



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
G. PITRUZZELLA
представено на 10 септември 2020 година¹

Дело C-450/19

Kilpailu- ja kuluttajavirasto
в присъствието на:
Eltel Group Oy,
Eltel Networks Oy

(Преюдициално запитване, отправено от Korkein hallinto-oikeus (Финландия))

„Преюдициално запитване — Определяне на продължителността на нарушение на конкуренцията — Критерии — Картели, чиито последици продължават след формалното им прекратяване — Условия — Определяне на икономическите последици от антиконкурентното поведение — Завършване на строителните работи няколко години след сключване на договора за обществена поръчка — Парични трансове, изплатени след завършване на строителните работи“

1. Когато едно твърдяно нарушение на член 101 ДФЕС е под формата на координиране при подаване на оферти във връзка с покана за представяне на оферти за изпълнение на строителни работи, как следва да бъде преценявана датата, когато е приключило посоченото координиране? Може ли то да приключи преди края на въпросните строителни работи или преди последното плащане за тях? По същество това е смисълът на настоящото преюдициално запитване.

I. Правна уредба

A. Регламент № 1/2003

2. Член 25 от Регламент (ЕО) № 1/2003 на Съвета от 16 декември 2002 година относно изпълнението на правилата за конкуренция, предвидени в членове 81 и 82 от Договора², е със следния текст:

„1) Правомощията, предоставени на Комисията с членове 23 и 24, подлежат на следните давностни срокове:

- а) три години за нарушения на разпоредбите, свързани с искания за информация или с извършване на проверки;
- б) пет години за всички останали нарушения.

¹ Език на оригиналния текст: френски.

² ОВ L 1, 2003 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 167.

2) Давностният срок започва да тече от деня, в който е извършено нарушението. Въпреки това, в случай на продължени или [продължавани] нарушения, давностният срок започва да тече в деня, в който нарушението е [преустановено].

3) Всяко действие, предприето от Комисията или от органа по конкуренция на държава членка с цел извършване на проучване или производство във връзка с нарушение, прекъсва давността за налагане на глоби или периодични [имуществени санкции]. Давността се прекъсва ефективно от датата, на която за предприетите действия е уведомено поне едно от предприятията или сдруженията на предприятията, които са участвали в нарушението. Действия, с които се прекъсва давността, включват по-специално следното:

- a) писмени искания за информация, изпратени от Комисията или от органа по конкуренция на държава членка;
- б) писмени пълномощни за извършване на проверки, издадени от Комисията на нейни длъжностни лица или от органа по конкуренция на държава членка;
- в) образуване на производство от Комисията или от органа по конкуренция на държава членка;
- г) нотифициране за предявените възражения на Комисията или на органа по конкуренция на държава членка.

4) Прекъсването на давността се прилага за всички предприятия или сдружения на предприятията, които са участвали в нарушението.

5) С всяко прекъсване започва да тече нов давностен срок. Въпреки това давностният срок изтича най-късно в деня, в който изтича период, [...] два пъти [по-дълъг от] давностния срок, без Комисията да е наложила [глоба] или периодична [имуществена санкция]. Този период се удължава със срока, през който давността е спряна по реда на параграф 6.

6) Давността за налагане на глоби или периодични [имуществени санкции] спира да тече през времето, през което решението на Комисията е предмет на производство, образувано пред Съда на Европейските общности“.

Б. Финландското право

3. Член 1 от Kilpailunrajoituslaki (Закон за ограниченията на конкуренцията) гласи, че „[р]азпоредбите на членове 81 и 82 от [Договора за ЕО] се прилагат, когато ограничение на конкуренцията може да окаже въздействие върху търговията между държавите членки“.

4. Член 4 от същия закон е със следния текст:

„Забраняват се всички споразумения между търговци, решения на сдружения на търговци и съгласувани практики на търговци, които имат за своя цел или резултат предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията в значителна степен.

Забраняват се в частност споразуменията, решенията и практиките, които:

- 1) пряко или косвено определят покупни или продажни цени или други условия на търговията;
- 2) ограничават или контролират производството, пазарите, технологичното развитие или инвестициите

- 3) осъществяват подялба на пазари или на доставчици,
 - 4) прилагат различни условия по отношение на еквивалентни сделки с други търговски партньори, като по този начин ги поставят в неблагоприятна конкурентна позиция; или
 - 5) поставят сключването на договорите в зависимост от приемането на допълнителни задължения, които по своя характер или в съответствие с търговската практика нямат връзка с предмета на тези договори“.
5. Член 22 от закона за ограниченията на конкуренцията гласи, че „за нарушение на член 4 от този закон или на членове 81 или 82 от Договора за ЕО не може да бъде наложена глоба, ако в съда по икономически дела не е било внесено предложение за налагането ѝ в петгодишен срок, считано от преустановяването на ограничението на конкуренцията или от датата, на която това ограничение на конкуренцията е станало известно на органа“.

II. Спорът в главното производство и преюдициалният въпрос

6. Предприятието Fingrid Oyj е основният клиент на строителни работи за съоръжения за пренос на електроенергия във Финландия. То притежава електропреносната мрежа високо напрежение в тази държава и отговаря за нейното развитие. На 16 април 2007 г. то публикува покана за представяне на оферти за строителни работи за изграждането на 400 kV електропровод Keminmaa-Petäjäskoski. Срокът за подаване на офертите е 5 юни 2007 г., а завършването на строителните работи е определено за 12 ноември 2009 г.

