

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Prima Sezione)
21 febbraio 1995 *

Nella causa T-29/92,

Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Amersfoort (Paesi Bassi),

Amsterdamse Aannemers Vereniging, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Amsterdam,

Algemene Aannemersvereniging voor Waterbouwkundige Werken, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Utrecht (Paesi Bassi),

Aannemersvereniging voor Boorondernemers en Buizenleggers, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Soest (Paesi Bassi),

Aannemersvereniging Velsen, Beverwijk en Omstreken, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Velsen (Paesi Bassi),

Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Heemstede (Paesi Bassi),

Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Apeldoorn (Paesi Bassi),

* Lingua processuale: l'olandese.

Combinatie van Aannemers in het Noorden, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Leeuwarden (Paesi Bassi),

Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Leeuwarden,

Delftse Aannemers Vereniging, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Rotterdam (Paesi Bassi),

Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Utrecht,

Aannemersvereniging «Gouda en Omstreken», associazione di diritto olandese, con sede sociale in Rotterdam,

Gelderse Aannemers Vereniging inzake Aanbestedingen, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Arnhem (Paesi Bassi),

Gooise Aannemers Vereniging, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Huizen (Paesi Bassi),

's-Gravenhaagse Aannemers Vereniging, associazione di diritto olandese, con sede sociale all'Aia (Paesi Bassi),

Leidse Aannemersvereniging, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Leiden (Paesi Bassi),

Vereniging Markeer Aannemers Combinatie, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Tilburg (Paesi Bassi),

Nederlandse Aannemers- en Patroonsbond voor de Bouwbedrijven, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Dordrecht (Paesi Bassi),

Noordhollandse Aannemers Vereniging voor Waterbouwkundige Werken, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Amsterdam,

Oostnederlandse-Vereniging-Aanbestedings-Regeling, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Delden (Paesi Bassi),

Provinciale Vereniging van Bouwbedrijven in Groningen en Drenthe, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Groningen (Paesi Bassi),

Rotterdamse Aannemersvereniging, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Rotterdam,

Aannemersvereniging «de Rijnstreek», associazione di diritto olandese, con sede sociale in Rotterdam,

Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Friesland, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Leeuwarden,

Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en Omstreken, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Nijmegen (Paesi Bassi),

Samenwerkende Patroons Verenigingen in de Bouwbedrijven Noord-Holland-Noord, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Alkmaar (Paesi Bassi),

Utrechtse Aannemers Vereniging, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Utrecht,

Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Zeist (Paesi Bassi), e

Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging, associazione di diritto olandese, con sede sociale in Heeze (Paesi Bassi),

con gli avv.ti Louis H. van Lennep, del foro dell'Aia, e Erik H. Pijnacker Hordijk, del foro di Amsterdam, con domicilio eletto in Lussemburgo presso lo studio dell'avv. Luc Frieden, 62, avenue Guillaume,

ricorrenti,

contro

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dal signor Berend J. Drijber, membro del servizio giuridico, in qualità di agente, assistito dall'avv. Paul Glazener, del foro di Rotterdam, con domicilio eletto in Lussemburgo presso il signor Georgios Kremlis, membro del servizio giuridico, Centre Wagner, Kirchberg,

convenuta,

avente ad oggetto la declaratoria di inesistenza e, in subordine, l'annullamento della decisione della Commissione 5 febbraio 1992, 92/204/CEE, relativa ad un procedimento in forza dell'art. 85 del Trattato CEE (IV/31.572 e IV/32.571 — Industria della costruzione nei Paesi Bassi; GU L 92, pag. 1),

IL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO
DELLE COMUNITÀ EUROPEE (Prima Sezione),

composto dai signori R. Schintgen, presidente, H. Kirschner, B. Vesterdorf, K. Lenaerts e C. W. Bellamy, giudici,

cancelliere: H. Jung

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale dell'11 luglio 1994,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

Fatti del ricorso

1 Dal 1952 sono attive nel mercato olandese della costruzione varie associazioni che raggruppano le imprese in base a criteri settoriali o regionali. Tali associazioni hanno elaborato per i rispettivi aderenti un complesso di norme aventi lo scopo di organizzare la concorrenza.

2 Nel 1963 le diverse associazioni costituivano la Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (in prosieguo: la «SPO»), la quale, ai sensi dell'art. 3 del suo statuto, ha lo scopo «di promuovere e di gestire

una concorrenza ordinata, di evitare e di contrastare i comportamenti sleali in sede di offerta di prezzi e di promuovere la formazione di prezzi economicamente giustificati». A questo fine la SPO elabora regolamenti cosiddetti di «disciplina istituzionalizzata dei prezzi e della concorrenza» e può infliggere sanzioni alle imprese aderenti alle organizzazioni che la compongono in caso di inosservanza degli obblighi che derivano da tali regolamenti. L'esecuzione dei regolamenti è affidata a otto uffici esecutivi il cui funzionamento è controllato dalla SPO. Le associazioni aderenti alla SPO sono attualmente 28 e raggruppano, complessivamente, più di quattromila imprese di costruzione con sede nei Paesi Bassi.

- 3 Nel 1969 la maggior parte delle associazioni settoriali o regionali aderiva alla SPO.
- 4 Tra il 1973 e il 1979 le diverse associazioni procedevano, con la supervisione della SPO, ad uniformare i rispettivi regolamenti (in prosieguo: i «regolamenti precedenti»).
- 5 Il 3 giugno 1980 l'assemblea generale della SPO adottava e rendeva vincolante per tutte le imprese aderenti alle sue organizzazioni associate l'Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf (codice deontologico delle imprese di costruzione, in prosieguo: il «codice deontologico»). Tale codice deontologico prevede un regime uniforme di sanzione delle violazioni dei regolamenti uniformati tra il 1973 e il 1979, unitamente a talune norme materiali necessarie per l'applicazione di tali regolamenti. Il codice deontologico è entrato in vigore il 1° ottobre 1980.
- 6 Il 16 agosto 1985 la Commissione rivolgeva alla SPO una richiesta di informazioni ai sensi dell'art. 11 del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17, primo regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato (GU 1962, n. 13, pag. 204; in prosieguo: il «regolamento n. 17»), allo scopo di raccogliere informazioni sulla partecipazione alla SPO di imprese estere.

- 7 Con decreto ministeriale 2 giugno 1986 le autorità olandesi adottavano l'Uniform Aanbestedingsreglement (regolamento uniforme in materia di appalti, in prosieguo: l'«UAR»), che definisce le regole per l'aggiudicazione degli appalti pubblici in vigore dal 1° novembre 1986.
- 8 Il 9 ottobre 1986 l'assemblea generale della SPO emanava due Uniforme Prijsregelende Reglementen (regolamenti uniformi di disciplina dei prezzi, in prosieguo: gli «UPR»), con il proposito di definire il quadro procedurale in cui si svolge la concorrenza tra le imprese partecipanti alle gare d'appalto di opere di costruzione. Il primo UPR riguarda gli appalti assegnati mediante licitazione privata («procedura ristretta», in prosieguo: l'«UPRistr.») e il secondo quelli assegnati mediante asta pubblica («procedura aperta», in prosieguo: l'«UPRap.»). I due regolamenti sono articolati in modo analogo e comportano disposizioni estremamente precise ed analitiche riguardanti gli obblighi delle imprese aderenti all'organizzazione e le condizioni di funzionamento dell'organizzazione medesima. Gli stessi UPR sono integrati da quattro regolamenti e tre allegati. Tutti questi regolamenti sono entrati in vigore il 1° aprile 1987.
- 9 Con regio decreto 29 dicembre 1986 il governo olandese dichiarava i predetti regolamenti non vincolanti, eccezion fatta per quelli che soddisfacevano taluni requisiti. Il regio decreto è entrato in vigore il 1° aprile 1987. Gli UPR soddisfacevano i requisiti posti dal regio decreto.
- 10 Il 15 giugno 1987 la Commissione svolgeva accertamenti presso la SPO, ai sensi dell'art. 14 del regolamento n. 17. Nei mesi di luglio e novembre dello stesso anno accertamenti analoghi venivano effettuati presso la Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging (in prosieguo: la «ZNAV»). Tali accertamenti avevano lo scopo di esaminare se i regolamenti della SPO fossero atti ad incidere sugli scambi tra Stati membri.
- 11 Il 13 gennaio 1988 la SPO notificava alla Commissione gli UPR e il codice deontologico al fine di ottenere, in via principale, un'attestazione negativa e, in subordine, un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato CEE (in prosieguo: il «Trattato»).

