



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
GIOVANNI PITRUZZELLA
presentate il 10 settembre 2020¹

Causa C-450/19

**Kilpailu- ja kuluttajavirasto
con l'intervento di
Eltel Group Oy,
Eltel Networks Oy**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Korkein hallinto-oikeus (Corte amministrativa suprema, Finlandia)]

«Rinvio pregiudiziale – Determinazione della durata di un'infrazione alle regole di concorrenza – Criteri – Intese i cui effetti perdurano oltre la loro cessazione ufficiale – Presupposti – Determinazione degli effetti economici del comportamento anticoncorrenziale – Completamento dei lavori vari anni dopo la conclusione del contratto – Pagamenti parziali corrisposti dopo i lavori»

I Introduzione

1. Quando un'asserita violazione dell'articolo 101 TFUE assume la forma di un coordinamento avente ad oggetto la presentazione di offerte nel contesto di una gara d'appalto indetta per la realizzazione di lavori di costruzione, come si deve valutare la data in cui detto coordinamento è cessato? Può tale cessazione avvenire prima della fine dei lavori di cui trattasi, o prima della fine del loro pagamento? È questa, in sostanza, la problematica al centro del presente rinvio pregiudiziale.

II. Contesto normativo

A. Regolamento n. 1/2003

2. L'articolo 25 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato² è così formulato:

«1) I poteri conferiti alla Commissione in virtù degli articoli 23 e 24 sono soggetti ai termini di prescrizione seguenti:

- a) tre anni per le infrazioni alle disposizioni relative alla richiesta di informazioni o all'esecuzione di accertamenti;
- b) cinque anni per le altre infrazioni.

¹ Lingua originale: il francese.

² GU 2003, L 1, pag. 1.

2) La prescrizione decorre dal giorno in cui è stata commessa l'infrazione. Tuttavia, per quanto concerne le infrazioni continuate o ripetute, la prescrizione decorre dal giorno in cui è cessata l'infrazione.

3) La prescrizione riguardante l'imposizione di ammende o di penalità di mora si interrompe con qualsiasi atto della Commissione o dell'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro destinato all'accertamento o alla repressione dell'infrazione. La prescrizione è interrotta a partire dal giorno in cui l'atto è notificato ad almeno un'impresa, o associazione di imprese, che abbia partecipato all'infrazione. Gli atti interruttivi della prescrizione comprendono in particolare:

- a) le domande scritte di informazioni formulate dalla Commissione o da un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro;
- b) i mandati scritti ad eseguire accertamenti rilasciati ai propri agenti dalla Commissione o da un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro;
- c) l'avvio di un procedimento da parte della Commissione o di un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro;
- d) la comunicazione degli addebiti mossi dalla Commissione o da un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro.

4) L'interruzione della prescrizione vale nei confronti di tutte le imprese ed associazioni di imprese che abbiano partecipato all'infrazione.

5) Per effetto dell'interruzione si inizia un nuovo periodo di prescrizione. La prescrizione opera tuttavia al più tardi allo spirare del doppio del termine previsto, se la Commissione non ha irrogato un'ammenda o una penalità di mora entro tale termine. Detto termine è prolungato della durata della sospensione in conformità al paragrafo 6.

6) La prescrizione in materia di imposizione di ammende o di penalità di mora rimane sospesa per il tempo in cui pende dinanzi alla Corte di giustizia un ricorso contro la decisione della Commissione».

B. Diritto finlandese

3. L'articolo 1a della kilpailunrajoituslaki (legge sulle restrizioni della concorrenza) prevede che «[l]e disposizioni degli articoli 81 e 82 del [Trattato CE] si applicano nella misura in cui la restrizione della concorrenza possa pregiudicare il commercio tra Stati membri».

4. L'articolo 4 di tale legge è così formulato:

«Sono vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate di imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in modo apprezzabile il gioco della concorrenza.

Sono vietati, in particolare, accordi, decisioni o pratiche consistenti nel:

- 1) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
- 2) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- 3) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;

- 4) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; o
- 5) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi».

5. L'articolo 22 di detta legge stabilisce che «[u]n'ammenda per violazione dell'articolo 4 (...) di tale legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE non può essere irrogata, inter alia, se la proposta al markkinaoikeus [Tribunale delle questioni economiche, Finlandia] non viene presentata entro cinque anni dal momento in cui la restrizione della concorrenza è cessata o l'autorità ha avuto conoscenza della restrizione della concorrenza».

III. Procedimento principale e questione pregiudiziale

6. L'impresa Fingrid Oyj è la principale committente di opere per il trasporto dell'energia elettrica in Finlandia. Essa è ivi proprietaria e responsabile dello sviluppo della rete ad alta tensione utilizzata per il flusso generale di trasporto di elettricità. Il 16 aprile 2007 ha pubblicato un invito a presentare offerte per i lavori di costruzione in vista della realizzazione della linea di trasporto a 400 kV Keminmaa-Petäjaskoski. Le offerte dovevano essere presentate entro il 5 giugno 2007 per un completamento dei lavori fissato per il 12 novembre 2009.

7. Il 4 giugno 2007 l'impresa finlandese Eltel Networks Oy ha depositato l'offerta che ha ottenuto l'aggiudicazione dell'appalto. L'offerta indica che il completamento del progetto e la consegna al committente erano previsti per il 12 novembre 2009. Dalla decisione della kilpailu- ja kuluttajavirasto (autorità garante della concorrenza e del consumo, Finlandia; in prosieguo: l'«autorità garante della concorrenza») risulta che tale offerta sarebbe stata presentata dopo una concertazione preliminare con un'altra impresa³ parte della presunta intesa vietata. Il contratto relativo ai lavori di costruzione è stato firmato tra l'Eltel Networks e la Fingrid il 19 giugno 2007. L'opera è stata terminata il 12 novembre 2009. L'ultimo pagamento parziale è stato effettuato il 7 gennaio 2010.