7. На 4 юни 2007 г. финландското предприятие Eltel Networks Oy подава офертата, която печели поръчката. В офертата е посочено, че срокът за завършване на проекта и предаването му на клиента е 12 ноември 2009 г. От решението на Kilpailu- ja kuluttajavirasto (орган по въпросите на конкуренцията и потребителите, наричан по-нататък „органът по конкуренция“) се установява, че според този орган тази оферта е подадена след предварително съгласуване с друго предприятие³, участник в предполагаемия забранен картел. Договорът за строителство е подписан между Eltel Networks и Fingrid на 19 юни 2007 г. Обектът е завършен на 12 ноември 2009 г. Последният транш от цената е платен на 7 януари 2010 г.

8. С решение от 31 октомври 2014 г. органът по конкуренция подава според изискванията на финландското право пред Markkinaoikeus (Съд по икономически дела, Финландия) предложение за глоба в размер на 35 000 000 EUR, която иска да наложи солидарно на Eltel Networks и Eltel Group Oy (наричани по-нататък заедно „Eltel“) заради тяхното предполагаемо участие в забранен картел⁴. Според решението на органа по конкуренция посоченият картел започнал да действа не по-късно от октомври 2004 г. и действал непрекъснато поне до март 2011 г. По този начин Eltel нарушило член 4 от Закона за ограниченията на конкуренцията и член 101 ДФЕС, като съгласувало с друго предприятие цените, печалбите и разпределението на обществените поръчки за проектиране и строителство на електропроводи във Финландия.

3 През 2013 г. въпросното друго предприятие подава искане за освобождаване от санкции пред органа по конкуренция, което кара посочения орган да разследва картела. На 31 октомври 2014 г. органът по конкуренция освобождава това друго предприятие от всякакви санкции.

4 В това отношение следва да се уточни, че от преписката се установява, че наличието на забранен картел между Eltel и другото предприятие, участник в твърдения картел, все пак не е окончателно прието за доказано от правна гледна точка. Eltel поддържа както пред запитващата юрисдикция, така и пред Съда, че в своето решение от 31 октомври 2014 г. органът по конкуренция не е доказал в достатъчна степен наличието на такъв картел. От своя страна Markkinaoikeus (Съд по икономически дела) приема, че картелът се е отнасял единствено до проектирането на електропровода, обект на обществената поръчка, за разлика от това, което, изглежда, считат органът по конкуренция и запитващата юрисдикция. Тъй като не Съдът е този, който трябва да определи дали такъв картел действително е съществувал или не, и какъв е бил евентуалният му обхват, всяко позоваване в това заключение на картел, в който е участвало Eltel, следва да се разбира като позоваване на забранен картел, който е само предполагаем.

9. На 30 март 2016 г. Markkinaoikeus (Съд по икономически дела) отхвърля предложението за глоба на органа по конкуренция. Според него Eltel е преустановило участието си в твърдяното ограничение на конкуренцията преди 31 октомври 2009 г., а органът по конкуренция не е представил доказателства, че нарушението е продължило след тази дата. Съгласно член 22 от Закона за ограниченията на конкуренцията, предложението за глоба трябва да бъде подадено от органа по конкуренция в търговския съд в петгодишен срок, считано от преустановяване на ограничението на конкуренцията. Според Markkinaoikeus (Съд по икономически дела) предполагаемият картел се отнася до проектирането на въпросния електропровод, но не и до самото строителство. Дейностите по проектирането обаче са приключили през 2007 г.

10. Органът по конкуренция обжалва това решение пред запитващата юрисдикция. По същество поддържа, че споразумението между Eltel и другото предприятие — участник в картела, е сключено преди подаване на офертата на Eltel и се отнася до цените. Това забранено координиране продължило до датата на последното плащане (тоест 7 януари 2010 г.), тъй като дотогава все още действал договорът, с който се прилага незаконното ценообразуване. При условията на евентуалност органът по конкуренция твърди, че следва да бъде взета предвид датата на завършване на строителството (тоест 12 ноември 2009 г.). Икономическите последици от картела по смисъла на практиката на Съда продължили и Fingrid търпяло вреди до тези дати в резултат от платената цена. В особения случай на възлагане на обществени поръчки картелът имал конкретни дългосрочни последици поради разсроченото плащане на цената. Вредоносните последици от картела се разпростирали във всички години, в които се дължало плащане на транш от цената, и всяка година засягали разходите за дейността на пострадалото от картела предприятие и неговите стопански резултати. По-високите разходи, породени от платената вследствие на картела цена, се пренасяли и върху клиентите на оператора на мрежата. Органът по конкуренция твърди, че подавайки на 31 октомври 2014 г. искане за налагане на глоба пред Markkinaoikeus (Съд по икономически дела), е спазил срока по член 22 от Закона за ограниченията на конкуренцията.