- 12 Gli UPR sono stati riveduti il 23 giugno 1988, e le modifiche sono entrate in vigore il 1° luglio 1988.
- 13 Il 13 luglio 1989 la SPO integrava la propria notifica del 13 gennaio 1988.
- 14 Il 26 luglio 1989 il comune di Rotterdam (Paesi Bassi) presentava alla Commissione una denuncia vertente su talune parti dei regolamenti.
- 15 Il 7 novembre 1989 la Commissione decideva di avviare un procedimento nei confronti della SPO e le inviava la comunicazione degli addebiti il 5 dicembre 1989.
- 16 La SPO rispondeva alla comunicazione degli addebiti il 5 aprile 1990.
- 17 L'audizione, prevista dall'art. 19 del regolamento n. 17, si svolgeva il 12 giugno 1990.
- 18 Il 15 marzo 1991 la SPO avviava discussioni con la Commissione per determinare se i regolamenti notificati potessero fruire di un'esenzione in caso di modifica. Tra il 12 aprile 1991 il 15 gennaio 1992 avveniva in proposito uno scambio di lettere tra la SPO e la Commissione.
- 19 Il 5 febbraio 1992 la Commissione adottava la decisione impugnata.

- 20 Il 12 febbraio 1992 veniva inviata alle ricorrenti una decisione, datata 5 febbraio 1992 e recante il n. C(92) 66 def., notificata il 17 febbraio 1992. Nella detta decisione era stato omesso un brano e gli indirizzi di varie associazioni di imprese menzionate nel dispositivo della decisione erano sbagliati.
- 21 Il 26 febbraio 1992 veniva inviata alle ricorrenti una decisione, datata 5 febbraio 1992 e recante il n. C(92) 66 def./riv. (pervenuta alla SPO il 2 marzo 1992). Quest'ultimo provvedimento conteneva il brano mancante nel testo notificato il 17 febbraio 1992, che era stato quindi aggiunto. Anche gli errori negli indirizzi delle varie associazioni di imprese risultavano eliminati.
- 22 Nell'art. 1 della decisione la Commissione ha constatato che lo statuto della SPO del 10 dicembre 1963, con le successive modificazioni, i due UPR del 9 ottobre 1986, con i regolamenti e gli allegati che ne fanno parte, gli UPR precedenti e analoghi sostituiti dai primi nonché il codice deontologico, escluso l'art. 10, costituiscono infrazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato.
- 23 Nell'art. 2 della decisione la Commissione ha respinto la domanda di esenzione degli UPR del 9 ottobre 1986 e del codice deontologico ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato, domanda formulata il 13 gennaio 1988.
- 24 Nell'art. 3, nn. 1 e 2, della decisione la Commissione ha intimato alla SPO e alle organizzazioni ad essa aderenti di cessare immediatamente le infrazioni accertate e di informare per iscritto le imprese interessate del contenuto della decisione e dell'avvenuta cessazione delle infrazioni, precisando le conseguenze pratiche che ciò comportava, come ad esempio la facoltà di ciascuna impresa di disapplicare in qualsiasi momento i regolamenti. La SPO e le organizzazioni ad essa aderenti erano inoltre tenute a comunicare alla Commissione, entro due mesi dal ricevimento della decisione, l'informazione trasmessa alle imprese in ottemperanza al n. 2 del medesimo articolo.

25 Nell'art. 4 della decisione la Commissione ha inflitto alle 28 associazioni interessate ammende per complessivi 22 498 000 ECU.

Procedimento

26 Con atto introduttivo depositato nella cancelleria del Tribunale il 13 aprile 1992, la SPO e 28 associazioni ad essa aderenti hanno proposto, ai sensi dell'art. 173, secondo comma, del Trattato, un ricorso con il quale hanno chiesto al Tribunale di dichiarare inesistente o, in subordine, di annullare la decisione della Commissione 5 febbraio 1992, 92/204/CEE, relativa ad un procedimento in forza dell'articolo 85 del Trattato CEE (IV/31.572 e IV/32.571 — Industria della costruzione nei Paesi Bassi; GU L 92, pag. 1).

27 Con atto separato depositato nella cancelleria del Tribunale in pari data, le ricorrenti hanno inoltre presentato, ai sensi degli artt. 185 e 186 del Trattato e dell'art. 105, n. 2, del regolamento di procedura del Tribunale, una domanda di provvedimenti urgenti volta ad ottenere la sospensione dell'esecuzione della decisione controversa.

28 Le parti sono state sentite nelle rispettive osservazioni orali il 18 giugno 1992.

29 Il 16 luglio 1992 il presidente del Tribunale ha emesso un'ordinanza il cui dispositivo è del seguente tenore:

«1) È sospesa l'esecuzione dell'art. 3 della decisione della Commissione, relativa ad un procedimento in forza dell'art. 85 del Trattato CEE (IV/31.572 e IV/32.571 — Industria della costruzione nei Paesi Bassi), nella parte in cui verte su aspetti dei regolamenti controversi non connessi all'esistenza di una concertazione e di uno scambio di informazioni tra gli imprenditori, alla con-

cessione della preferenza e alla ripercussione diretta sui committenti degli importi di indennizzo per spese di calcolo e dei contributi professionali.

- 2) Le richiedenti comunicheranno alla Commissione e al Tribunale, entro e non oltre il 1° ottobre 1992, i provvedimenti da esse adottati per conformare il funzionamento del sistema alla presente ordinanza.
- 3) Per il resto, la domanda di sospensione dell'esecuzione è respinta.
- 4) Le spese sono riservate».

30 Con lettera depositata in cancelleria il 14 agosto 1992 le ricorrenti hanno comunicato al presidente del Tribunale le istruzioni provvisorie, applicabili dal 20 luglio 1992, inviate dalla prima ricorrente alle altre, in ottemperanza all'ordinanza del presidente del Tribunale 16 luglio 1992.

31 Il 27 agosto 1992 la società di diritto olandese Dennendael BV ha presentato istanza di intervento a sostegno delle conclusioni della convenuta, in conformità all'art. 37 dello Statuto (CEE) della Corte.

32 Con ordinanza 12 gennaio 1993 il Tribunale ha ammesso tale intervento a sostegno delle conclusioni della convenuta.

33 Il 21 gennaio 1993 l'interveniente ha depositato la sua memoria d'intervento.

- 34 Con lettera 17 novembre 1993 l'interveniente ha comunicato al Tribunale la propria rinuncia all'intervento, ed il Tribunale ne ha preso atto con ordinanza 4 maggio 1994.
- 35 Su relazione del giudice relatore il Tribunale (Prima Sezione) ha deciso di passare alla trattazione orale senza procedere ad istruttoria. Il Tribunale ha però invitato le parti a rispondere per iscritto a taluni quesiti, prima dell'udienza.
- 36 A seguito della sentenza della Corte 15 giugno 1994, causa C-137/92 P, Commissione/BASF e a. (Racc. pag. I-2555), il Tribunale, con ordinanza 27 giugno 1994 (non pubblicata nella Raccolta), ha intimato alla Commissione di «produrre la decisione adottata dalla Commissione nella riunione del 5 febbraio 1992 relativa ad un procedimento in forza dell'art. 85 del Trattato CEE (IV/31.572 e IV/32.571 — Industria della costruzione nei Paesi Bassi) contestualmente autenticata nella lingua facente fede dalle firme del presidente e del segretario esecutivo, a norma dell'art. 12, primo comma, del regolamento interno in vigore all'epoca dei fatti» e di far pervenire tale documento al Tribunale «entro e non oltre il 6 luglio 1994».
- 37 Facendo seguito a tale ordinanza con lettera 4 luglio 1994 la Commissione ha depositato copia della sua decisione 5 febbraio 1992, recante il riferimento C(92) 66 def./riv. e le firme del presidente e del segretario generale della Commissione precedute dalla formula «la presente decisione è stata adottata dalla Commissione nella sua 1092^a riunione, tenutasi a Bruxelles il 5 febbraio 1992. Essa si compone di 92 pagine + gli allegati». Sono stati inoltre depositati vari altri documenti.
- 38 Il primo di tali documenti è una lettera, inviata il 19 febbraio 1992 da uno dei legali delle ricorrenti al funzionario competente della direzione generale «Concorrenza» (DG IV) per segnalare a quest'ultimo che, nella decisione notificata, si riscontrava un'omissione tra la pag. 86 e la pag. 87. Si invitava tale funzionario ad operare gli

accertamenti necessari e ad adottare le misure richieste per l'inserimento delle correzioni del caso.