8. Con decisione del 31 ottobre 2014, l'autorità garante della concorrenza, come richiesto dal diritto finlandese, ha presentato al markkinaoikeus (Tribunale delle questioni economiche) una proposta di applicazione di una sanzione pecuniaria di EUR 35 milioni che essa intendeva irrogare in solido all'Eltel Networks e all'Eltel Group Oy (in prosieguo, congiuntamente: l'«Eltel») per la presunta partecipazione a un'intesa vietata⁴. Secondo la decisione dell'autorità garante della concorrenza, detta intesa sarebbe iniziata al più tardi nel mese di ottobre del 2004 e sarebbe durata ininterrottamente almeno fino al mese di marzo del 2011. L'Eltel avrebbe così violato l'articolo 4 della legge sulle restrizioni della concorrenza nonché l'articolo 101 TFUE accordandosi con un'altra impresa sui prezzi, sui margini di profitto e sulla suddivisione degli appalti di progettazione e di costruzione di linee di trasporto dell'energia elettrica in Finlandia.

3 L'altra impresa in questione, nel corso del 2013, ha presentato una domanda di clemenza all'autorità garante della concorrenza, domanda che ha condotto detta autorità ad indagare sull'intesa. Il 31 ottobre 2014 l'autorità garante della concorrenza ha concesso la clemenza a tale impresa e l'ha esonerata da ogni sanzione.

4 In proposito, si deve precisare che dagli atti di causa emerge che l'esistenza di un'intesa vietata tra l'Eltel e l'altra impresa parte dell'asserita intesa non è stata ancora giuridicamente accertata in via definitiva. L'Eltel contesta, tanto dinanzi al giudice del rinvio, quanto dinanzi alla Corte, che l'autorità garante della concorrenza abbia fornito una dimostrazione sufficiente di siffatta esistenza nella sua decisione del 31 ottobre 2014. Quanto al markkinaoikeus (Tribunale delle questioni economiche), esso avrebbe dichiarato che l'intesa avrebbe riguardato soltanto i lavori di progettazione della linea di trasporto dell'energia elettrica oggetto della gara d'appalto, contrariamente a quella che sembra essere la valutazione dell'autorità garante della concorrenza e del giudice del rinvio. Poiché non compete alla Corte stabilire se un'intesa del genere sia effettivamente esistita o meno o determinarne l'eventuale portata, ogni riferimento contenuto nelle presenti conclusioni a un'intesa alla quale l'Eltel ha partecipato dovrà essere rigorosamente inteso come un riferimento a una presunta intesa vietata.

9. Il 30 marzo 2016 il markkinaoikeus (Tribunale delle questioni economiche) ha respinto la proposta dell'autorità garante della concorrenza di applicare una sanzione pecuniaria. A suo avviso, l'Eltel ha interrotto la sua partecipazione alla presunta restrizione della concorrenza prima del 31 ottobre 2009 e l'autorità garante della concorrenza non avrebbe prodotto la prova del perdurare dell'infrazione dopo tale data. Orbene, dall'articolo 22 della legge sulle restrizioni della concorrenza risulta che la proposta di applicazione di una sanzione pecuniaria dev'essere presentata dall'autorità garante della concorrenza al markkinaoikeus (Tribunale delle questioni economiche) entro cinque anni dal momento in cui la restrizione della concorrenza è cessata. Secondo tale tribunale, la presunta intesa avrebbe riguardato i lavori di progettazione della linea di trasporto dell'energia elettrica di cui trattasi, ma non i lavori di costruzione stessi. Orbene, tali lavori di progettazione sarebbero terminati nel corso del 2007.

10. L'autorità garante della concorrenza ha proposto un'impugnazione avverso tale decisione dinanzi al giudice del rinvio. Secondo tale autorità, in sostanza, l'accordo tra l'Eltel e l'altra impresa parte dell'intesa sarebbe stato concluso prima della presentazione dell'offerta da parte dell'Eltel e verterebbe sui prezzi. Tale coordinamento vietato sarebbe perdurato fino alla data dell'ultimo pagamento (ossia il 7 gennaio 2010), mentre il contratto che applicava la fissazione illecita dei prezzi era ancora in vigore. In subordine, l'autorità garante della concorrenza sostiene che si dovrebbe fare riferimento alla data di completamento dei lavori (ossia il 12 novembre 2009). Gli effetti economici dell'intesa, ai sensi della giurisprudenza della Corte, sarebbero proseguiti e la Fingrid avrebbe subito un danno fino a tali date per effetto del prezzo pagato. Nel caso particolare dell'aggiudicazione di appalti pubblici, l'intesa produrrebbe effetti concreti e di lunga durata in ragione del pagamento scaglionato del prezzo. Gli effetti pregiudizievoli dell'intesa si ripercuoterebbero ogni anno in cui è dovuto il pagamento di una rata e inciderebbero annualmente sui costi dell'attività dell'impresa vittima dell'intesa nonché sui suoi risultati economici. Il maggior costo determinato dal prezzo pagato, frutto dell'intesa, si ripercuoterebbe anche sui clienti del gestore della rete. L'autorità garante della concorrenza sostiene di aver agito entro il termine fissato dall'articolo 22 della legge sulle restrizioni della concorrenza, avendo presentato la sua richiesta di irrogazione di una sanzione pecuniaria al markkinaoikeus (Tribunale delle questioni economiche) il 31 ottobre 2014.

11. Dal canto suo, l'Eltel contesta tale analisi e afferma, in sostanza, che la durata dell'infrazione dovrebbe essere valutata in funzione del periodo durante il quale le imprese parti dell'intesa hanno attuato il comportamento illecito. Nel caso di appalti di lavori, il termine di prescrizione decorrerebbe dal momento in cui è stata presentata l'offerta, ossia, nel caso di specie, il 4 giugno 2007. In subordine, si potrebbe fare riferimento alla data di conclusione del contratto (ossia il 19 giugno 2007) ma, dopo il verificarsi di questi due eventi, il prezzo offerto o pattuito, frutto dell'intesa, non avrebbe più effetti sul mercato. Il ritmo di avanzamento dei lavori o il calendario dei pagamenti non avrebbero alcuna incidenza sulla concorrenza sul mercato, in quanto sarebbero privi di incidenza sul prezzo richiesto. Qualsiasi altra interpretazione, come quella proposta dall'autorità garante della concorrenza, sarebbe priva di collegamento con la questione della restrizione della concorrenza determinata dall'intesa e contraria al principio della certezza del diritto. La proposta di applicazione di una sanzione pecuniaria sottoposta dall'autorità garante della concorrenza sarebbe stata dunque presentata fuori termine al markkinaoikeus (Tribunale delle questioni economiche).