11. От своя страна Eltel оспорва анализа в тази посока и по същество твърди, че продължителността на нарушението следва да бъде преценявана в зависимост от периода, през който е продължило неправомерното поведение на предприятията — участници в картела. В случаите на обществени поръчки за строителство давностният срок започвал да тече от датата на подаване на офертата, или в случая, от 4 юни 2007 г. При условията на евентуалност можело да бъде възприета датата на сключване на договора (тоест 19 юни 2007 г.), но след настъпването на тези две събития офертната или договорената цена, плод на картела, вече не оказвала последици върху пазара. Темповете на строителните работи и сроковете за плащане нямали никакво влияние върху конкуренцията на пазара, тъй като не оказвали въздействие върху поисканата цена. Всякакви други тълкувания като предложеното от органа по конкуренция нямали връзка с въпроса за ограничението на конкуренцията, до което е довел картелът, и били в противоречие с принципа на правна сигурност. Следователно предложението за глоба било подадено от органа по конкуренция пред Markkinaoikeus (Съд по икономически дела) след изтичане на срока.

12. От своя страна запитващата юрисдикция изхожда от обстоятелството, че спечелената от Eltel поръчка се отнася до строителството на електропровод. В този специфичен контекст тя се пита докога може да се счита, че предполагаемата съгласувана оферта и произтичащото от нея незаконно ценообразуване имат икономически последици. Според националната съдебна практика петгодишният срок, определен в член 22 от Закона за ограниченията на конкуренцията, започва да тече от деня, когато е приключило последното действие, свързано с нарушението. Тя се пита по какъв начин да прецени това в случай, при който участник в картел сключва с външно за този картел лице съответстващ на договореното в рамките на картела договор за обществена поръчка за строителство, при който строителните работи приключват

няколко години след сключване на въпросния договор за обществена поръчка за строителство и при който плащанията, дължими на основание на този договор, са правени и след завършване на обекта. Тя изтъква, че практиката на Съда не дава разрешение, което да се приеме за очевидно.

13. От една страна, в своето решение *Quinn Barlo* и др./Комисия (наричано по-нататък „решението *Quinn Barlo*“) ⁵ Съдът приел, че икономическите последици от дадено ограничение на конкуренцията могат да продължават до края на периода, през който са действали незаконните цени, и че при преценката за продължителността на нарушението може да бъде взет предвид периодът, през който са действали съгласуваните цени ⁶. Ето защо била важна не толкова правната форма на антиконкурентното поведение, колкото икономическите последици от него. Ако бъдело прието, че тези последици могат да продължат дори и след формалното преустановяване на сложно продължено нарушение и че те трябва да бъдат взети предвид при изчисляване на продължителността на нарушението, поддържаната от органа по конкуренция теза можела да бъде възприета. Въпреки това запитващата юрисдикция отбелязва, че ограничението на конкуренцията, за което се отнася решението *Quinn Barlo* ⁷, е от съвсем различно естество в сравнение с това в главното производство.

14. От друга страна, в своето решение *EMI Records* ⁸ Съдът постановил, че в случаите на картели, които са прекратили действието си, за да бъде установена продължителността на нарушението, е достатъчно последиците от посочените картели да продължат след тяхното формално прекратяване, например ако от поведението на заинтересуваните имплицитно могат да се изведат елементи на съгласуване и координиране, присъщи на картела, и това поведение води до същия резултат като самия картел ⁹. Ако, както твърди *Eltel*, цените, прилагани при поръчките за строителство, и последиците от картела за конкуренцията продължават само до датата на подаване на офертата или дори до подписване на договора, тогава по-скоро трябвало да бъде възприета тезата на *Eltel* и съответно да се приеме, че предложението за глоба е подадено от органа по конкуренция пред *Markkinaoikeus* (съда по икономически дела) извън срока.

15. От друга страна, запитващата юрисдикция изтъква, че въпросът за продължителността на предполагаемото нарушение на конкуренцията не бива да се смесва с въпроса за евентуалните вреди, претърпени от пострадалите от твърдения картел ¹⁰.

16. При тези условия *Korkein hallinto-oikeus* (Върховен административен съд, Финландия) решава да спре производството и с акт, постъпил в секретариата на Съда на 19 юни 2019 г., сезира последния със следния преюдициален въпрос:

„Може ли режимът на конкуренция по член 101 ДФЕС да се тълкува в смисъл, че когато участник в картел е сключил с лице извън картела договор за обществена поръчка за строителство, съответстващ на договореното с картела, поради произтичащите от това икономически последици нарушението на конкуренцията продължава през целия период на изпълнение на договорните задължения по тази обществена поръчка за строителство или на плащане на цената на страните по договора, т.е. до момента на последното плащане за строителните работи или най-малкото до момента на завършването на разглежданите

5 Решение от 30 май 2013 г. (C-70/12 P, непубликувано, EU:C:2013:351).

6 Решение от 30 май 2013 г., *Quinn Barlo* и др./Комисия (C-70/12 P, непубликувано, EU:C:2013:351, т. 40).

7 Решение от 30 май 2013 г. (C-70/12 P, непубликувано, EU:C:2013:351).

8 Решение от 15 юни 1976 г. (51/75, EU:C:1976:85).

9 Тук запитващата юрисдикция се позовава на точки 30 и 31 от решение от 15 юни 1976 г., *EMI Records* (51/75, EU:C:1976:85).

10 По този въпрос запитващата юрисдикция уточнява, че за дата, на която е настъпила вредата (и съответно за начало на давностния срок в областта на обезщетяването за вреди), финландското право приема не датата на плащане на цената, а датата на сключване на договора.

строителни работи; или следва да се приеме, че нарушението на конкуренцията продължава само до момента, в който извършилото нарушението предприятие е представило оферта за съответните строителни работи или е сключило договор за изпълнението на тези строителни работи?“.