- 39 Il secondo documento è un fax, anch'esso datato 19 febbraio 1992, inviato dal funzionario interessato ad un funzionario del segretariato generale della Commissione per chiedere a quest'ultimo di verificare «che la versione della decisione adottata dalla Commissione e notificata ai destinatari coincida perfettamente con il progetto e, se del caso, di fare il necessario affinché i destinatari della decisione siano informati del testo integrale di questa nelle forme prescritte».
- 40 Il terzo documento è una lettera del 21 febbraio 1992, inviata da uno dei legali delle ricorrenti al funzionario competente della DG IV, in cui si chiede alla Commissione di notificare la versione riveduta della decisione unicamente alla SPO, dati gli errori riscontrati negli indirizzi di talune organizzazioni sue aderenti.
- 41 Il quarto documento è una lettera, parimenti datata 21 febbraio 1992, del funzionario competente della DG IV ai legali delle ricorrenti, in cui si indica che, a seguito di una comunicazione telefonica con uno di essi, il segretariato generale ipotizza diverse modalità di (ripetizione di) notificazione a tutte le organizzazioni destinatarie della decisione (al rispettivo indirizzo, corretto nei casi in cui ciò si impone).
- 42 Le parti hanno presentato le loro conclusioni e le loro risposte ai quesiti del Tribunale all'udienza dell'11 luglio 1994. Durante l'udienza, su richiesta delle ricorrenti, è stato proiettato un film riguardante i regolamenti in esame nel presente procedimento ed è stato sentito il perito di parte.

Conclusioni delle parti

43 Le ricorrenti concludono che il Tribunale voglia:

- 1) in via principale, dichiarare l'atto della Commissione, denominato "decisione della Commissione del 5 febbraio 1992 relativa ad un procedimento in forza dell'articolo 85 del Trattato CEE" (IV/31.572 e IV/32.571 — Industria della costruzione nei Paesi Bassi), giuridicamente inesistente;
- 2) in subordine, annullare la decisione della Commissione 5 febbraio 1992 relativa ad un procedimento in forza dell'art. 85 del Trattato CEE (IV/31.572 e IV/32.571 — Industria della costruzione nei Paesi Bassi);
- 3) adottare ogni ulteriore misura che il Tribunale ritenga opportuna;
- 4) condannare la Commissione alle spese, incluse quelle relative alla domanda di provvedimenti urgenti presentata ai sensi degli artt. 185 e 186 del Trattato.

La Commissione dal canto suo conclude che il Tribunale voglia:

- 1) respingere le domande delle ricorrenti;
- 2) condannare le ricorrenti alle spese di causa, incluse quelle del procedimento sommario.

Motivi e argomenti delle parti

- 44 Le ricorrenti formulano nel ricorso due domande: la prima, proposta in via principale, è diretta ad ottenere una declaratoria di inesistenza o, quanto meno, di nullità della decisione impugnata per violazione di forme «ad substantiam»; la seconda, formulata in subordine, è diretta all'annullamento della medesima decisione.

La domanda principale

Argomenti delle parti

- 45 Le ricorrenti fanno valere in via principale che, in forza della giurisprudenza del Tribunale, la decisione impugnata è inesistente (sentenza 27 febbraio 1992, cause riunite T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 e T-104/89, BASF e a./Commissione, Racc. pag. II-315) per violazione del principio di intangibilità dell'atto e per incompetenza — dal momento che una pagina è stata aggiunta senza essere stata approvata dal collegio dei commissari — e per inosservanza del regime linguistico, in quanto il collegio dei commissari non avrebbe adottato la decisione nell'unica lingua facente fede. Infatti, nella decisione C(92) 66 def. del 5 febbraio 1992, inviata alle ricorrenti il 12 febbraio 1992 e ad esse notificata il 17 febbraio 1992, un brano risultava omissso e gli indirizzi di varie associazioni di imprese menzionate nel dispositivo della decisione erano sbagliati.
- 46 Il 26 febbraio 1992 è stata inviata alle ricorrenti (ed è pervenuta alla SPO il 2 marzo 1992) una decisione datata 5 febbraio 1992, recante il riferimento C(92) 66 def./riv. Tale ultimo testo conteneva il brano omissso nel testo notificato il 17 febbraio 1992, che era stato quindi aggiunto. Anche gli errori negli indirizzi delle varie associazioni di imprese erano stati eliminati.

- 47 Le ricorrenti rilevano anche che il documento recante il riferimento C(92) 66 def. era stato inizialmente inviato a ciascuna ricorrente, con lettera 12 febbraio 1992 a firma del segretario generale della Commissione, per essere poi notificato soltanto intorno al 17 febbraio. Il fatto che il testo della decisione impugnata non fosse disponibile il giorno successivo al 5 febbraio 1992 confermerebbe l'affermazione secondo cui il testo notificato alle ricorrenti non è il testo sottoposto al collegio dei commissari. Il fatto che al documento riveduto sia stato attribuito un nuovo riferimento [vale a dire C(92) 66 def./riv.] consentirebbe la medesima conclusione. La Commissione peraltro non contesterebbe il fatto che il documento C(92) 66 def./riv. non è mai stato sottoposto come tale al collegio dei commissari.
- 48 Di conseguenza, le ricorrenti invitano la Commissione a dimostrare, mediante un estratto autenticato del resoconto della riunione della Commissione del 5 febbraio 1992, che essa si è effettivamente riunita per esaminare la versione olandese della decisione controversa e che ha adottato precisamente tale versione.
- 49 La Commissione ribatte che le ricorrenti non hanno fornito alcun indizio che consenta di concludere che, dopo l'adozione della decisione, si sia verificata una violazione del principio dell'intangibilità dell'atto adottato. Orbene, mancando indicazioni in tal senso, la decisione andrebbe considerata legittima (v. sentenza del Tribunale 10 marzo 1992, causa T-10/89, Hoechst/Commissione, Racc. pag. II-629, punto 375).
- 50 Essa sostiene che la decisione è stata inviata per la seconda volta alle ricorrenti perché al testo inviato il 12 febbraio 1992 mancava una pagina e perché, per talune ricorrenti, era stata inviata ad un indirizzo obsoleto. La scomparsa di una pagina sarebbe stata causata da un problema tecnico del sistema interno di posta elettronica della Commissione, intervenuto successivamente all'adozione della decisione.

51 Inoltre, la Commissione sostiene che il collegio dei commissari disponeva, il 5 febbraio 1992, del progetto di decisione in tutte le lingue comunitarie, ivi compreso l'olandese. Il progetto sarebbe stato adottato durante tale riunione.

Giudizio del Tribunale

52 Il Tribunale osserva in primo luogo che si desume dalla sentenza della Corte 15 giugno 1994, Commissione/BASF e a., citata (punto 52), che le irregolarità denunciate dalle ricorrenti con riferimento all'iter di adozione della decisione della Commissione non risultano così manifestamente gravi da far sì che la decisione debba considerarsi giuridicamente inesistente.

53 Ne consegue che la domanda principale delle ricorrenti va respinta nella parte in cui si chiede una declaratoria d'inesistenza della decisione impugnata.