12. Il giudice del rinvio, a sua volta, muove dal postulato che la gara d'appalto vinta dall'Eltel riguarda un appalto di lavori avente ad oggetto la costruzione di una linea di trasporto dell'energia elettrica. In tale particolare contesto, esso si chiede quale sia il momento fino al quale si possa ritenere che si estendano gli effetti economici delle presunte offerte concertate e della fissazione illecita dei prezzi che ne è derivata. Secondo la giurisprudenza nazionale, il termine di cinque anni fissato dall'articolo 22 della legge sulle restrizioni della concorrenza decorre dal giorno in cui cessa l'ultimo comportamento relativo all'infrazione. Il giudice del rinvio si chiede come valutare ciò nel caso in cui una parte di un'intesa stipuli con un operatore esterno all'intesa un contratto di costruzione come

quello oggetto dell'intesa, qualora i lavori siano completati vari anni dopo la conclusione del contratto di costruzione in questione e i pagamenti dovuti in relazione a tale contratto siano ancora effettuati dopo il completamento dell'opera. Esso rileva che la giurisprudenza della Corte non offre una soluzione chiara.

13. Da un lato, nella sentenza *Quinn Barlo e a./Commissione*⁵, la Corte avrebbe dichiarato che gli effetti economici di una restrizione della concorrenza potevano continuare a prodursi fino alla fine del periodo in cui i prezzi illegittimi sono stati in vigore e che era possibile tener conto del periodo durante il quale i prezzi collusivi sono stati in vigore ai fini della valutazione della durata dell'infrazione⁶. Pertanto, non rilevarebbe tanto la forma giuridica del comportamento anticoncorrenziale, quanto piuttosto gli effetti economici di quest'ultimo. Se si dovesse ritenere che simili effetti potessero proseguire anche dopo la formale cessazione di un'infrazione complessa e continuata e dovessero essere presi in considerazione nell'ambito del calcolo della durata dell'infrazione, potrebbe trovare accoglimento la tesi sostenuta dall'autorità garante della concorrenza. Tuttavia, il giudice del rinvio osserva che la restrizione della concorrenza di cui trattavasi nella sentenza *Quinn Barlo*⁷ era di tutt'altra natura rispetto a quella di cui al procedimento principale.

14. D'altro lato, nella sentenza *EMI Records*⁸ la Corte ha dichiarato che, nell'ipotesi di intese che hanno cessato di essere in vigore, al fine di stabilire la durata dell'infrazione è sufficiente che dette intese continuino a produrre effetti anche dopo aver formalmente cessato di essere in vigore, ad esempio nell'ipotesi in cui il comportamento degli interessati faccia implicitamente emergere elementi di concertazione e di coordinamento propri dell'intesa e pervenga al medesimo risultato dell'intesa⁹. Se, come sostiene l'Eltel, i prezzi applicati nell'ambito di appalti di lavori e gli effetti dell'intesa sulla concorrenza proseguono soltanto fino alla data di presentazione dell'offerta, oppure della firma del contratto, allora dovrebbe piuttosto essere accolta la tesi dell'Eltel, dovendosi in tal caso dichiarare che la proposta di applicazione di una sanzione pecuniaria formulata dall'autorità garante della concorrenza è stata presentata al markkinaoikeus (Tribunale delle questioni economiche) fuori termine.

15. Il giudice del rinvio rileva, peraltro, che la questione della durata della presunta infrazione alle regole di concorrenza non può essere confusa con quella del danno eventualmente subito dalle vittime dell'asserita intesa¹⁰.

16. In tale contesto il Korkein hallinto-oikeus (Corte amministrativa suprema, Finlandia) ha deciso di sospendere il procedimento e, con decisione pervenuta in cancelleria il 13 giugno 2019, ha sottoposto alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se il sistema di concorrenza di cui all'articolo 101 TFUE possa essere interpretato nel senso che, in una situazione in cui uno dei due partecipanti a un'intesa abbia stipulato, con un operatore esterno all'intesa, un contratto di costruzione come quello oggetto dell'intesa, l'infrazione alle regole della concorrenza, a causa degli effetti economici così provocati, duri per tutto il periodo durante il quale le obbligazioni contrattuali derivanti dal contratto vengano adempiute o vengano eseguiti pagamenti per i lavori alle parti contraenti, vale a dire fino al momento in cui venga effettuato l'ultimo pagamento parziale per i lavori o almeno fino al momento in cui vengano completati i lavori in questione; o se invece si possa ritenere che l'infrazione alle regole di concorrenza duri solo fino al momento in cui l'impresa che ha commesso l'infrazione ha presentato un'offerta per i lavori in questione oppure ha stipulato un contratto per l'esecuzione dei suddetti lavori».

5 Sentenza del 30 maggio 2013 (C-70/12 P, non pubblicata, EU:C:2013:351).

6 Sentenza del 30 maggio 2013, *Quinn Barlo e a./Commissione* (C-70/12 P, non pubblicata, EU:C:2013:351, punto 40).

7 Sentenza del 30 maggio 2013 (C-70/12 P, non pubblicata, EU:C:2013:351).

8 Sentenza del 15 giugno 1976 (51/75, EU:C:1976:85).

9 Il giudice del rinvio fa ivi riferimento ai punti 30 e 31 della sentenza del 15 giugno 1976, *EMI Records* (51/75, EU:C:1976:85).