III. Производството пред Съда

17. Органът по конкуренция, Eltel, финландското, германското, италианското и латвийското правителство и Европейската комисия са представили писмени становища пред Съда.

18. След решението на втори състав на Съда от 16 април 2020 г. да отмени първоначално предвиденото съдебно заседание, посоченият състав, от една страна, и генералният адвокат, от друга страна, са поканили всички участници в писмената фаза на настоящото преюдициално производство да отговорят писмено на някои въпроси. Органът по конкуренция, Eltel, финландското, италианското и латвийското правителство, както и Комисията са изпратили на Съда отговори на тези въпроси.

IV. Анализ

19. По същество запитващата юрисдикция иска от Съда да установи как се определя краят на едно твърдяно нарушение на член 101, параграф 1 ДФЕС в хипотеза, при която нарушението се изразява в съгласуване между участващите в картела предприятия на офертите, които ще бъдат подадени в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка за проектиране и строителство, която в случая се отнася до изграждането на електропровод. Този въпрос е отправен до Съда в контекста на искане от страна на финландския орган по конкуренция за налагане на глоба на Eltel, като страните в главното производство спорят за датата, на която изтича давността за налагане на глоба.

A. Предварителни бележки

20. Преди да започна анализа на този въпрос, бих желал да представя две групи предварителни бележки, едната от които е свързана с поясняване на националното право, а другата — с децентрализирания характер на прилагането на политиката на Съюза в областта на конкуренцията.

21. Първо, що се отнася до предвиденото от националното право, макар на пръв поглед отправените до Съда преюдициални въпроси да се ползват с широка презумпция за релевантност за разрешаване на спора в главното производство¹¹, от представената на Съда преписка се установява, че член 22 от Закона за ограниченията на конкуренцията предвижда две възможности за начален момент на петгодишната давност, а именно, или краят на нарушението, или моментът, в който органът по конкуренция е узнал за антиконкурентното поведение. Посоченият орган е узнал за това поведение на 31 януари 2013 г. и е подал предложението за глоба на 31 октомври 2014 г. Ако бъде възприет вторият начален момент на давностния срок, предвиден в член 22 от Закона за ограниченията на конкуренцията, биха могли да възникнат съмнения относно необходимостта от отговора на Съда на преюдициалния въпрос за разрешаване на спора в главното производство.

¹¹ Сред изобилната съдебна практика вж. решения от 31 януари 2017 г., Lounani (C-573/14, EU:C:2017:71, т. 56 и цитираната съдебна практика), и от 27 февруари 2020 г., Land Sachsen-Anhalt (Възнаграждение на държавните служители и съдиите) (C-773/18—C-775/18, EU:C:2020:125, т. 28 и цитираната съдебна практика).

22. Тези съмнения обаче са разсеяни от допълнителната информация, получена от Съда в отговор на поставените от него въпроси. Всъщност между Eltel и финландското правителство, изглежда, няма спор, че в случай на едно-единствено продължено нарушение, което вече е преустановено, се прилага само първият начален момент на петгодишната давност — тоест датата на преустановяване на нарушението. Ето защо необходимостта от поставения въпрос за разрешаване на спора в главното производство не поражда повече съмнение.

23. Второ, необходимо е да се отбележи, че в случая е налице децентрализирано прилагане на политиката на Съюза в областта на конкуренцията. На това основание трябва веднага да се изтъкне, че режимът на давността, която се прилага в рамките на водените от националните органи по конкуренция производства, сам по себе си не се съдържа в правото на Съюза.

24. Наистина, глава VII от Регламент № 1/2003 е посветена на давността. Въпреки това въведените от нея правила в тази област се прилагат само за Комисията. В частност, член 25, параграф 1 от този регламент гласи, че по отношение на правомощията за налагане на санкции, *предоставени на Комисията*, се прилага давностен срок от пет години за нарушенията на член 101 ДФЕС. Давностният срок започва да тече от деня, в който е извършено нарушението, а в случай на продължени или продължавани нарушения — от деня, в който нарушението е преустановено¹². От преписката се установява, че националният законодател е избрал да ограничи образуването на производства по искане на органа по конкуренция със същия давностен срок като определения от законодателя на Съюза за Комисията, тоест пет години.

25. Директива (ЕС) 2019/1 на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2018 година за предоставяне на правомощия на органите по конкуренция на държавите членки, за да бъдат по-ефективни в правоприлагането, и за гарантиране на правилното функциониране на вътрешния пазар¹³ не налага срокове, но прогласява принципа, че за ефективното прилагане на член 101 ДФЕС „е необходимо да се предвидят работещи правила“, изразяващи се по-специално в това „националните давностни срокове [...] да спират да текат или да се прекъсват по време на производство пред [националните органи по конкуренция] на друга държава членка или пред Комисията“, без обаче това да възпрепятства държавите членки да поддържат или въвеждат абсолютни давностни срокове, при условие че продължителността на тези абсолютни давностни срокове не прави практически невъзможно или изключително трудно ефективното прилагане на [член 101 ДФЕС]¹⁴. Член 29 от Директива 2019/1 потвърждава тези изисквания. Следователно според вижданията на законодателя на Съюза определянето на националния давностен срок е отговорност на държавите членки и съответно е обхванато от принципа на процесуалната автономия.