54 Si deve tuttavia esaminare, in secondo luogo, se le irregolarità lamentate dalle ricorrenti non siano idonee a condurre, come è stato chiesto in subordine, all'annullamento della decisione impugnata per violazione del principio di intangibilità dell'atto e inosservanza del regime linguistico.

55 Per quanto riguarda l'intangibilità dell'atto, il Tribunale osserva che dalla sentenza della Corte 15 giugno 1994, Commissione/BASF e a., citata (punto 59), si desume che soltanto in presenza di un'istanza nell'ambito della quale siano stati forniti indizi seri e probanti di violazione del principio dell'intangibilità dell'atto esso può essere indotto a disporre la produzione della decisione, nella o nelle versioni linguistiche facenti fede, autenticata dalle firme del presidente e del segretario esecutivo, per verificare la perfetta corrispondenza dei testi notificati con il testo adottato dal collegio dei commissari.

56 Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto, sulla base dei dati di cui disponeva in quel momento, che la non corrispondenza del testo della decisione notificata il 17 febbraio 1992 al testo notificato il 26 febbraio 1992 costituisse, prima facie, un indizio serio e probante del fatto che le modifiche apportate alla prima versione non erano state adottate dal collegio dei commissari. Per questo motivo esso ha disposto, il 27 giugno 1994, la produzione della decisione adottata dalla Commissione nella riunione del 5 febbraio 1992 e contestualmente autenticata, nella lingua facente fede, dalle firme del presidente e del segretario esecutivo, ai sensi dell'art. 12, primo comma, del regolamento interno della Commissione in vigore all'epoca dei fatti.

57 Tuttavia, il Tribunale constata che i documenti prodotti dalla Commissione in risposta all'ordinanza del Tribunale 27 giugno 1994 confermano che la discrepanza tra il primo e il secondo testo notificato è il risultato di un problema tecnico nel funzionamento del sistema di posta elettronica della convenuta, che ha fatto saltare una pagina, e che di conseguenza il testo notificato il 26 febbraio 1992 coincide perfettamente con il testo adottato dal collegio dei commissari nella riunione del 5 febbraio 1992. Infatti i legali delle ricorrenti, già il 19 febbraio 1992, avevano comunicato alla Commissione quanto segue: «Nella decisione SPO, si riscontra un'omissione tra la pag. 86 e la pag. 87. Vi preghiamo di procedere ad una verifica e di fare quanto necessario per apportare le eventuali correzioni. Se si confermasse che il testo contiene un errore, vi preghiamo di trasmettere la rettifica a tutti i destinatari». Il funzionario competente della DG IV, destinatario di tale lettera, ha inviato il giorno stesso una nota al segretariato generale della Commissione chiedendo di procedere alle verifiche necessarie. Si legge nella nota: «Ho ricevuto dal vostro servizio la versione olandese della decisione in oggetto. In tale documento manca un brano che invece si trovava nel progetto sottoposto alla Commissione. Vi prego di accertare che il testo adottato dalla Commissione e notificato ai destinatari della decisione coincida perfettamente con il progetto e, se necessario, di fare in modo che i destinatari possano prendere conoscenza del testo integrale della decisione nelle forme prescritte. Vogliate trovare nell'allegato I alla presente: la pagina introduttiva del documento C(92) 66 def. [...] e le pagg. 86 e 87 di tale documento. Vogliate trovare nell'allegato II alla presente: le pagg. 85, 86 e 87 del progetto di decisione di cui trattasi (versione olandese, come sottoposto alla Commissione): vi si evidenzia chiaramente il brano mancante di tale documento C(92) 66 def.».

- 58 Alla luce di tutti questi elementi, in ordine ai quali le ricorrenti non hanno contestato l'interpretazione della Commissione, gli indizi forniti dalle ricorrenti non possono più essere considerati seri e probanti.
- 59 Ne consegue che risulta dimostrato che il testo della decisione notificata alle ricorrenti il 26 febbraio 1992 coincide perfettamente con quello adottato dal collegio dei commissari il 5 febbraio 1992.
- 60 Per quanto riguarda il rispetto del regime linguistico, il Tribunale osserva che dalla lettera inviata dal funzionario della DG IV al segretariato generale risulta che il progetto di decisione è stato sottoposto alla Commissione nella versione olandese, particolare corroborato anche dal fatto che, già il 5 febbraio 1992, il dispositivo della decisione era stato trasmesso alle ricorrenti, per fax, in lingua olandese.
- 61 Ne consegue che nel caso di specie non si può parlare di inosservanza del regime linguistico.
- 62 Il Tribunale rileva inoltre che, a seguito dell'ordinanza 27 giugno 1994, la Commissione ha prodotto il testo della decisione 5 febbraio 1992 recante il riferimento C(92) 66 def./riv. e le firme del presidente e del segretario generale della Commissione precedute dalla formula «la presente decisione è stata adottata dalla Commissione durante la sua 1092^a riunione tenutasi a Bruxelles il 5 febbraio 1992. Essa si compone di 92 pagine + gli allegati». All'udienza le ricorrenti hanno contestato il fatto che tale documento non precisa in che data siano state apposte le firme del presidente e del segretario generale. Nella lettera d'accompagnamento del 4 luglio 1994 e durante l'udienza l'agente della Commissione ha affermato che tale documento è il testo della decisione adottato dal collegio dei commissari il 5 febbraio 1992 e contestualmente autenticato. Rispondendo a un quesito del Tribunale, l'agente della Commissione ha precisato che la sua affermazione su questo punto è corroborata dal fatto che al momento dell'adozione della decisione la Commissione

era già consapevole delle conseguenze che il Tribunale avrebbe potuto trarre dalla mancata autenticazione di un suo atto, essendosi già svolta l'udienza dinanzi al Tribunale, relativa alla causa BASF e a./Commissione, in cui era stata disposta la produzione del testo della decisione di cui trattavasi in tale procedimento, autenticato dalle firme del presidente e del segretario esecutivo, ai sensi dell'art. 12, primo comma, del regolamento interno della Commissione in vigore all'epoca dei fatti. Il Tribunale osserva che le ricorrenti non hanno in alcun modo contestato la spiegazione fornita dall'agente della Commissione.

- 63 Sulla base dei documenti in suo possesso e delle informazioni fornite dall'agente della Commissione il Tribunale dichiara che il documento recante il riferimento C(92) 66 def./riv. prodotto dalla Commissione è il testo della decisione adottato dal collegio dei commissari il 5 febbraio 1992 e contestualmente autenticato.
- 64 Risulta da tutte le considerazioni svolte che la domanda formulata dalle ricorrenti in via principale va respinta.

La domanda subordinata

- 65 A sostegno della domanda presentata in subordine, le ricorrenti formulano nove censure riassumibili in cinque motivi. Il primo motivo riguarda la violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, in quanto la Commissione avrebbe definito erroneamente il mercato di cui trattasi, avrebbe travisato la portata dei regolamenti controversi e li avrebbe ingiustamente considerati sensibilmente pregiudizievoli per gli scambi tra Stati membri. Il secondo motivo attiene alla violazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato, in quanto la Commissione innanzi tutto non avrebbe tenuto conto delle caratteristiche specifiche del settore della costruzione nei Paesi Bassi e avrebbe invertito l'onere della prova, in secondo luogo avrebbe erroneamente valutato la portata dei regolamenti controversi alla luce dei quattro presupposti per la concessione di un'esenzione, segnatamente rifiutandosi di tener conto delle proposte di modifica formulate dalle ricorrenti «nell'ambito della notifica» e infine avrebbe violato i principi di proporzionalità e di sussidiarietà negando l'esenzione richiesta. Il

terzo motivo verte sulla violazione degli artt. 4, n. 2, sub 1), e 15, n. 2, del regolamento n. 17, in quanto la Commissione avrebbe inflitto un'ammenda, mentre l'infrazione non era dimostrata o quanto meno non era punibile, e in quanto avrebbe ingiustamente considerato che l'infrazione era stata commessa intenzionalmente o per negligenza, irrogando un'ammenda eccessiva. Il quarto motivo riguarda la violazione dell'art. 190 del Trattato, in quanto la Commissione non avrebbe sufficientemente motivato né la violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato né il rigetto della domanda di esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato. Il quinto motivo attiene alla violazione dei diritti della difesa delle ricorrenti.