10 Al riguardo, il giudice del rinvio precisa che il diritto finlandese considera quale data in cui si è prodotto il danno (e dunque quale dies a quo del termine di prescrizione in materia di risarcimento) non la data di pagamento del prezzo bensì la data di conclusione del contratto.

IV. Procedimento dinanzi alla Corte

17. L'autorità garante della concorrenza, l'Eltel, i governi finlandese, tedesco, italiano e lettone nonché la Commissione europea hanno presentato osservazioni scritte alla Corte.

18. A seguito della decisione del 16 aprile 2020 della Seconda Sezione della Corte di annullare l'udienza inizialmente prevista dinanzi alla Corte, detta sezione, da un lato, e l'avvocato generale, dall'altro, hanno rivolto quesiti con richiesta di risposta scritta a tutti i partecipanti alla fase scritta del presente procedimento pregiudiziale. L'autorità garante della concorrenza, l'Eltel, i governi finlandese, italiano e lettone nonché la Commissione hanno trasmesso le proprie risposte a tali quesiti alla Corte.

V. Analisi

19. Il giudice del rinvio chiede alla Corte, in sostanza, come determinare la cessazione di una presunta infrazione all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE nell'ipotesi in cui l'infrazione sia consistita in una concertazione tra imprese parti dell'intesa riguardo alle offerte da presentare nel contesto di un appalto di progettazione e di lavori avente ad oggetto, nella fattispecie, la costruzione di una linea di trasporto di energia elettrica. Tale questione è sottoposta alla Corte nel contesto della richiesta, formulata dall'autorità garante della concorrenza, di irrogare una sanzione pecuniaria all'Eltel, mentre le parti del procedimento principale dissentono sulla data in cui sarebbe scaduto il termine di prescrizione per l'irrogazione della sanzione pecuniaria.

C. Osservazioni preliminari

20. Prima di intraprendere l'analisi di tale questione, intendo formulare due serie di osservazioni preliminari, l'una relativa alla chiarificazione del diritto nazionale, l'altra al carattere decentrato dell'attuazione della politica della concorrenza dell'Unione.

21. In primo luogo, per quanto concerne lo stato del diritto nazionale, a prima vista, ed anche se le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte sono caratterizzate da una forte presunzione di rilevanza ai fini della risoluzione della controversia di cui al procedimento principale¹¹, dal fascicolo presentato alla Corte risultava che l'articolo 22 della legge sulle restrizioni della concorrenza prevedeva due possibili dies a quibus del termine di prescrizione di cinque anni, ossia la cessazione dell'infrazione oppure il momento in cui l'autorità garante della concorrenza è venuta a conoscenza dei comportamenti anticoncorrenziali. Orbene, detta autorità ha preso conoscenza di tali comportamenti il 31 gennaio 2013 e ha presentato la propria proposta di applicazione di una sanzione pecuniaria il 31 ottobre 2014. Se dovesse essere adottato il secondo dies a quo del termine di prescrizione previsto all'articolo 22 della legge sulle restrizioni della concorrenza, si potrebbe dubitare dell'utilità della risposta della Corte alla questione pregiudiziale sollevata ai fini della risoluzione della controversia di cui al procedimento principale.

22. Tali dubbi sono stati tuttavia rimossi dalle informazioni integrative ricevute dalla Corte in risposta ai suoi quesiti. Appare, infatti, pacifico tra l'Eltel e il governo finlandese che, nel caso di un'infrazione unica e continuata che sia già cessata, è applicabile soltanto il primo dies a quo del termine di prescrizione di cinque anni, ossia la data di cessazione dell'infrazione. È dunque ormai indubbia l'utilità della questione sollevata ai fini della risoluzione della controversia di cui al procedimento principale.

¹¹ Ex plurimis, v. sentenze del 31 gennaio 2017, Lounani (C-573/14, EU:C:2017:71, punto 56 e giurisprudenza ivi citata) nonché del 27 febbraio 2020, Land Sachsen-Anhalt (Retribuzione dei dipendenti pubblici e dei giudici) (da C-773/18 a C-775/18, EU:C:2020:125, punto 28 e giurisprudenza ivi citata).

23. In secondo luogo, si deve constatare che si è qui in presenza di un'attuazione decentrata della politica della concorrenza dell'Unione. In proposito, si deve subito rilevare che il regime della prescrizione che si applica nel contesto delle azioni promosse dalle autorità nazionali garanti della concorrenza non è, in quanto tale, disciplinato dal diritto dell'Unione.

24. È vero che il capitolo VII del regolamento n. 1/2003 è dedicato alla prescrizione. Tuttavia, le norme da esso sancite in materia sono applicabili soltanto alla Commissione. In particolare, l'articolo 25, paragrafo 1, di tale regolamento prevede che il potere sanzionatorio *della Commissione* è soggetto ad un termine di prescrizione di cinque anni per le infrazioni all'articolo 101 TFUE. Il termine decorre dal giorno in cui è stata commessa l'infrazione o, per quanto concerne le infrazioni continuate o ripetute, dal giorno in cui è cessata l'infrazione¹². Dagli atti di causa emerge che il legislatore nazionale avrebbe scelto di circoscrivere l'azione dell'autorità garante della concorrenza entro lo stesso termine di prescrizione fissato dal legislatore dell'Unione per la Commissione, ossia cinque anni.

25. La direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno¹³, senza imporre un termine, ha sancito il principio secondo il quale, per l'applicazione efficace dell'articolo 101 TFUE, dovevano essere previste «norme funzionali» consistenti in particolare nel «sospendere o interrompere i termini nazionali di prescrizione per la durata del procedimento dinanzi alle [autorità nazionali garanti della concorrenza] di un altro Stato membro o alla Commissione» senza tuttavia impedire agli Stati membri di mantenere o introdurre termini di prescrizione assoluti, purché la durata di tali termini «non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione efficace [dell'articolo 101 TFUE]»¹⁴. L'articolo 29 della direttiva 2019/1 conferma tali condizioni. Nelle intenzioni del legislatore dell'Unione, la determinazione del termine nazionale di prescrizione ricade dunque nella responsabilità degli Stati membri e, pertanto, rientra nell'ambito di applicazione del principio dell'autonomia procedurale.