26. Трябва обаче да се отбележи, че поставеният въпрос е свързан не толкова с продължителността на давностния срок като такава, колкото с момента, от който този срок започва да тече. Както беше посочено по-горе, Регламент № 1/2003 предвижда този срок да започва да тече от деня, в който нарушението е преустановено. Несъмнено е обаче, че определянето на продължителността на твърдяното нарушение на член 101, параграф 1 ДФЕС попада в обхвата на правото на Съюза.

¹² Вж. член 25, параграф 2 от Регламент № 1/2003.

¹³ ОВ L 11, 2019 г., стр. 3. Следва да се отбележи, че срокът за транспониране на тази директива все още не е изтекъл (вж. член 34, параграф 1 от посочената директива).

¹⁴ Съображение 70 от Директива 2019/1.

Б. За продължителността на нарушението в контекст като този на спора в главното производство

27. За да бъде преценена продължителността на твърдяното нарушение на член 101, параграф 1 ДФЕС в рамките на спора в главното производство, следва да бъдат припомнени неговите основни характеристики. Така посоченото нарушение се е изразявало в координиране между предприятия с оглед на манипулирането на процедури за възлагане на обществени поръчки за строителство. Договорът за обществена поръчка е сключен през същия месец, когато е подадена офертата. Въпреки това строителните работи и плащанията са продължили няколко години: строителството е завършило две години и пет месеца след подаване на офертата и сключване на договора, а последното плащане е извършено две години и седем месеца след настъпването на тези две събития.

1. Продължителността на нарушението в практиката на Съда

28. Въпросът за продължителността на картел често е поставян като такъв пред Съда, тъй като строгостта на санкцията зависи по-специално от продължителността на нарушението и поради това предприятията, които са упрекнати в поведение, нарушаващо член 101, параграф 1 ДФЕС, често развиват доводи във връзка с тази продължителност с цел да я намалят.

29. Както изтъква запитващата юрисдикция, по отношение на картел, който е преустановил действието си, Съдът вече е постановил, че за да се прилага член 101 ДФЕС, е достатъчно икономическите последици от този картел да са продължили след формалното прекратяване на неговото действие¹⁵. По-точно, „счита се, че последиците от картел продължават само ако от поведението на заинтересованите имплицитно се установява наличието на елементи на съгласуване и на координиране, присъщи на картела, и това поведение води до същия резултат като този, към който е насочен картелът“¹⁶.

30. Съдът възпроизвежда тази съдебна практика и я прилага в областта на издателската дейност в решение *Binon*¹⁷, в което съответно приема, че член 101 ДФЕС е приложим и „ако паралелизмът в поведението на издателите продължи да съществува след преустановяване на действието на предходното споразумение и при липса на ново споразумение, [...] [доколкото] режимът на конкуренция, въведен с членове [101 и сл. ДФЕС], се интересува по-скоро от икономическите резултати от споразуменията или всяка сравнима форма на съгласуване или координиране, отколкото от тяхната правна форма“¹⁸. Ето защо трябва да се приеме, че член 101 ДФЕС се прилага, ако съвкупността от разглежданите по това дело споразумения „води на практика до резултат, при който одобряването на пунктовете за продажба на дребно остава на преценката на агенцията или на орган, създаден от нея в рамките на тези споразумения“¹⁹.

31. В по-новото решение *Quinn Barlo и др./Комисия*²⁰ жалбоподателите упрекат Общия съд, че е нарушил общия принцип на презумпцията за невиновност, тъй като е удължил първия период на тяхното участие в картела след датата на втората антиконкурентна среща, макар да е установил, че по време на тази среща, проведена през юни 1998 г., участниците са се споразумели за ценово увеличение през октомври същата година²¹. Съдът приема, че „според

15 Вж. решение от 15 юни 1976 г., *EMI Records* (51/75, EU:C:1976:85, т. 30).

16 Решение от 15 юни 1976 г., *EMI Records* (51/75, EU:C:1976:85, т. 31).

17 Решение от 3 юли 1985 г. (243/83, EU:C:1985:284).

18 Решение от 3 юли 1985 г., *Binon* (243/83, EU:C:1985:284, т. 17).

19 Решение от 3 юли 1985 г., *Binon* (243/83, EU:C:1985:284, т. 18).

20 Решение от 30 май 2013 г., *Quinn Barlo и др./Комисия* (C-70/12 P, непубликувано, EU:C:2013:351).

21 Вж. решение от 30 май 2013 г., *Quinn Barlo и др./Комисия* (C-70/12 P, непубликувано, EU:C:2013:351, т. 32 и 33).

постоянната съдебна практика режимът в областта на конкуренцията, въведен с членове 101 и 102 ДФЕС се интересува по-скоро от икономическите резултати от споразуменията или всяка друга сравнима форма на съгласуване или координиране, отколкото от тяхната правна форма. Следователно, за да бъде приложен член 101 ДФЕС в случаите на картели, които са преустановили своето действие, е достатъчно *техните последици да продължават след формалното прекратяване на контактите за тайно споразумяване*. От това следва, че продължителността на дадено нарушение може да бъде преценена в зависимост от *периода, през който обвинените предприятия са възприели забранено от този член поведение [...]*. С други думи, Общият съд теоретично е можел да констатира наличието на нарушение например през *целия период, през който са действали съгласуваните цени*, което в случая е щяло да доведе до обективно по-неблагоприятен за интересите на жалбоподателите резултат²².