Primo motivo: violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato

Prima parte: errata definizione del mercato di cui trattasi

Argomenti delle parti

66 Le ricorrenti ricordano che dalla giurisprudenza del Tribunale emerge che la definizione adeguata del mercato di cui trattasi è una condizione necessaria e preliminare a qualsiasi giudizio su un comportamento che si pretende anticoncorrenziale (sentenza del Tribunale 10 marzo 1992, cause riunite T-68/89, T-77/89 e T-78/89, SIV e a./Commissione, Racc. pag. II-1403). Nel caso di specie la Commissione avrebbe omesso di definire il mercato del prodotto e il mercato geografico rilevanti.

67 Per quanto riguarda il mercato del prodotto, esse spiegano che gli otto settori dell'industria della costruzione disciplinati dai regolamenti in causa non costituiscono un unico mercato del prodotto, bensì almeno altrettanti — se non un numero maggiore di — mercati di prodotti distinti, poiché le attività che essi coprono non sarebbero intercambiabili né dal punto di vista della domanda né dal punto di vista dell'offerta.

- 68 Le ricorrenti aggiungono di aver indicato nella loro notifica che il mercato olandese della costruzione costituiva un solo ed unico mercato del prodotto soltanto ai fini della domanda di attestazione negativa o di esenzione in favore degli UPR introdotti nel 1987 e per la prima volta indistintamente applicabili agli otto mercati del prodotto interessati. La prospettiva della decisione impugnata sarebbe completamente diversa, riguardando questa non soltanto gli UPR del 1987, bensì anche i regolamenti precedenti gli UPR che differivano per ciascun settore dell'industria della costruzione. Di conseguenza, la Commissione avrebbe dovuto operare una distinzione a seconda dei mercati del prodotto in gioco, quanto meno nei limiti in cui essa intendeva contestare i regolamenti applicabili prima del 1° aprile 1987.
- 69 Per quanto riguarda il mercato geografico, le ricorrenti rilevano che la Commissione ha constatato, al punto 23 della decisione, l'esistenza di diversi mercati geografici rilevanti nell'ambito del mercato delle opere cui i regolamenti si applicano. Essa avrebbe in tal modo ammesso che l'estensione del mercato geografico di cui trattasi può variare a seconda del settore e della natura delle attività interessate. Poiché il mercato geografico dei lavori di valore relativamente modesto è più limitato, la Commissione avrebbe dovuto constatare che tutti i regolamenti esulano dall'ambito di applicazione dell'art. 85 del Trattato, nei limiti in cui riguardano tali lavori, non essendo in grado di incidere sugli scambi tra Stati membri (v., oltre, terza parte del motivo).
- 70 Per quanto riguarda il mercato del prodotto, la Commissione ribatte, in primo luogo, che il mercato di cui trattasi non va definito in base alla succedaneità dei prodotti interessati, bensì in base all'attività svolta dagli imprenditori e alla sfera di applicazione dei regolamenti. Gli UPR e il codice deontologico, infatti, si applicherebbero indistintamente ai vari settori menzionati dalle ricorrenti senza distinzioni a seconda della natura, del valore o della localizzazione dei lavori. Questo approccio sarebbe del tutto conforme al punto di vista sostenuto dalle ricorrenti durante il procedimento amministrativo.
- 71 La Commissione fa poi valere che non vi è motivo di operare una distinzione tra i regolamenti anteriori al 1987 e gli UPR sotto l'aspetto della definizione del mer-

cato del prodotto di cui trattasi, dato che i regolamenti precedenti, applicabili nei diversi settori, erano stati uniformati tra il 1973 e il 1979 sotto l'egida della SPO.

72 Per quanto riguarda il mercato geografico, la Commissione argomenta che le oscillazioni regolari della domanda, il raggio d'azione delle grandi e medie imprese e il fatto che anche talune piccole imprese presentino talvolta offerte per opere da effettuarsi al di fuori delle regioni in cui sono stabilite dimostrano che non esistono mercati geografici distinti nell'ambito del mercato delle opere oggetto dei regolamenti contestati. Essa rileva inoltre che durante il procedimento amministrativo le ricorrenti non hanno mai addotto l'esistenza di mercati geografici distinti né fornito informazioni idonee a delimitare tali mercati.

Giudizio del Tribunale

73 Il Tribunale osserva che, in limine, va determinata la portata dell'obbligo per la Commissione di definire il mercato di cui trattasi prima di rilevare l'esistenza di un'infrazione agli artt. 85 e 86 del Trattato.

74 Si deve osservare che la definizione del mercato di cui trattasi non riveste la stessa importanza nell'applicazione dell'art. 85 o dell'art. 86 del Trattato. Ai fini dell'applicazione dell'art. 86 la definizione adeguata del mercato di cui trattasi è una condizione necessaria e preliminare a qualsiasi giudizio su un comportamento che si pretende anticoncorrenziale (sentenza SIV e a./Commissione, citata, punto 159), in quanto, prima di dimostrare la presenza di un abuso di posizione dominante, è necessario provare l'esistenza di una posizione dominante in un determinato mercato, il che presuppone la previa definizione di tale mercato. Per l'applicazione dell'art. 85 si deve definire il mercato di cui trattasi per determinare se l'accordo, la decisione di associazione di imprese o la pratica concordata di cui è causa possano

incidere sugli scambi tra Stati membri ed abbiano per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

75 Perciò, nell'ambito dell'applicazione dell'art. 85, le censure mosse dalle ricorrenti alla definizione del mercato utilizzata dalla Commissione non possono avere una dimensione autonoma rispetto a quelle relative all'incidenza sugli scambi tra Stati membri e agli effetti negativi sulla concorrenza. La fondatezza di questo approccio è corroborata dal fatto che, nella domanda di attestazione negativa o di esenzione, le ricorrenti hanno affrontato la questione della definizione del mercato soltanto nella parte relativa all'incidenza sugli scambi tra Stati membri.

76 È importante osservare che, prendendo in considerazione come mercato rilevante il mercato della costruzione nei Paesi Bassi nel suo complesso, la Commissione si è limitata a conformarsi all'approccio adottato dalle ricorrenti nella loro notifica degli UPR al fine di ottenere un'attestazione negativa o un'esenzione e nella loro risposta alla comunicazione degli addebiti. Durante il procedimento amministrativo le ricorrenti non hanno mai sostenuto che, per l'applicazione delle regole comunitarie della concorrenza, gli otto settori dell'industria della costruzione costituissero mercati distinti né che esistessero mercati geografici distinti. Al contrario, esse hanno affermato nella notifica (pag. 19, punto 2.2.1) quanto segue:

«Naar het oordeel van de SPO dient als de relevante produktmarkt vanuit een macro-perspectief te worden aangemerkt de markt voor het aannemen van bouwwerken. Slechts die produktmarkt lijkt vanuit kartelrechtelijk oogpunt relevant. Dit is een omvangrijke markt. Weliswaar is het in beginsel (wellicht) mogelijk binnen deze markt talloze marktsegmenten te onderscheiden naar gelang de aard en de omvang van de aan te nemen bouwwerken, doch het is twijfelachtig of dergelijke segmenten zouden kunnen worden aangemerkt als afzonderlijke produktmarkten in het licht van het Europees mededingingsrecht. Zowel de aanbodzijde als de vraagzijde van de betrokken markt heeft een dermate diverse samenstelling, dat het in beginsel onmogelijk lijkt bepaalde submarkten te isoleren, waarop bepaalde cate-

gorieën aanbesteders en aannemers bij uitsluiting opereren. Een — noodgedwongen — kunstmatige indeling van de bouwmarkt in submarkten is bovendien niet dienstig voor de beoordeling van de onderhavige mededingingsregelingen, aangezien enerzijds de Erecode van toepassing is op bouwwerken van alle categorieën, terwijl het UPR betrekking heeft op alle werken van de categorieën, genoemd onder nr. 2.1.1».