26. Si osserverà tuttavia che la questione sollevata non attiene tanto alla durata del termine di prescrizione quanto piuttosto al momento a partire dal quale tale termine decorre. Come precedentemente menzionato, il regolamento n. 1/2003 fa decorrere tale termine dal momento in cui l'infrazione è cessata. Orbene, la determinazione della durata della presunta infrazione all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE rientra senza dubbio nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

D. Sulla durata dell'infrazione in un contesto come quello della controversia di cui al procedimento principale

27. Per valutare la durata dell'asserita violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, nel contesto della controversia di cui al procedimento principale, occorre richiamarne le caratteristiche essenziali. Detta infrazione è consistita, dunque, in un coordinamento tra imprese in vista della manipolazione di procedure di gara indette nel contesto di appalti pubblici di lavori. Il contratto è stato concluso nello stesso mese della presentazione dell'offerta. Tuttavia, i lavori, così come i pagamenti, sono stati scaglionati in più anni: i lavori sono stati completati due anni e cinque mesi dopo la presentazione dell'offerta e la conclusione del contratto, mentre l'ultimo pagamento è stato effettuato due anni e sette mesi dopo il verificarsi di questi due eventi.

12 V. articolo 25, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003.

13 GU 2019, L 11, pag. 3. Si deve osservare che il termine di recepimento della direttiva in parola non è ancora scaduto (v. articolo 34, paragrafo 1, di detta direttiva).

14 Considerando 70 della direttiva 2019/1.

1. Durata dell'infrazione nella giurisprudenza della Corte

28. Di per sé, la questione della durata di un'intesa si pone frequentemente dinanzi alla Corte in quanto la severità della sanzione dipende in particolare dalla durata dell'infrazione, cosicché le imprese alle quali è contestato un comportamento che viola l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE elaborano frequentemente un argomento connesso a tale durata con l'obiettivo di ridurla.

29. Come rilevato dal giudice del rinvio, la Corte ha già dichiarato, riguardo a un'intesa che ha cessato di essere in vigore, che è sufficiente, ai fini dell'articolo 101 TFUE, che essa continui a produrre effetti economici anche dopo aver formalmente cessato di essere in vigore¹⁵. Più precisamente, «si deve ritenere che un'intesa continui a produrre effetti solo nell'ipotesi in cui il comportamento degli interessati faccia implicitamente emergere l'esistenza degli elementi di concertazione e di coordinamento propri dell'intesa e pervenga al medesimo risultato voluto dall'intesa»¹⁶.

30. La Corte ha ripreso tale giurisprudenza e l'ha applicata nel settore dell'editoria nella sentenza Binon¹⁷, nella quale essa ha dunque dichiarato che l'articolo 101 TFUE si applicava del pari «se il comportamento parallelo degli editori si fosse protratto dopo l'estinzione del vecchio accordo senza che ne fosse stato stipulato uno nuovo (...)», in quanto il regime di concorrenza istituito dagli artt. [101 e seguenti TFUE] attribuisce importanza alle conseguenze economiche degli accordi o di qualsiasi forma analoga di concertazione o di coordinamento, anziché alla loro forma giuridica»¹⁸. Pertanto, l'articolo 101 TFUE doveva essere considerato applicabile se il complesso degli accordi controversi in tale causa «si risolve[va] nel rimettere, di fatto, l'autorizzazione dei punti di vendita al minuto alla discrezione [dell']agenzia o di un organo creato da essa nell'ambito di detti accordi»¹⁹.

31. Nella sua sentenza più recente Quinn Barlo e a./Commissione²⁰, le ricorrenti contestavano al Tribunale di aver violato il principio generale della presunzione d'innocenza nel prolungare la durata del primo periodo della loro partecipazione all'intesa oltre la data della seconda riunione anticoncorrenziale, avendo il Tribunale constatato che, nel corso di tale riunione tenutasi nel mese di giugno del 1998, le partecipanti si erano accordate su un aumento dei prezzi per il mese di ottobre dello stesso anno²¹. La Corte ha dichiarato che «secondo una giurisprudenza costante il regime di concorrenza istituito dagli articoli 101 e 102 TFUE attribuisce importanza alle conseguenze economiche degli accordi o di qualsiasi forma analoga di concertazione o di coordinamento, anziché alla loro forma giuridica. Di conseguenza, nel caso di intese che hanno cessato di essere in vigore, è sufficiente, affinché l'articolo 101 TFUE sia applicabile, *che esse proseguano i loro effetti* oltre la cessazione formale dei contatti collusivi. Ne discende che la durata di un'infrazione può essere valutata in funzione del *periodo durante il quale le imprese incriminate hanno adottato un comportamento vietato da tale articolo (...)*. In altre parole, il Tribunale avrebbe potuto in teoria constatare l'esistenza di un'infrazione, ad esempio, per *tutto il periodo in cui sono stati applicati i prezzi illeciti*, il che avrebbe portato, nella fattispecie, a un risultato oggettivamente meno favorevole agli interessi delle ricorrenti»²².

32. Sebbene le tre sentenze citate forniscano alcune indicazioni interessanti ai fini della presente analisi, si deve tuttavia constatare che nessuna è di per sé sufficiente per rispondere alla questione pregiudiziale sollevata. La giurisprudenza della Corte alla quale il giudice del rinvio ha fatto ampio riferimento dev'essere, infatti, collocata nel suo contesto, vale a dire nel contesto proprio di ciascuna

15 V. sentenza del 15 giugno 1976, EMI Records (51/75, EU:C:1976:85, punto 30).

16 Sentenza del 15 giugno 1976, EMI Records (51/75, EU:C:1976:85, punto 31).

17 Sentenza del 3 luglio 1985 (243/83, EU:C:1985:284).

18 Sentenza del 3 luglio 1985, Binon (243/83, EU:C:1985:284, punto 17).

19 Sentenza del 3 luglio 1985, Binon (243/83, EU:C:1985:284, punto 18).

20 Sentenza del 30 maggio 2013, Quinn Barlo e a./Commissione (C-70/12 P, non pubblicata, EU:C:2013:351).

21 V. sentenza del 30 maggio 2013, Quinn Barlo e a./Commissione (C-70/12 P, non pubblicata, EU:C:2013:351, punti 32 e 33).