32. Макар трите посочени по-горе съдебни решения да дават някои интересни насоки за моя анализ, необходимо е все пак да се отбележи, че нито едно от тях не е достатъчно само по себе си, за да бъде даден отговор на отправения преюдициален въпрос. Всъщност практиката на Съда, на която запитващата юрисдикция се позовава многократно, следва да бъде поставена в нейния контекст, тоест в контекста на всеки разглеждан там картел, нито един от които не е сравним с контекста на спора в главното производство. Така по дело ЕМІ²³, наличието на елементи на имплицитни съгласуване и координиране е могло да бъде установено. По дело Vinon²⁴ споразумението формално е спряло да действа, но изглежда е продължило да има фактически договорености. Накрая, в решение Quinn Barlo и др./Комисия²⁵, макар Съдът да припомня своята практика в областта на картелите, които са преустановили действието си, но чиито последици са продължили, това е, за да констатира съвсем конкретно, че по време на последната среща за тайно споразумяване е постигнато споразумение за бъдещите цени.

2. Продължителност на нарушението и защитен правен интерес

33. Ето защо, едновременно с необходимостта обхватът на тези три решения да бъде поставен в техния контекст, за разрешаването на настоящия случай следва да се обърне внимание на решение T-Mobile Netherlands и др.²⁶. Така Съдът приема, че „подобно на другите свързани с конкуренцията норми на Договора, член [101 ДФЕС] цели да защити не само преките интереси на конкурентите или на потребителите, но и структурата на пазара и по този начин самата конкуренция. [...] [У]становяването на наличието на антиконкурентна цел на дадена съгласувана практика не може да бъде обвързано с условието за съществуване на пряка връзка между последната и потребителските цени. [...] [Д]адена съгласувана практика има *антиконкурентна цел* по смисъла на член [101, параграф 1 ДФЕС], когато поради своите съдържание и крайна цел и предвид правния и икономически контекст, в който се вписва, тази практика е в състояние конкретно да предотврати, ограничи или наруши конкуренцията в рамките на общия пазар. Не е необходимо нито конкуренцията да е действително предотвратена, ограничена или нарушена, нито да е налице пряка връзка между тази съгласувана практика и потребителските цени. Обменът на сведения между конкуренти преследва антиконкурентна цел, когато може да премахне несигурността по отношение на планираното от съответните предприятия поведение“²⁷.

22 Решение от 30 май 2013 г., Quinn Barlo и др./Комисия (C-70/12 P, непубликувано, EU:C:2013:351, т. 40). Курсивът е мой.

23 Решение от 15 юни 1976 г. (51/75, EU:C:1976:85).

24 Решение от 3 юли 1985 г. (243/83, EU:C:1985:284).

25 Решение от 30 май 2013 г. (C-70/12 P, непубликувано, EU:C:2013:351)

26 Решение от 4 юни 2009 г. (C-8/08, EU:C:2009:343).

27 Решение от 4 юни 2009 г., T-Mobile Netherlands и др. (C-8/08, EU:C:2009:343, т. 38, 39 и 43). Курсивът е мой.

34. По този начин решението T-Mobile Netherlands и др. позволява въпросът за продължителността на нарушението да бъде възприет от друг тъгъл, различен от този в решенията EMI²⁸, Binon²⁹ и Quinn Barlo и др./Комисия³⁰, доколкото един от фундаменталните въпроси, на които е важно да се отговори, за да бъде определена продължителността на нарушението, е въпросът за защитения правен интерес, тоест свободния избор на клиента, възможността да получи най-добрите оферти при възможно най-добрите условия при свободна конкуренция, както подчертава по-специално Комисията в своето писмено становище. Ето защо нарушението съществува, докато тайното споразумение, формално или фактическо, ограничава тази възможност. Следователно преценяването на продължителността на нарушението изисква да бъде оценено въздействието на посоченото нарушение върху защитения правен интерес и следователно, в крайна сметка, точният обхват на картела, който следва да бъде определен от запитващата юрисдикция.

35. При прилагане на изводите от решение T-Mobile Netherlands и др.³¹, ако картелът, описан в преюдициалното запитване, се е отнасял само до обществената поръчка за проектиране и строителство на 400 kV електропровод Keminmaa-Petäjaskoski, антиконкурентната цел на картела е изчезнала най-късно след подписване на договора. Всъщност след подписването му споразумението между предприятията участници в картела вече не би трябвало да продължи да съществува³², поради което не би трябвало и да се счита, че съгласуваните цени, разглеждани като израз на волята на страните в картела да се договорят за цените, които ще се прилагат при бъдещи обществени поръчки, все още „действат“ по смисъла на решение Quinn Barlo и др./Комисия³³. Следователно периодът, през който обвинените предприятия са възприели забранено поведение, също по смисъла на това решение, би бил преустановен с подписването на договора.

36. С уговорката, че запитващата юрисдикция трябва да извърши необходимата проверка, такава констатация би могла да се обясни с оглед на присъщите на всяка поръчка за строителство характеристики, без да се изключва евентуалното съществуване на доказателства за наличието на картел, отнасящ се за разглежданата в главното производство обществена поръчка за строителство и за други бъдещи обществени поръчки за строителство³⁴. Ако бъде прието, че както твърди Eltel, пазарната цена на строителните работи на електропровода Keminmaa-Petäjaskoski е била определена в зависимост от присъщите му характеристики (а именно реализацията на уникален обект, в особена географска зона, в определен срок и посредством конкретно посочен технически способ), според мен не би било възможно да се приеме, че тази цена е имала за пазара, разбираан в този случай в широк смисъл, последици, излизащи извън рамките на договора, в който тя е била определена.

