile affinché si possa ritenere che tale accordo sia, per sua stessa natura, dannoso per il buon funzionamento del gioco della concorrenza*

...» (cfr. CGUE, 2 aprile 2020, C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal*). Non è chiaro chi altri mai, se non il regolatore, dovrebbe coltivare tal esperienza: per quanto non immune da errori, l'Autorità è, per definizione istituzionale, il soggetto pubblico, nell'esaminare il comportamento delle imprese e nell'esclusivo interesse del diritto UE della concorrenza, il quale ha il compito di definire lecito o restrittivo un accordo tra imprese sul livello dei prezzi da praticare sul mercato relativo. Furono l'appellante ed i suoi sodali (che teoricamente sarebbero dovuti esser tra loro concorrenti) a fissare, nell'ambito della loro associazione ed aggiornandolo di volta in volta, un livello dei prezzi-base per l'uso degli elicotteri dal quale, in varia guisa, essi non avrebbero inteso deflettere e di questo trattò l'Autorità nel Provvedimento impugnato. Il TAR, prima ed il Collegio, adesso, si son sforzati di dar contezza, sulla scorta dei documenti, o l'inutilità in sé del listino o, come pare alla luce di indizi gravi, precisi e, soprattutto, concordanti, l'illiceità dello stesso, *tertium non datur*. Il contesto economico-giuridico di tal accordo, nella sua apparente complessità, fu molto chiaro e basilico: indicare i prezzi-base per l'uso dell'elicottero, indipendentemente dal tipo giuridico-formale dei vari servizi identificabili nella prassi commerciale e nella rispettiva regolamentazione. Il prezzario fu la base e servì agli operatori per capire quanto ciascun tipo o modello d'elicottero sarebbe costato al cliente, tutto il resto sarebbe stato una mera aggiunta a seconda del tipo di servizio richiesto: l'utilità del listino a tal scopo fu indubbia, l'intesa restrittiva, tipica dei listini a prezzi fissi, pure.

8) – Lamenta l'appellante che una condotta che ha tentato d'influenzare le stazioni appaltanti non costituisce una restrizione "per oggetto", poiché l'idoneità di essa a limitare effettivamente la concorrenza sarebbe dipesa interamente dalla volontà della P.A. interessata di tener conto delle indicazioni di prezzo contenute nel listino.

Ma tal argomento è solo suggestivo, in quanto vengono in considerazione un insieme di condotte, poste in essere dalle imprese associate e dall'AIE, le quali

sono unificate da un unico disegno anticoncorrenziale, consistente nel fornire ai privati e alle Amministrazioni un'indicazione relativa alle voci di costo per i principali modelli di elicotteri, in apparenza neutro (se tale si può dire detto listino, che per definizione è già contrario alla concorrenza tra i prezzi), in realtà per condizionare la fissazione dei relativi prezzi dei servizi offerti dagli stessi operatori, compresi AIB e HEMS.

Per vero, le dichiarazioni della società Eliossola, anch'essa sanzionata dall'Autorità ed associata AEI sino al 2015, assumono una forte rilevanza quando descrivono come le Amministrazioni e le stazioni appaltanti richiedessero il prezzario proprio per avere parametri di riferimento ai fini della fissazione delle basi d'asta per gli appalti AIB e HEMS. In altri termini e indipendentemente se esse ne furono davvero condizionate, Amministrazioni e stazioni appaltanti furono però consapevoli, per un verso, di qual fosse in un dato tempo il prezzo di riferimento orario (o, il che è in pratica lo stesso, a minutaggio) che sarebbe stato chiesto loro per l'uso degli aeromobili. Per altro verso, così la committenza pubblica ebbe contezza di come l'adeguamento delle imprese AEI a tale prezzario non avrebbe permesso loro di spuntare ribassi su tali prezzi, qualunque fosse il servizio appaltando. Invero, 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 prezzario e ritiene quindi che sia importante averlo aggiornato. Tutti i consiglieri concordano e pertanto si decide di aggiornarlo con i nuovi modelli e mantenere le tariffe anche per il 2017...*»; b) la lettera del 19 novembre 2011, inviata dal responsabile AIB della Regione Sicilia alla AEI per avere un'"indagine conoscitiva di mercato", nella quale fu descritto il servizio AIB richiesto e si domandò ad AEI «... *di far pervenire, in pari modalità, il prezzo di listino relativo alle prestazioni del servizio in oggetto...*».