22 Sentenza del 30 maggio 2013, Quinn Barlo e a./Commissione (C-70/12 P, non pubblicata, EU:C:2013:351, punto 40). Il corsivo è mio.

intesa allora in questione, nessuna delle quali è paragonabile a quella della controversia di cui al procedimento principale. Così, nella causa che ha dato luogo alla sentenza EMI²³, aveva potuto essere constatata l'esistenza di elementi di concertazione e di coordinamento impliciti. Nella sentenza Binon²⁴, l'accordo era formalmente cessato, ma sembrava persistere un accordo di fatto. Infine, nella sentenza Quinn Barlo e a./Commissione²⁵, pur se la Corte ha richiamato la propria giurisprudenza sulle intese che hanno cessato di essere in vigore, ma i cui effetti perdurano, lo ha fatto per constatare molto concretamente che durante l'ultima riunione collusiva era stato concluso un accordo sui prezzi per il futuro.

2. Durata dell'infrazione e interesse giuridico protetto

33. Contemporaneamente alla necessità di ricontestualizzare la portata delle tre sentenze citate ai fini della risoluzione della presente causa, merita attenzione la sentenza T-Mobile Netherlands e a.²⁶. La Corte ha infatti dichiarato che «l'art. [101 TFUE], [al pari delle] altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale. (...) [L]'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di una pratica concordata non può essere subordinat[o] all'accertamento di un legame diretto di quest'ultima con i prezzi al dettaglio. (...) [U]na pratica concordata ha un *oggetto anticoncorrenziale* ai sensi dell'art. [101, paragrafo 1, TFUE] qualora, in ragione del suo tenore nonché delle sue finalità, e tenuto conto del contesto economico e giuridico nel quale si inserisce, sia concretamente idonea ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune. Non è necessario che la concorrenza sia effettivamente impedita, ristretta o falsata, né che sussista un nesso diretto fra tale pratica concordata e i prezzi al dettaglio. Lo scambio di informazioni tra concorrenti ha oggetto anticoncorrenziale qualora sia idoneo ad eliminare le incertezze in relazione al comportamento previsto dagli operatori interessati»²⁷.

34. La sentenza T-Mobile Netherlands e a. permette quindi di considerare la questione della durata dell'infrazione in un'ottica diversa da quella delle sentenze EMI²⁸, Binon²⁹ e Quinn Barlo e a./Commissione³⁰, in quanto una delle questioni fondamentali alle quali occorre rispondere per la determinazione della durata dell'infrazione è quella dell'interesse giuridico protetto, ossia la libera scelta del cliente, la possibilità di ottenere migliori offerte alle migliori condizioni possibili secondo una libera concorrenza, come sostenuto in particolare dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte. Pertanto, l'infrazione sussiste fintantoché la collusione, formale o di fatto, limita tale possibilità. La valutazione della durata dell'infrazione impone dunque di valutare l'impatto di detta infrazione sull'interesse giuridico protetto e quindi, in definitiva, l'esatta portata dell'intesa, che compete al giudice del rinvio individuare.

35. Applicando gli insegnamenti della sentenza T-Mobile Netherlands e a.³¹, nell'ipotesi in cui l'intesa descritta nella domanda di pronuncia pregiudiziale dovesse riguardare soltanto l'appalto relativo alla progettazione e alla costruzione della linea di trasporto a 400 kV Keminmaa-Petäjäskoski, l'oggetto anticoncorrenziale dell'intesa viene meno al più tardi dopo la firma del contratto. Infatti, dopo tale firma, non vi sarebbe più tra le imprese parti dell'intesa un accordo che persiste³², cosicché non si potrebbe neppure ritenere che i prezzi collusivi, intesi come espressione della volontà delle parti

23 Sentenza del 15 giugno 1976 (51/75, EU:C:1976:85).

24 Sentenza del 3 luglio 1985 (243/83, EU:C:1985:284).

25 Sentenza del 30 maggio 2013 (C-70/12 P, non pubblicata, EU:C:2013:351).

26 Sentenza del 4 giugno 2009 (C-8/08, EU:C:2009:343).

27 Sentenza del 4 giugno 2009, T-Mobile Netherlands e a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punti 38, 39 e 43). Il corsivo è mio.

28 Sentenza del 15 giugno 1976 (51/75, EU:C:1976:85).

29 Sentenza del 3 luglio 1985 (243/83, EU:C:1985:284).

30 Sentenza del 30 maggio 2013 (C-70/12 P, non pubblicata, EU:C:2013:351).

31 Sentenza del 4 giugno 2009 (C-8/08, EU:C:2009:343).

32 Ciò vale a prescindere dal fatto che si prenda in considerazione un accordo formale o di fatto.

dell'intesa di accordarsi sui prezzi da applicare per futuri appalti, siano ancora «in vigore», ai sensi della sentenza *Quinn Barlo e a./Commissione*³³. Il periodo durante il quale le imprese incriminate hanno dato esecuzione ad un comportamento vietato, sempre ai sensi di tale sentenza, terminerebbe dunque con la firma del contratto.

