



Cartello con finalità di manipolazione di una procedura di gara. La Corte di Giustizia precisa la durata del periodo dell'infrazione, che cessa con la conclusione del contratto con la stazione appaltante



19/02/2021



DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, PRODOTTI E ATTREZZATURE INDUSTRIALI, CONTENZIOSO

Roberto A. Jacchia
Marco Stillo

In data 14 gennaio 2021, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata nella Causa C-450/19, *Kilpailu- ja kuluttajavirasto*, sull'interpretazione dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). Tale domanda era stata presentata nell'ambito di un procedimento avviato dalla *Kilpailu- ja Kuluttajavirasto* (Autorità finlandese garante della concorrenza e dei consumatori; "ANC") in merito alla legittimità della decisione del *markkinaoikeus* (Tribunale degli affari

economici) di respingere la sua proposta di condannare in solido l'*Eltel Group Oy* e l'*Eltel Networks Oy* ("Eltel") ad un'ammenda per una violazione del diritto della concorrenza finlandese ed europeo mediante un cartello di coordinamento delle offerte in una procedura di evidenza pubblica.

In data 4 giugno 2007, l'Eltel aveva depositato la sua offerta per il bando indetto dalla *Fingrid Oyj* ("Fingrid") in merito ai lavori di costruzione di una linea di trasmissione di energia elettrica ad alta tensione (400 kV) tra le imprese *Keminmaa* e *Petäjäskoski*. Dopo aver



vinto l'appalto, l'Eltel e la Fingrid avevano firmato il contratto relativo ai lavori, la cui ultima rata era stata versata all'Eltel il 7 gennaio 2010. In data 31 gennaio 2013, l'*Empower Oy* ("Empower") aveva presentato presso all'ANC una domanda di clemenza, sulla base della quale era stata avviata un'indagine su una possibile intesa anticoncorrenziale tra tale società e l'Eltel. L'indagine si era conclusa con la decisione del 31 ottobre 2014 di condannare quest'ultima ad un'ammenda pari a circa 35 milioni di euro per aver violato l'articolo 4 della legge sulla concorrenza finlandese, nonché l'articolo 101 TFUE, avendo concordato con Empower i prezzi, i margini e la ripartizione dei mercati di progettazione e di costruzione di linee di trasmissione di energia elettrica in Finlandia.

In data 30 marzo 2016, tuttavia, il Tribunale degli affari economici aveva respinto la proposta di ammenda, ritenendo che l'Eltel avesse cessato di partecipare alla condotta prima del 31 ottobre 2009 e che, pertanto, l'infrazione a lei relativa si fosse prescritta, con calcolo del termine di prescrizione a partire dal momento in cui la proposta di sanzione era stata presentata dall'ANC¹. Quest'ultima aveva adito il *Korkein hallinto-oikeus* (Corte amministrativa suprema finlandese; "giudice del rinvio") che, alla luce della necessità di interpretare la normativa europea rilevante in materia, aveva deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte di Giustizia in quale momento debba ritenersi che venga meno la partecipazione di un'impresa ad una violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, consistente nella presentazione di un'offerta concordata con i propri

concorrenti ad una gara d'appalto, qualora tale impresa abbia vinto la gara ed abbia concluso con l'amministrazione aggiudicatrice un contratto di lavori la cui esecuzione e il cui pagamento del prezzo sono scaglionati nel tempo.

La Corte ha preliminarmente ricordato che, mentre per l'esistenza di un "accordo" ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, è sufficiente che le imprese di cui trattasi abbiano espresso la loro volontà comune di comportarsi sul mercato in un determinato modo², la nozione di "pratica concordata" corrisponde ad una forma di coordinamento che, senza consistere nell'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce scientemente una collaborazione pratica tra di loro ai rischi della concorrenza³. L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, inoltre, osta a che fra gli operatori economici abbiano luogo contatti diretti o indiretti di qualsiasi genere che possano influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente, attuale o potenziale, o rivelare a quest'ultimo la condotta che essi hanno deciso o intendono seguire sul mercato, allorquando tali contatti abbiano quale scopo o effetto una restrizione della concorrenza⁴. La nozione di "infrazione unica e continuata", infine, presuppone l'esistenza di un piano d'insieme, nel quale si iscrivono diversi atti, in considerazione del loro identico oggetto di distorsione del gioco della concorrenza nel mercato interno, e ciò, indipendentemente dal fatto che uno o più di essi possano anche costituire, di per sé e considerati isolatamente, una violazione dell'articolo 101 TFUE⁵.

¹ Ai sensi dell'articolo 22 della *kilpailunrajoituksista annettu laki 480/1992* (legge 480/1992 sulle restrizioni di concorrenza) un'ammenda per violazione dell'articolo 4 di tale legge o dell'articolo 101 TFUE non può essere irrogata, in particolare, se la proposta in tal senso al Tribunale degli affari economici non viene presentata entro cinque anni dal momento in cui la restrizione della concorrenza è cessata o l'ANC ha avuto conoscenza di tale restrizione.

² CGUE 29.10.1980, Cause riunite da 209/78 a 215/78 e 218/78, *van Landewyck e a./Commissione*, punto 86; CGUE 15.07.1970, Causa 41/69, *ACF Chemiefarma/Commissione*, punto 112.