Già alla luce di tali emergenze l'intesa risulta correttamente qualificata come restrittiva della concorrenza per oggetto, trattandosi di una concertazione sui prezzi: al riguardo, è fermo avviso della Sezione che, per intese di prezzo anticoncorrenziali per oggetto, debbano intendersi non solo gli accordi che fissano i prezzi a livelli esattamente definiti o al di sotto dei quali le imprese s'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 (cfr. Cons. St., n. 1025/2019).

Anzi, più volte la Sezione ha ritenuto che fossero 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 (cfr. Cons. St., VI, n. 238 del 2015; cfr. pure CGUE, 18 luglio 2013, C-136/12) ed anche «...nell'ipotesi in cui richiamino a giustificazione della propria condotta la dignità della professione o la qualità della prestazione...» (cfr. Cons. St., VI, nn. 8588 e 8591 del 2019, cit.), donde l'inutilità d'investire sul punto la Corte di giustizia UE. Infatti, vale il principio per cui «... l'effettiva sussistenza di un confronto con la committenza, anche se improntato alla trasparenza dei dati, non toglie che la massiccia diffusione di dati strategici possa influenzare il comportamento di prezzo delle singole imprese, alterando il libero confronto concorrenziale...» (cfr. Cons. St., VI, n. 1025/2019, cit.).

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

Anzitutto, il TAR ha ben motivato in ordine alla qualificazione dell'"intesa Prezziario" qual illecito permanente, che non si esaurisce in un lasso di tempo dato, onde la prescrizione inizia a decorrere solo quando v'è la cessazione (2017) dell'infrazione complessivamente considerata (Cons. St., VI, 11 luglio 2019 n. 4874). È noto che, pur quando s'inverni nella pubblicazione di listini-prezzi via via aggiornati senza soluzione di continuità, l'illiceità d'una condotta anticoncorrenziale per oggetto non si esaurisce al momento della conclusione dell'accordo, ma perdura per tutto il tempo in cui le imprese

colluse applichino tali prezzi. Nella specie, come ha chiarito l'Autorità, l'intesa accertata si sostanziò in una condotta continuativa volta alla prolungata e periodica approvazione e successiva pubblicazione, pure con invii a terzi, senza soluzione di continuità, del prezzario. Pertanto, non è possibile frazionare, come vorrebbe l'appellante, la fattispecie unica e complessa di tal intesa, in relazione alla quale la sanzione in concreto irrogata dall'Autorità risulta congrua e proporzionata in relazione alla natura dell'illecito ed alla condotta di tal impresa, fermo restando che, appunto, per questo, deve in ogni caso essere assicurata l'efficacia deterrente sanzione. La permanenza di detto illecito, in tal contesto, è venuta meno solo nell'agosto del 2017, quando, cioè, la stessa AEI, ai fini della cessazione della condotta contestata, reputò opportuno ritirare il listino prezzi dalla Camera di Commercio di Milano al fine di non renderlo più pubblicamente accessibile (arg. ex §§ 422 e 423 del Provvedimento).

Quanto alla durata ed agli effetti dell'intesa valgono le considerazioni già svolte dianzi, escludendo il Collegio che possano incidere in senso diminutivo, nella determinazione della sanzione, i dati e le considerazioni citate dall'appellante, rielatisi o erronei o non veritieri, se non del tutto irrilevanti.

Del pari, da rigettare è ogni questione attorea sulla gravità dell'illecito, giacché si verificò nel caso in esame infrazioni anticoncorrenziali connotate da una pluralità di condotte illecite riconducibili in realtà ad un unico disegno, ossia la persistenza d'una stessa strategia applicata e ripetuta nel tempo, idonea ad alterare la concorrenza nel mercato interessato. In particolare, ove l'infrazione sia unica, come nel caso di specie, risulta preclusa la configurabilità di distinti comportamenti costitutivi di diverse infrazioni e, soprattutto, un unico grave illecito. La ragione è evidente e ben l'ha spiegata il Giudice di prime cure, laddove sottolinea l'uso "distorto" del prezzario, al fine sia d'irrigidire che di aumentare i prezzi. Il Collegio condivide tal impostazione, poiché tal uso distorto fa diventare detto listino, «... *a causa della previa concertazione collusiva tra le parti, il mezzo con cui mantenere artificiosamente alto il livello dei prezzi...*».