36. Fatte salve le verifiche che competerà al giudice del rinvio effettuare, una constatazione siffatta potrebbe spiegarsi alla luce delle caratteristiche proprie di ciascun appalto di lavori, lasciando impregiudicata l'eventuale sussistenza di prove relative all'esistenza di un'intesa avente ad oggetto l'appalto di lavori di cui trattasi nel procedimento principale ed altri futuri appalti di lavori³⁴. Se, come sostiene l'Eltel, si dovesse ritenere che il prezzo dell'appalto relativo ai lavori di costruzione della linea Keminmaa-Petäjaskoski sia stato determinato in funzione delle sue specifiche caratteristiche (ossia la realizzazione di un'opera unica, in una particolare zona geografica, in un determinato periodo e secondo un procedimento tecnico definito), a mio avviso non sarebbe possibile ritenere che tale prezzo abbia avuto sul mercato, questa volta inteso in senso ampio, effetti che vadano al di là del contratto nel contesto del quale esso era stato fissato.

3. Durata dell'infrazione e volontà illecita

37. Si deve nondimeno constatare che la Corte dispone di poche informazioni sulle componenti del comportamento illecito contestato nell'ambito della controversia di cui al procedimento principale. Ad esempio, essa non dispone di informazioni su eventuali contatti o riunioni collusivi che siano proseguiti dopo la firma del contratto. Dalle informazioni aggiuntive fornite alla Corte nell'ambito delle risposte scritte ai suoi quesiti risulta semplicemente che la manipolazione della gara d'appalto sarebbe consistita in un accordo concluso con l'altra impresa parte dell'intesa sul prezzo fisso da proporre, dovendo l'altra parte proporre un prezzo necessariamente più elevato di quello offerto dall'Eltel. La Fingrid avrebbe ricevuto in tutto quattro offerte. Ciò premesso, se si ammette che l'intesa ha riguardato soltanto l'appalto in oggetto, la firma del contratto in esito alla gara d'appalto costituisce non soltanto la cristallizzazione dell'attuazione dell'intesa, il *climax* della restrizione della concorrenza che ne è derivata (considerato che i potenziali concorrenti per l'appalto sono stati così esclusi), ma anche la fine del periodo durante il quale i prezzi collusivi sono stati «in vigore», ai sensi della giurisprudenza *Quinn Barlo e a./Commissione*³⁵.

38. In altre parole, la durata dell'infrazione non può essere separata dalla volontà illecita delle imprese partecipanti all'intesa. In un settore parapenalistico come quello del diritto delle intese³⁶, non appare ammissibile far dipendere la durata dell'infrazione da un elemento esterno alla volontà degli agenti, come le modalità di esecuzione e di realizzazione dei lavori o il calendario dei pagamenti. Ciò equivarrebbe a sottrarre alla volontà delle parti la possibilità, che dev'essere loro riconosciuta, di porre in qualsiasi momento fine al proprio comportamento illecito. Ad esempio, in caso di impossibilità o di rifiuto di pagare il prezzo pattuito nel contratto, verrebbe ammessa la proroga in pari misura – dunque potenzialmente a tempo indeterminato – della durata dell'infrazione per la sola ragione che il prezzo collusivo rimane dovuto? Non credo.

33 Sentenza del 30 maggio 2013 (C-70/12 P, non pubblicata, EU:C:2013:351).

34 Dal fascicolo presentato alla Corte, nonché dal termine di prescrizione di cinque anni *dal momento in cui la restrizione della concorrenza è cessata* (v. articolo 22 della legge sulle restrizioni della concorrenza) che trova applicazione nell'ambito della controversia di cui al procedimento principale, sembra tuttavia emergere che la presunta intesa non si è protratta al di là dell'appalto di lavori in questione. Tale valutazione compete, in ogni caso, al giudice del rinvio.

35 Sentenza del 30 maggio 2013 (C-70/12 P, non pubblicata, EU:C:2013:351).

36 Al riguardo, v. conclusioni dell'avvocato generale Bot nella causa *ThyssenKrupp Nirosta/Commissione* (C-352/09 P, EU:C:2010:635, paragrafi da 48 a 52) o, ancora, conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa *Schenker & Co. e a.* (C-681/11, EU:C:2013:126, paragrafo 40) nonché la sua presa di posizione relativa al parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU, EU:C:2014:2475, paragrafo 149).

39. È la ragione per la quale non mi persuade la posizione difesa dall'autorità garante della concorrenza e dal governo finlandese. Gli effetti economici dell'intesa non devono infatti essere confusi con gli effetti pregiudizievoli da essa provocati. Gli effetti restrittivi della concorrenza determinati dalla manipolazione dell'appalto di cui trattasi nel procedimento principale, che hanno determinato l'esclusione degli offerenti concorrenti nonché la limitazione eventualmente artificiale della scelta del «cliente», devono essere distinti dai più ampi effetti economici prodottisi per il cliente e, incidentalmente, per i clienti del cliente (come la ripercussione, ad opera del cliente, del prezzo falsato, tale ripercussione, *di per sé*, non costituisce infatti la prova del fatto che il comportamento illecito imputabile all'Eltel sia perdurato, ma rappresenta soltanto una delle sue conseguenze)³⁷.

40. In tale contesto, affinché l'infrazione prosegua oltre la sua formale cessazione (che, nel caso della controversia di cui al procedimento principale, corrisponderebbe alla firma del contratto), occorre inoltre che il comportamento vietato continui ad essere configurabile senza tuttavia che possano costituire elementi di tale configurazione gli effetti che non sono strettamente attinenti al comportamento anticoncorrenziale contestato.

41. Allo scopo di individuare il momento nel quale l'infrazione cessa in un contesto come quello di cui al procedimento principale, si deve infine sottolineare che, se l'impresa alla quale il comportamento anticoncorrenziale è contestato non si è infine aggiudicata l'appalto, la data di cessazione dell'infrazione, mancando qualsiasi altro elemento che lasci pensare che l'infrazione è proseguita al di là dell'appalto di cui trattasi, potrà essere quella della presentazione dell'offerta. In altre parole, non si può ritenere che la data della firma del contratto determini, in ogni caso, la cessazione dell'infrazione, in quanto quest'ultima deve necessariamente essere valutata alla luce degli elementi soggettivi ed oggettivi che la caratterizzano.