[Secondo la SPO il mercato del prodotto rilevante dal punto di vista macroeconomico è quello della realizzazione di opere di costruzione. Soltanto tale mercato del prodotto sembra rilevante dal punto di vista del diritto della concorrenza. Si tratta di un mercato vasto. Pur essendo verosimilmente possibile, in via di principio, distinguere in tale mercato numerosissimi segmenti di mercato a seconda della natura e dell'entità dei lavori di costruzione, nondimeno è dubbio che tali segmenti possano essere considerati mercati del prodotto distinti ai fini del diritto comunitario della concorrenza. In questo mercato l'offerta e la domanda hanno una composizione talmente diversificata che, in via di principio, sembra impossibile isolare dei segmenti di mercato nei quali operino esclusivamente talune categorie di committenti. Una divisione necessariamente artificiale del mercato della costruzione in segmenti di mercato sarebbe inoltre inutile al fine di valutare la disciplina della concorrenza di cui è causa, considerato il fatto che il codice deontologico si applica a tutte le opere di costruzione e che in secondo luogo gli UPR riguardano tutti i lavori delle categorie elencate al numero 2.1.1 (Vale a dire tutte quelle alle quali, secondo la Commissione, gli UPR sono applicabili)].

77 La Commissione si è giustamente attenuta a questa definizione del mercato, in quanto i regolamenti adottati nel 1987 si applicano indifferentemente al complesso degli otto settori in esame. In fase di replica le ricorrenti hanno peraltro accettato questo approccio per quanto riguarda la valutazione degli UPR adottati nel 1987.

78 Nondimeno, esse insistono nel censurare la definizione del mercato per quanto riguarda i regolamenti precedenti e affermano che l'orientamento da esse adottato durante il procedimento amministrativo era dettato dal fatto che la loro domanda di attestazione negativa o di esenzione verteva sui regolamenti in vigore dal 1987,

mentre la decisione condanna anche i regolamenti precedenti, che erano distinti per ciascun settore.

79 A questo proposito, è importante sottolineare che, anche se le considerazioni svolte nella notifica si riferivano unicamente ai regolamenti adottati nel 1987, la comunicazione degli addebiti riguardava anche i regolamenti precedenti. Di conseguenza, la risposta delle ricorrenti a tale comunicazione [v. pagg. 23-71 ed in particolare il titolo 3, «De relevante markt: de bouwmarkt in Nederland» (Il mercato rilevante: il mercato della costruzione nei Paesi Bassi)], nella quale esse hanno confermato la loro posizione per quanto riguarda la definizione del mercato, verteva anche sui regolamenti precedenti.

80 Se ne desume che durante il procedimento amministrativo le ricorrenti non hanno ritenuto di dover adottare un approccio distinto per quanto riguarda la definizione del mercato per i regolamenti precedenti.

81 Inoltre il Tribunale considera altrettanto giustificata la scelta della Commissione di attenersi a questa definizione del mercato anche per i regolamenti precedenti. Infatti, in primo luogo, le ricorrenti non hanno saputo indicare le differenze sostanziali riscontrabili tra i regolamenti precedenti e i regolamenti adottati nel 1987, oltre che tra i diversi regolamenti precedenti. Se ne deve concludere che i vari regolamenti precedenti si applicavano nello stesso modo a ciascuno dei settori ed a ciascuna delle aree geografiche considerate. In secondo luogo, le ricorrenti hanno dichiarato all'udienza che i vari regolamenti precedenti contemplavano tutti i prodotti della costruzione in tutto il territorio dei Paesi Bassi, vuoi attraverso un regolamento regionale di disciplina dei vari prodotti, vuoi attraverso un regolamento specifico per taluni prodotti, ma valido per tutto il territorio olandese.

82 Si desume da quanto precede che la Commissione ha legittimamente preso in considerazione come mercato di cui trattasi il mercato olandese della costruzione, sia per quanto riguarda i regolamenti precedenti sia per quanto riguarda i regolamenti adottati nel 1987, per stabilire se essi pregiudicassero gli scambi tra Stati membri o incidessero negativamente sulla concorrenza.

83 Questa parte del motivo va pertanto respinta nella parte in cui non coincide con le altre due parti del medesimo motivo e va esaminata insieme ad esse per il resto.

Seconda parte: errata valutazione del contenuto e della portata dei regolamenti controversi

I — Esposizione generale

Argomenti delle parti

84 Secondo le ricorrenti è essenziale tener presente lo scopo dei regolamenti controversi nell'analizzare la loro compatibilità con il diritto comunitario della concorrenza: impedire il mercanteggiamento istituendo un sistema vincolante in cui la concorrenza si espliciti simultaneamente e migliorare la struttura negoziale del mercato ponendo a carico di ogni opera appaltata le spese di progetto cui ha dato origine.

85 Esse sostengono che la Commissione ha trasgredito l'art. 85, n. 1, del Trattato considerando che i regolamenti contrastino in modo significativo con tale disposizione. La violazione contestata sarebbe causata dalla nozione puramente teorica e astratta che la Commissione avrebbe della concorrenza che dovrebbe essere preservata da questa disposizione, nozione che si opporrebbe a priori a qualsiasi disciplina del mercato.

86 La Commissione ribatte che nell'ambito dell'art. 85, n. 1, del Trattato si deve solo accertare se esistano restrizioni della concorrenza e non già se una restrizione di concorrenza sia o meno accettabile. Per chiarire questo punto la Commissione sostiene di avere analizzato il contesto economico e giuridico in cui l'infrazione si inserisce. Essa avrebbe dunque espresso una valutazione sul mercato della costruzione e non su «un modello di mercato, funzionante in modo ideale». Essa ha tuttavia rifiutato di ammettere che nel mercato della costruzione le intese siano inevitabili e ritiene che una concorrenza non falsata costituisca un mezzo concreto per conseguire gli obiettivi del Trattato.

Giudizio del Tribunale

87 Il Tribunale rileva che, secondo la decisione, il sistema introdotto dai regolamenti adottati nel 1987 può essere illustrato come segue: i predetti regolamenti hanno lo scopo di istituire una procedura cui debbono soggiacere le imprese aderenti alle associazioni ricorrenti che intendono presentare un'offerta per un'opera determinata. Questo iter, secondo le ricorrenti, persegue un duplice obiettivo: contrastare il mercanteggiamento cui avrebbero tendenza a dedicarsi gli enti appaltanti e correggere gli squilibri tra l'offerta e la domanda che derivano dalla mancanza di trasparenza del mercato, dal lato offerta, e dagli elevati costi di transazione sopportati dagli offerenti.

88 A questo scopo le ricorrenti hanno creato una struttura, con risorse materiali ed umane, incaricata di applicare la procedura prevista dai regolamenti. Tale procedura, che varia lievemente a seconda della natura del bando (mediante asta pubblica o licitazione privata, con inviti a presentare offerte simultanei o successivi) prevede diverse fasi, comprese tra la notifica all'ufficio competente della SPO dell'intenzione di presentare un'offerta per un'opera determinata e la conclusione del contratto tra il committente e l'appaltatore.

89 Queste fasi possono essere così riassunte: ogni impresa aderente alle associazioni ricorrenti che intende presentare un'offerta per un'opera determinata deve notifi-

carlo all'ufficio competente della SPO affinché questo possa applicare i regolamenti (v. decisione, punto 24).