Né basta: si duole l'appellante che l'intesa anticoncorrenziale, poiché non segreta, avrebbe dovuto suggerire una sanzione ben inferiore a quella del 10% del fatturato, in concreto irrogata. Reputa il Collegio che l'aver mantenuto *palam et aperte* un'intesa restrittiva è sintomo o d'impunità o di non comprensione che l'uso distorto, strumentale ed anti-competitivo del listino è e resta tale anche se non lo si nasconde. Invero, 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. Dal che la correttezza e l'assenza d'irragionevole sproporzione nella misura di sanzione pecuniaria in concreto irrogata.

Manifestamente infondato, se non pretestuoso è l'ottavo motivo, concernente la composizione della Autorità a due soli membri, in sé illegittima per molteplici motivi. Su tutte le questioni e sui dati di fatto acquisiti dall'Autorità in esecuzione dell'ordinanza istruttoria n. 1742/2021, vale quanto la Sezione ha già detto sul parallelo appello di -OMISSIS- con la sentenza n. 5058/2021. In questa sede, basta rammentare, per ripudiare ogni diverso avviso dell'appellante, il principio di diritto colà affermato, ossia. A) il collegio perfetto è un modello necessario soltanto per gli organi collegiali giurisdizionali, mentre per quelli amministrativi può essere previsto un *quorum* strutturale inferiore al *plenum* del collegio in relazione alla peculiarità della disciplina da dettare (cfr. Cons. St., ad. plen., 12 dicembre 2018 n. 17); B) l'art. 23, co. 1 del DL 201/2011 ridusse sì il numero dei componenti dell'AGCM a tre, ma stabilì al contempo che «... ove il numero dei componenti, incluso il Presidente, risulti pari, ai fini delle deliberazioni, in caso di parità, il voto del Presidente vale doppio...», tenendo in debito conto dei compiti delicati della stessa ANR pure per la tenuta del diritto euro-unitario della concorrenza, onde il legislatore del 2011, lungi dall'aver tralasciato la buona funzionalità dell'AGCM pur in assenza d'uno dei suoi componenti per qualunque ragione, non parla delle cause per cui tal numero risulti pari, ma constata

semplicemente che, ove si verifichi detta parità e quand'anche tal vicenda coinvolga l'impedimento del Presidente, un tal *impasse* si risolve mercé il valore doppio del voto di questi o di chi ne fa le veci; C) la disciplina posta dall'art. 10 della l. 287/1990 e dal Regolamento sul funzionamento di AGCM non qualifica espressamente l'organo deliberante come un collegio perfetto, né prevede la nomina di supplenti o, quel che più rileva agli occhi del Collegio, l'invalidità delle deliberazioni dell'organo collegiale assunte in assenza di uno dei componenti, tant'è che, in caso di assenza o di impedimento del Presidente, le di lui funzioni sono temporaneamente assunte dal Componente con maggiore anzianità nell'ufficio o, in caso di pari anzianità, dal più anziano di età, fermo il quorum funzionale minimo a due membri; D) – tali regole rispondono ad un requisito d'evidente ragionevolezza, che esclude ogni disfunzione operativa dell'Autorità, quella sì, qualora si seguisse la tesi attorea con le sue implicazioni, causa di evidente illegittimità costituzionale e non il contrario.

10. – In definitiva, l'appello va in parte accolto, nei limiti fin qui esaminati. Tutte le questioni testé vagliate esauriscono la vicenda sottoposta all'esame della Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c. e gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati ritenuti dal Collegio non rilevanti ai fini della decisione e, comunque, inidonei a supportare una conclusione di segno diverso.

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

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato (sez. VI), definitivamente pronunciando sull'appello (ricorso NRG 5834/2020 in epigrafe), lo accoglie in parte e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado nei soli sensi di cui in motivazione e con salvezza dell'ulteriore attività di riesame da parte dell'Autorità.

Spese del grado compensate.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità delle parti.

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

Sergio Santoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE
Silvestro Maria Russo

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.