42. Nella stessa ottica, si può ritenere che la data della firma del contratto segni la cessazione dell'infrazione o, ancora, la cessazione della vigenza dei prezzi collusivi, sempre che il contratto indichi in maniera sufficientemente precisa lo scambio di volontà delle parti per quanto le riguarda. Ciò presuppone dunque che il contratto sia sufficientemente chiaro a proposito della questione del prezzo dei lavori, nel caso di specie.

4. Durata dell'infrazione, applicazione efficace dell'articolo 101 TFUE e Unione di diritto

43. L'autorità garante della concorrenza nonché i governi finlandese e tedesco sostengono che riconoscere una durata eccessivamente breve dell'infrazione in un caso come quello oggetto del procedimento principale contrasterebbe con l'esigenza di efficacia dell'articolo 101 TFUE.

44. Sono chiaramente sensibile a tale argomento.

45. Rilevo tuttavia che, atteso che il diritto dell'Unione, in applicazione di principi caratteristici di un'Unione di diritto, ammette il principio stesso della prescrizione dell'azione delle sue istituzioni e dei suoi ausiliari nazionali, quali le autorità nazionali garanti della concorrenza, ai fini del perseguimento e della sanzione delle infrazioni all'articolo 101 TFUE, occorre rinunciare, nel contempo, a qualsiasi idea di efficacia assoluta dell'articolo 101 TFUE ed accettare dunque che alcune violazioni di tale disposizione rimangano impuniti. In altre parole, il fine non può giustificare tutti i mezzi³⁸.

³⁷ Aggiungo che la questione della ripercussione del prezzo collusivo sulla capacità economica del cliente o sui prezzi eventualmente applicati ai clienti finali sembra dover essere oggetto di una valutazione specifica in un contesto come quello della controversia di cui al procedimento principale, da cui sembra emergere che l'offerta dell'Eltel era l'offerta più bassa tra le quattro offerte presentate alla Fingrid. Preciso che il fatto che l'offerta dell'Eltel sia stata la più bassa evidentemente nulla toglie al suo carattere anticoncorrenziale alla luce del suo effetto di esclusione degli altri offerenti [nella stessa ottica, v. sentenza del 21 febbraio 1995, SPO e a./Commissione (T-29/92, EU:T:1995:34), punto 151].

³⁸ Nella stessa ottica, v. conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa Toshiba Corporation e a. (C-17/10, EU:C:2011:552, paragrafo 54).

46. Aggiungo, inoltre, che, nel contesto della controversia di cui al procedimento principale, viene in rilievo un'ipotesi piuttosto specifica e che il termine di prescrizione di cinque anni previsto dal diritto nazionale sembrava, prima facie, rendere perfettamente possibile un intervento dell'autorità garante della concorrenza³⁹. L'applicazione efficace dell'articolo 101 TFUE non può giustificare che la durata dell'infrazione sia protratta artificialmente, in particolare al di là della volontà illecita degli agenti, per consentirne il perseguimento. Ciò s'impone a fortiori in quanto, come sottolineato dalla Commissione, la durata dell'infrazione è un elemento di cui si tiene conto per determinare l'ammontare dell'ammenda⁴⁰.

47. Risulta, pertanto, dalla mia analisi che l'articolo 101 TFUE dev'essere interpretato nel senso che, nel caso in cui un partecipante a un'intesa abbia stipulato, con un operatore esterno all'intesa, un contratto di costruzione come quello oggetto dell'intesa controversa, e nei limiti in cui detta intesa era limitata a tale contratto, si reputa che la cessazione dell'infrazione alle regole della concorrenza è avvenuta, in linea di principio, alla data in cui l'impresa che ha commesso l'infrazione ha presentato un'offerta per i lavori in questione o, eventualmente, ha stipulato un contratto per l'esecuzione dei suddetti lavori. Siffatta interpretazione lascia tuttavia impregiudicata la valutazione, da parte del giudice del rinvio, del contenuto di detto contratto e del suo grado di precisione, in particolare per quanto attiene al prezzo, all'esatta portata dell'intesa, agli elementi oggettivi e soggettivi che la caratterizzano, ai suoi effetti anticoncorrenziali e all'analisi delle diverse prove di comportamenti collusivi emerse dall'indagine svolta dall'autorità garante della concorrenza.

VI. Conclusione

48. Alla luce dell'insieme delle precedenti considerazioni, suggerisco alla Corte di rispondere alla questione pregiudiziale sollevata dal Korkein hallinto-oikeus (Corte amministrativa suprema, Finlandia) nel modo seguente:

L'articolo 101 TFUE dev'essere interpretato nel senso che, nel caso in cui un partecipante a un'intesa abbia stipulato, con un operatore esterno all'intesa, un contratto di costruzione come quello oggetto dell'intesa controversa, e nei limiti in cui detta intesa era limitata a tale contratto, si reputa che la cessazione dell'infrazione alle regole della concorrenza è avvenuta, in linea di principio, alla data in cui l'impresa che ha commesso l'infrazione ha presentato un'offerta per i lavori in questione o, eventualmente, ha stipulato un contratto per l'esecuzione dei suddetti lavori. Siffatta interpretazione lascia tuttavia impregiudicata la valutazione, da parte del giudice del rinvio, del contenuto di detto contratto e del suo grado di precisione, in particolare per quanto attiene al prezzo, all'esatta portata dell'intesa, agli elementi oggettivi e soggettivi che la caratterizzano, ai suoi effetti anticoncorrenziali e all'analisi delle diverse prove di comportamenti collusivi emerse dall'indagine svolta dall'autorità garante della concorrenza.

³⁹ Nell'ambito del presente rinvio pregiudiziale, non è chiesta una pronuncia sulla compatibilità con il principio di efficacia dell'articolo 101 TFUE del regime nazionale della prescrizione. Come osservato dalla Commissione, la durata del termine di prescrizione non è il solo criterio da prendere in considerazione in quanto altri elementi, come quelli relativi alle condizioni in cui tale termine può essere interrotto o sospeso, si rivelano parimenti decisivi a tal fine.

⁴⁰ V. articolo 23, paragrafo 3, del regolamento n. 1/2003.