3. Продължителност на нарушението и противоправно намерение

37. Следва обаче да се отбележи, че Съдът разполага с малко информация относно съставните елементи на укоримото неправомерно поведение в спора в главното производство. Той не разполага с информация например за евентуални контакти или срещи за тайно споразумяване, които да са продължили след подписването на договора. От допълнителната информация,

28 Решение от 15 юни 1976 г. (51/75, EU:C:1976:85).

29 Решение от 3 юли 1985 г. (243/83, EU:C:1985:284).

30 Решение от 30 май 2013 г. (C-70/12 P, непубликувано, EU:C:2013:351)

31 Решение от 4 юни 2009 г. (C-8/08, EU:C:2009:343).

32 Това е така, независимо дали се разглежда формално или фактическо споразумение.

33 Решение от 30 май 2013 г. (C-70/12 P, непубликувано, EU:C:2013:351).

34 Все пак от представената на Съда преписка, както и от петгодишния давностен срок, считано от преустановяване на ограничението на конкуренцията (вж. член 22 от Закона за ограниченията на конкуренцията), който се прилага за спора в главното производство, изглежда, следва, че твърденият картел не е продължил да действа след въпросната поръчка за строителство. Във всеки случай тази преценка е от компетентността на запитващата юрисдикция.

предоставена на Съда в писмените отговори на поставените от него въпроси, просто се установява, че манипулирането на процедурата за възлагане на обществена поръчка се е изразявало в споразумение с другото предприятие — участник в картела, за предлагане на определена цена, като другата страна е трябвало да предложи непременно по-висока цена от предложената от Eltel. Fingrid получило всичко на всичко четири оферти. При тези условия, ако се приеме, че картелът се е отнасял само до тази поръчка, подписването на договора след провеждане на процедурата за възлагане на обществена поръчка, представлява не само реализиране на картела в неговия чист вид, *кулминация* на произтичащото от него ограничение на конкуренцията (тъй като по този начин са били отстранени потенциалните конкуренти за поръчката), но и край на периода, през който са „действали“ съгласуваните цени по смисъла на съдебната практика Quinn Barlo и др./Комисия³⁵.

38. С други думи, продължителността на нарушението не може да бъде отделена от противоправното намерение на предприятията — участници в картела. В квазинаказателна област, каквата е картелното право³⁶, изглежда недопустимо продължителността на нарушението да зависи от елемент, който е външен на волята на извършителите, каквито са условията на изпълнение и на строителство или сроковете за плащане. Това би означавало на страните да бъде отнета възможността да преустановят във всеки един момент неправомерното си поведение, а такава възможност трябва да им бъде призната. Например при невъзможност или отказ да бъде платена определената в договора цена, трябва ли да се приеме, че това удължава със съответния срок, а следователно потенциално и за неопределено време, продължителността на нарушението, с единствения мотив, че съгласуваната цена остава дължима? Аз не смятам така.

39. По тази причина не съм убеден от защитаваната от органа по конкуренция и финландското правителство позиция. Така икономическите последици от картела не трябва да бъдат смесвани с предизвиканите от него вредни последици. Ограничението на конкуренцията, предизвикано от манипулирането на разглежданата в главното производство процедура за възлагане на обществена поръчка, което е довело до изключване на подалите оферти конкуренти и до евентуално изкуствено ограничаване на избора на „клиента“, трябва да бъде разграничено от икономическите последици в по-широк смисъл за клиента, а между другото и за клиентите на клиента (като прехвърлянето от клиента върху тях на тежестта от изкривената цена, макар това прехвърляне да не е само по себе си доказателство, че неправомерното поведение, за което се твърди, че носи отговорност Eltel, е продължило, а е само една от неговите последици)³⁷.

40. При тези условия, за да продължи нарушението след неговото формално преустановяване (което в спора в главното производство би настъпило с подписването на договора), е необходимо също така забраненото поведение все така да може да бъде установено, без обаче последиците, които не произтичат стриктно от твърдяното антиконкурентно поведение, да могат да се считат за данни, от които то да бъде установено.

41. За определяне на момента, в който нарушението се преустановява в контекст като разглеждания в главното производство, следва най-накрая да се подчертае, че ако обвиненото в антиконкурентно поведение предприятие в крайна сметка не е спечелило поръчката и няма други данни, от които да се приеме, че нарушението е продължило след въпросната процедура

35 Решение от 30 май 2013 г. (C-70/12 P, непубликувано, EU:C:2013:351).

36 На тази тема вж. заключението на генералния адвокат Bot по дело ThyssenKrupp Nirosta/Комисия (C-352/09 P, EU:C:2010:635, т. 48—52) или заключението на генералния адвокат Kokott по дело Schenker & Co. и др. (C-681/11, EU:C:2013:126, т. 40), както и нейното становище във връзка със Становище 2/13 (Присъединяване на Съюза към ЕКПЧ, EU:C:2014:2475, т. 149).