90 Se vi sono più notifiche, l'ufficio convoca una riunione tra le imprese notificanti, che sono tenute a parteciparvi, pena sanzioni. Durante la riunione, presieduta da un funzionario dell'ufficio, vengono prese varie decisioni a maggioranza o all'unanimità (v. decisione, punto 25). La prima decisione riguarda l'eventuale designazione dell'impresa prescelta, vale a dire dell'impresa, tra quelle partecipanti alla riunione, che avrà in esclusiva il diritto di entrare in trattativa con il committente per negoziare l'oggetto e il prezzo della propria offerta (v. decisione, punti 26 e 39-41). Se si decide di designare un'impresa prescelta, la riunione prosegue per stabilire in base a quali dati vadano confrontate le varie offerte. Così la riunione decide, a quanto sostengono le ricorrenti, se i bandi di gara sono o possono essere resi comparabili e, a quanto sostiene la Commissione, se le offerte delle varie imprese sono o possono essere rese comparabili (v. decisione, punto 27). Se la risposta è affermativa, la riunione potrà designare l'impresa prescelta. Prima di designare l'impresa prescelta, la riunione decide in base a quali modalità saranno definite le maggiorazioni dei prezzi. Tali maggiorazioni, che saranno poste a carico del committente, sono essenzialmente di due tipi: gli indennizzi per spese di calcolo e i contributi alle spese di funzionamento delle organizzazioni professionali, tra le quali figurano la SPO e i suoi uffici (v. decisione, punti 31-33). Una volta deciso questo, ogni impresa definisce l'importo della propria offerta (che viene definito importo iniziale di offerta) e lo consegna al presidente (v. decisione, punto 28). Tale importo non comprende ancora le maggiorazioni di prezzo. A questo stadio, ciascuna impresa può chiedere alla riunione la preferenza, vale a dire che la riunione le attribuisca la posizione di impresa prescelta, purché presenti un'offerta pari all'importo iniziale di offerta più basso (v. decisione, punto 30). In seguito il presidente prende visione delle varie offerte e, se la riunione si pronuncia in tal senso, può comunicarle ai partecipanti (v. decisione, punto 28). Dopo aver visto gli importi iniziali di offerta degli altri concorrenti, ogni impresa può decidere di revocare la propria offerta, perdendo così taluni diritti (v. decisione, punto 29). In linea di massima, l'impresa prescelta è l'impresa che ha presentato l'importo iniziale di offerta più basso (v. decisione, punto 39). Dopo di che ogni impresa applica alla propria offerta iniziale le maggiorazioni di prezzo calcolate in base alle modalità decise in precedenza dalla riunione. Tali maggiorazioni sono identiche per ogni impresa, hanno la funzione particolare di coprire le spese di calcolo complessive dei partecipanti alla riunione e saranno sostenute dal committente, se deciderà di aggiudicare l'appalto a uno degli aderenti alla SPO (v. decisione, punti 31-33). Il vincitore della gara al quale verranno corrisposte dovrà trasferirle all'ufficio, che a sua volta le verserà in parte

sostanziale alle imprese, per le spese di calcolo, e alle organizzazioni professionali, per i contributi loro spettanti (v. decisione, punti 42-46). Infine, la riunione può aumentare o ridurre gli scarti di prezzo tra le offerte delle diverse imprese (decisione, punto 38).

- 91 Qualora l'ufficio riceva una sola notifica per un dato appalto, questo si considererà aggiudicato mediante trattativa privata e soltanto l'impresa notificante fruirà dello status di impresa prescelta, il che equivale a dire che le imprese aderenti alle associazioni ricorrenti eventualmente interpellate in un momento successivo potranno presentare un'offerta soltanto con il consenso della prima impresa o, in caso di contestazione, col consenso di una commissione arbitrale (v. decisione, punti 41, 52 e 53). Tuttavia, è possibile che tra la notifica della prima impresa e l'attribuzione dell'appalto a quest'ultima il committente interpellasse altre imprese aderenti alle associazioni ricorrenti, le quali procedono alla notifica dopo la conclusione del contratto. In questo caso l'appaltatore è obbligato a versare all'ufficio una somma pari al 3% del valore del contratto per le maggiorazioni di prezzo (v. decisione, punto 60).
- 92 Esiste inoltre un regolamento che istituisce una procedura applicabile alle offerte presentate da imprese subappaltatrici, che in sostanza ricalca le regole applicabili alle altre offerte, adattandole alla specificità del subappalto (v. decisione, punti 55-59).
- 93 Il Tribunale osserva che la decisione sostanzialmente muove rilievi di quattro tipi ai regolamenti adottati dalle ricorrenti. Il primo riguarda il fatto che i regolamenti istituiscono una concertazione tra imprese durante la quale vengono scambiate informazioni relative ai fattori di costo del contratto, alle caratteristiche delle offerte e ai prezzi proposti da ogni impresa. Il secondo tipo attiene al fatto che durante tale concertazione vengono fissate parti di prezzi, che talvolta i prezzi proposti vengono modificati o anche che vengono fissati prezzi parziali. Il terzo tipo di rilievo verte sul fatto che a seguito di tale concertazione un'impresa — l'impresa prescelta — fruisce di una protezione nei confronti degli altri partecipanti alla concertazione, in quanto questi ultimi perdono il diritto di negoziare la loro offerta con il committente. L'impresa prescelta gode di un'ulteriore protezione nei confronti delle imprese aderenti alle associazioni ricorrenti in quanto, se queste vengono

interpellate in un momento successivo, possono presentare un'offerta soltanto con il consenso della prima impresa o con il consenso di una commissione di imprese e soltanto a condizione che la detta offerta sia inferiore di una data percentuale a quella dell'impresa prescelta. Il quarto tipo di rilievo riguarda il fatto che i regolamenti conferiscono ai membri delle associazioni ricorrenti dei vantaggi nella concorrenza che li oppone ad imprese terze.

94 Di fronte a tali rilievi le ricorrenti rispondono su piani diversi: vuoi mettendo in evidenza gli effetti positivi dei regolamenti sulla concorrenza e dunque per i consumatori, vuoi contestando nei fatti la materialità degli addebiti, vuoi respingendo la qualificazione giuridica dei fatti alla luce dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

95 Il Tribunale osserva in primo luogo che la Commissione ha giustamente considerato i regolamenti delle ricorrenti come un insieme coerente nel quale non è possibile separare artificialmente i vari elementi costitutivi.

96 Il Tribunale rileva poi che gli effetti positivi dei regolamenti adottati dalle ricorrenti non possono essere presi in considerazione nell'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, ma devono esserlo soltanto nell'applicazione dei criteri fissati dall'art. 85, n. 3. Ne consegue che i vari argomenti dovranno essere esaminati nell'ambito del secondo motivo.

97 Risulta da quanto precede che nell'ambito del presente motivo vanno esaminati esclusivamente gli argomenti delle ricorrenti vertenti sulla materialità dei fatti e sulla loro valutazione alla luce dell'art. 85, n. 1, del Trattato. A tal fine il Tribunale esaminerà nell'ordine gli argomenti relativi alla concertazione tra le imprese che intendono presentare un'offerta, alla fissazione concertata del prezzo o di parti di esso, alla limitazione dell'autonomia negoziale delle imprese e al comportamento della SPO nei confronti delle imprese non associate.

II — La concertazione tra le imprese che intendono presentare un'offerta

Argomenti delle parti

1) Notifica obbligatoria dell'intenzione di presentare un'offerta (decisione, punti 24 e 79)

98 Le ricorrenti, che non contestano la presentazione di questo aspetto dei regolamenti contenuta nel punto 24 della decisione, fanno valere che l'obbligo di notifica e la notifica stessa non hanno, di per sé, alcuna rilevanza per il diritto della concorrenza. Esse ritengono in particolare che il terzo comma del punto 79 della decisione sia ingiustificato nella parte in cui condanna il fatto che l'ufficio possa comunicare ad un'impresa notificante che ne faccia richiesta il numero delle imprese che hanno inviato una notifica.

99 La Commissione risponde che l'obbligo di notifica non va valutato isolatamente, ma come parte integrante dei regolamenti. Essa aggiunge che le informazioni ottenute grazie alle notifiche consentono alle imprese notificanti di prevedere l'intensità della concorrenza e dunque indirettamente il livello presumibile dell'offerta finale.

2) Riunioni tenute conformemente agli UPR (decisione, punti 25-58 e 80-92)

a) Accordo sul principio della designazione di un'impresa prescelta (decisione, punti 26 e 80)

100 Le ricorrenti contestano l'affermazione espressa al punto 80 della decisione secondo cui il numero di casi in cui la riunione decide di rinunciare alla designazione di

un'impresa prescelta è modesto e affermano che dalle loro indagini è emerso che un'impresa prescelta viene designata soltanto nel 39% dei casi.