³ CGUE 26.01.2017, Causa C-609/13 P, *Duravit e a./Commissione*, punto 70.

⁴ *Ibidem*, punto 72.

⁵ CGUE 22.10.2020, Causa C-702/19 P, *Silver Plastics e Johannes Reifenhäuser/Commissione*, punto 81.

Nel caso di specie, i comportamenti delle imprese interessate consistevano nella tenuta di incontri tra i rispettivi rappresentanti, durante i quali costoro discutevano e talvolta mettevano a punto congiuntamente stime e tabelle relative a future procedure ad evidenza pubblica per la costruzione di linee di trasmissione di energia elettrica, sui loro prezzi, sui margini realizzabili e sulla ripartizione delle gare d'appalto, nonché nella presentazione di offerte concordate. Tali comportamenti erano stati qualificati dall'ANC come infrazione unica e continuata all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, il cui ultimo elemento costitutivo consisteva nel fatto che, prima della presentazione delle offerte nell'ambito della gara relativa alla costruzione della linea ad alta tensione controversa, l'Eltel si era accordata con la sua concorrente Empower sul prezzo delle rispettive offerte, che erano state successivamente depositate portando alla aggiudicazione dell'opera all'Eltel. L'offerta di quest'ultima era rimasta in vigore fino al 19 giugno 2007, data in cui era stato in effetti concluso il contratto tra l'Eltel e la Fingrid al prezzo ivi indicato.

La Corte ha inoltre ricordato che, nel caso di accordi illeciti che hanno cessato di essere in vigore, è sufficiente, affinché si applichi l'articolo 101 TFUE, che essi producano i loro effetti oltre la data della loro formale cessazione; di talché, la durata del periodo di infrazione può essere valutata in funzione di quello durante il quale le imprese incriminate avevano posto in essere il comportamento vietato⁶. In questa prospettiva, la durata della partecipazione dell'Eltel all'infrazione all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE copre tutto il periodo durante il quale tale impresa aveva dato esecuzione all'accordo anticoncorrenziale concluso con i propri concorrenti, corrispondente a quello durante il quale l'offerta presentava era vincolante o poteva essere trasformata in un contratto definitivo con la Fingrid.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'ANC finlandese, tuttavia, non si può ritenere che la partecipazione dell'Eltel all'infrazione coprisse un periodo protrattosi oltre la data di definitiva determinazione delle condizioni dell'appalto e, in particolare, quella della fissazione del prezzo complessivo dei lavori. L'obiettivo perseguito dalle norme europee di concorrenza, infatti, impone di considerare che un'infrazione all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE dura per tutto il tempo in cui persiste la restrizione della concorrenza risultante dal comportamento di che trattasi. Più particolarmente, per quanto riguarda la manipolazione di una procedura di gara consistente in un accordo tra i concorrenti sul prezzo offerto, gli effetti dell'intesa restrittiva della concorrenza cessano al più tardi nel momento in cui le caratteristiche essenziali dell'appalto, ed in particolare il suo prezzo, vengono determinati in via definitiva mediante la conclusione del contratto con la stazione appaltante, poiché è in tal momento che essa viene privata della possibilità di ottenere i beni, i lavori o i servizi appaltati alle (diverse) condizioni normali del mercato. Di talché, spetterà al giudice del rinvio verificare la data in cui le caratteristiche essenziali dell'appalto, ed in particolare il corrispettivo dei lavori, siano state definitivamente determinate.

Alla luce di quanto precede, la Corte ha pertanto statuito che:

“L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che, quando un'impresa che si presume abbia partecipato a un'infrazione unica e continuata a tale disposizione, il cui ultimo elemento costitutivo sarebbe consistito nella presentazione di offerte concordate con i suoi concorrenti a una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori, ha vinto la gara e ha stipulato con l'amministrazione aggiudicatrice un contratto di lavori che determina le caratteristiche essenziali dell'appalto e, in particolare, il prezzo complessivo da pagare come corrispettivo di detti lavori,

⁶ CGUE 30.05.2013, Causa C-70/12 P, *Quinn Barlo e a./Commissione*, punto 40.

la cui esecuzione e pagamento del prezzo sono scaglionati nel tempo, il periodo dell'infrazione corrisponde a quello che va fino alla data della firma del contratto stipulato tra detta impresa e l'amministrazione aggiudicatrice sulla base dell'offerta concordata che

quest'ultima aveva presentato. Spetta al giudice del rinvio verificare la data in cui le caratteristiche essenziali dell'appalto controverso, e in particolare il prezzo complessivo da pagare come corrispettivo dei lavori, siano stati definitivamente determinati".



Roberto A. Jacchia

PARTNER



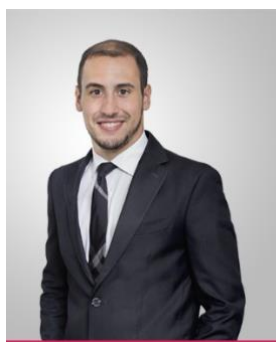
r.jacchia@dejalex.com



+39 02 72554.1



Via San Paolo 7
20121 - Milano



Marco Stillo

ASSOCIATE



m.stillo@dejalex.com



+32 (0)26455670



Chaussée de La Hulpe 187
1170 - Bruxelles

MILANO

Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA

Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES

Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW

Ulitsa Bolshaya Ordynka 37/4 · 119017, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com