37 Тук добавям, че въпросът за отражението на съгласуваната цена върху икономическото състояние на клиента или върху цените, които той евентуално прилага за своите крайни клиенти, трябва да бъде преценяван по специфичен начин в контекст като този на спора в главното производство, при който, както изглежда, офертата на Eltel е била най-ниската от четирите подадени пред Fingrid оферти. Уточнявам, че обстоятелството, че офертата на Eltel е била най-ниската, по никакъв начин не означава, че тя няма антиконкурентен характер, предвид изключването на останалите оференти вследствие от нея (в същия ред на мисли вж. решение от 21 февруари 1995 г., SPO и др./Комисия (T-29/92, EU:T:1995:34, т. 151).

за възлагане на обществена поръчка, датата на преустановяване на нарушението би могла да е датата на подаване на офертата. С други думи, датата на подписване на договора не може при всяко положение да се счита за определяща края на нарушението, а то трябва непременно да бъде преценявано с оглед на субективните и обективните елементи, които го характеризират.

42. В същия ред на мисли, датата на подписване на договора може да се счита за отбелязваща края на нарушението или дори края на действие на съгласуваните цени, при условие че договорът обективира достатъчно точно насрещните волеизявления на страните във връзка с тях. Следователно това предполага в случая договорът да е достатъчно ясен по въпроса за цената на строителните работи.

4. Продължителност на нарушението, ефективно прилагане на член 101 ДФЕС и Съюз, основан на правото

43. Органът по конкуренция и финландското и германското правителство твърдят, че възприемането на твърде кратка продължителност на нарушението в случай като разглеждания в главното производство би било в противоречие с изискването за ефективност на член 101 ДФЕС.

44. Очевидно съм чувствителен към този довод.

45. Ето защо отбелязвам, че доколкото по силата на принципите, характеризиращи Съюз, основан на правото, правото на Съюза допуска самия принцип на погасяване по давност на правомощията на неговите институции и на техните съюзници в държавите членки, каквито са националните органи по конкуренция, да преследват и санкционират нарушенията на член 101 ДФЕС, едновременно с това трябва да бъде изоставена идеята за абсолютна ефективност на член 101 ДФЕС и следователно да се приеме, че някои нарушения на тази разпоредба остават ненаказани. С други думи, целта не може да оправдае всички средства³⁸.

46. Добавям освен това, че в главното производство става въпрос за по-скоро специфичен случай и че предвиденият в националното право петгодишен давностен срок на пръв поглед, изглежда, прави напълно възможна намесата на органа по конкуренция³⁹. Ефективното прилагане на член 101 ДФЕС не би могло да оправдае изкуственото удължаване на нарушението, по-специално след отпадане на противоправната воля на извършителите, за да стане възможно неговото преследване. Това е още по-наложително, когато, както подчертава Комисията, продължителността на нарушението е елемент, който се взема предвид при определяне на размера на глобата⁴⁰.

47. Ето защо от моя анализ следва, че член 101 ДФЕС трябва да бъде тълкуван в смисъл, че в случай, при който участник в картел е сключил с лице извън картела договор за обществена поръчка за строителство в съответствие с договореностите в рамките на въпросния картел, и доколкото посоченият картел е бил ограничен до тази поръчка, трябва да се счита, че нарушението на конкуренцията по принцип е преустановено на датата, на която предприятието нарушител е подало оферта за въпросната поръчка, или евентуално е сключило договора за изпълнение на тази обществена поръчка за строителство. Такова тълкуване обаче не засяга извършването от запитващата юрисдикция на преценка на съдържанието на посочения договор

³⁸ В същия ред на мисли вж. заключението на генералния адвокат Kokott по дело Toshiba Corporation и др. (C-17/10, EU:C:2011:552, т. 54).

³⁹ В рамките на настоящото преюдициално запитване от Съда не е поискано да се произнесе по съвместимостта на националния режим на давност с принципа на ефективност на член 101 ДФЕС. Както отбелязва Комисията, продължителността на давностния срок не е единственият критерий, който следва да бъде разгледан, тъй като други фактори, например свързаните с условията, при които този срок може да бъде прекъсван или спиран, също са определящи в това отношение.

⁴⁰ Вж. член 23, параграф 3 от Регламент № 1/2003.

и неговата степен на точност, по-специално по отношение на цените, на точния обхват на картела, на обективните и субективните елементи, с които той се характеризира, на неговите антиконкурентни последици и на анализа на отделните доказателства за тайно споразумяване, разкрити при разследването на органа по конкуренция.

V. Заключение

48. С оглед на всички гореизложени съображения предлагам на Съда да отговори на преюдициалния въпрос, отправен от Korkein hallinto-oikeus (Върховен административен съд, Финландия), по следния начин:

„Член 101 ДФЕС трябва да бъде тълкуван в смисъл, че в случай, при който участник в картел е сключил с лице извън картела договор за обществена поръчка за строителство в съответствие с договореностите в рамките на въпросния картел, и доколкото посоченият картел е бил ограничен до тази поръчка, трябва да се счита, че нарушението на конкуренцията по принцип е преустановено на датата, на която предприятието нарушител е подало оферта за въпросната поръчка, или евентуално е сключило договора за изпълнение на тази обществена поръчка за строителство. Такова тълкуване обаче не засяга извършването от запитващата юрисдикция на преценка на съдържанието на посочения договор и неговата степен на точност, по-специално по отношение на цените, на точния обхват на картела, на обективните и субективните елементи, с които той се характеризира, на неговите антиконкурентни последици и на анализа на отделните доказателства за тайно споразумяване, разкрити при разследването на органа по конкуренция“.