101 La Commissione replica che il punto 80 fa riferimento al numero di casi in cui la riunione rinuncia a priori alla designazione di un'impresa prescelta, vale a dire prima di pronunciarsi sulla comparabilità dei dati relativi all'appalto, e non al numero dei casi in cui, senza rinunciarsi a priori, la riunione non designa un'impresa prescelta, in genere perché ha constatato che i dati relativi all'appalto non sono comparabili.

b) Confronto degli elementi di costo del contratto (decisione, punti 27 e 81)

102 Le ricorrenti sostengono che la decisione travisa la natura delle informazioni scambiate durante la riunione. Tali informazioni riguarderebbero esclusivamente dati definiti dal committente. Lo scambio di tali informazioni sarebbe indispensabile per verificare se i bandi di gara ai quali rispondono i partecipanti alla riunione sono comparabili, evitando così di porre a confronto in un secondo tempo offerte iniziali cui corrispondono bandi di gara diversi. Lo scambio favorirebbe così la qualità della concorrenza, con il massimo vantaggio per i committenti.

103 D'altro canto esse fanno valere che è indispensabile che le informazioni riguardino anche talune clausole dell'appalto, quando siano poco ragionevoli, per evitare che i committenti impongano alle imprese dei rischi imprevedibili. Senza questa concertazione le imprese sarebbero singolarmente confrontate al seguente dilemma: accettare condizioni esorbitanti — col rischio di incontrare dei problemi in fase di esecuzione — o subordinare la loro offerta ad altre condizioni — col rischio di vedersi preferire un concorrente. Ad esempio una concertazione sui termini per l'esecuzione potrebbe verificarsi soltanto se i termini indicati dal committente non fossero realistici.

- 104 Le ricorrenti aggiungono che gli scambi di informazioni portano le imprese a formulare offerte di prezzo calcolate con la massima precisione in quanto i rischi sono più prevedibili, elemento questo che in ultima analisi va a vantaggio dei committenti.
- 105 Esse considerano che condannare lo scambio di informazioni relative all'invito del committente dipende non soltanto da un errore sul contenuto di tali informazioni, ma anche da una confusione tra la gara d'appalto e la situazione di oligopolio, che ha indotto la Commissione a considerare in contrasto con il Trattato qualsiasi scambio di informazioni relative a un appalto.
- 106 Le ricorrenti in definitiva rimproverano alla Commissione di ritenere che ogni scambio di informazioni tra concorrenti atto a ridurre le incertezze di un mercato completamente opaco costituisca di per sé una restrizione della concorrenza.
- 107 La Commissione ribatte che le ricorrenti forniscono un'immagine non veritiera del contenuto delle informazioni scambiate. Sarebbe infatti impossibile verificare se le offerte sollecitate siano o possano essere rese comparabili senza sapere in che modo i partecipanti alla riunione intendano reagire al bando di gara. Lo scambio di informazioni riguarderebbe dunque aspetti particolari dell'opera, noti soltanto all'uno o all'altro partecipante, che verrebbe così privato di un vantaggio concorrenziale. Da ciò non deriverebbe una concorrenza migliore, bensì una concorrenza incompiuta. A sostegno delle proprie affermazioni la Commissione produce diversi resoconti di riunioni di imprenditori.
- 108 Essa aggiunge che non spetta agli imprenditori decidere insieme se talune clausole del bando di gara, come i termini per l'esecuzione o l'ampiezza delle fondazioni, siano poco ragionevoli e ancor meno, in questo caso, fissare di concerto le loro condizioni.

109 La Commissione spiega che lo scambio di informazioni che avviene durante la riunione è tanto dannoso per la concorrenza quanto quello che interviene tra concorrenti in un mercato oligopolistico.

c) Presentazione delle offerte iniziali (decisione, punti 28 e 82)

110 Le ricorrenti affermano che la consegna al presidente della riunione di importi iniziali di offerta non modificabili non limita la concorrenza, ma anticipa soltanto il momento in cui la concorrenza si svolge. Alla consegna delle offerte al committente si sostituirebbe la consegna delle offerte iniziali al presidente indipendente dell'ufficio SPO interessato. L'impossibilità di modificare le offerte iniziali dopo la loro consegna costituirebbe una garanzia del fatto che la concorrenza non è falsata, ma soltanto anticipata per evitare il «mercanteggiamento».

111 Per la Commissione, non è tanto la consegna di offerte iniziali immutabili a costituire un'infrazione, bensì il fatto che tali offerte vengano fissate sulla base delle informazioni scambiate durante la riunione. Essa aggiunge che la consegna delle offerte iniziali è parte integrante di una procedura che sostituisce una collaborazione concreta tra le imprese ai rischi della concorrenza e che come tale va considerata.

d) Facoltà di revoca dopo il raffronto delle offerte (decisione, punti 29, 83 e 84)

112 Le ricorrenti sostengono che non soltanto la facoltà di revoca dopo il raffronto dei prezzi non implica alcuna restrizione della concorrenza, ma anzi la rinforza in quanto consentirebbe alle imprese di calcolare le offerte in modo più stringato, sapendo di poter revocare l'offerta in caso di errore tale da condurre a prezzi economicamente ingiustificati. Il ricorso a tale facoltà è peraltro limitato ai casi in cui un'impresa che abbia consegnato un'offerta iniziale abbia commesso un errore di calcolo.

- 113 D'altro canto, spiegano le ricorrenti, il raffronto dei prezzi che ha luogo dopo la consegna delle offerte iniziali non potrebbe avere un effetto anticoncorrenziale poiché le offerte iniziali non possono più essere modificate. Inoltre, le informazioni dedotte dal raffronto, come ad esempio lo scarto di prezzo tra l'offerta dell'impresa prescelta e le offerte dei concorrenti, non potrebbero giovare all'impresa prescelta nelle sue trattative con il committente, dato che gli importi iniziali d'offerta sono importi definitivi.
- 114 La Commissione ribatte che anche ammettendo — quod non — che si ricorra alla revoca soltanto nel caso di errore sfociante in un prezzo economicamente ingiustificato, non spetterebbe alle imprese valutare unilateralmente il carattere economicamente giustificato di un prezzo, privando il committente di un'offerta vantaggiosa, soprattutto quando tali imprese concorrenti esprimono la loro valutazione dopo uno scambio di informazioni sul prezzo.
- 115 Essa aggiunge che l'impresa prescelta può utilizzare le informazioni in suo possesso che riguardano i prezzi degli altri partecipanti nella contrattazione con il committente, giacché la differenza tra il suo prezzo e quello degli altri rappresenta il margine entro il quale essa è protetta, non potendo le altre imprese offrire un prezzo inferiore (v., oltre, i punti relativi alla protezione dell'impresa prescelta). In quest'ottica, anche il raffronto dei prezzi riduce la concorrenza.

Giudizio del Tribunale

- 116 Il Tribunale constata che l'obbligo per i membri delle associazioni ricorrenti di notificare all'ufficio competente della SPO la loro intenzione di presentare un'offerta costituisce il punto di partenza della concertazione. Si deve constatare con la Commissione che il fatto che l'ufficio competente possa comunicare il numero delle imprese notificanti a quante fra loro lo richiedano può essere atto a restringere la concorrenza nella misura in cui consente alle imprese notificanti di prevedere l'intensità della concorrenza e di adattarvi il loro comportamento, oltre che di disporre di informazioni che in questa fase non sono ancora note alle imprese non aderenti alla SPO.

117 Va rilevato poi che la concertazione tra imprese contestata nella decisione prende il via soltanto quando la riunione non rinuncia a priori alla designazione di un'impresa prescelta. In assenza di rinuncia i partecipanti si scambiano informazioni. Vi è dunque concertazione, anche quando questa porta a concludere che le offerte di prezzo non sono e non possono essere rese comparabili, di modo che non è possibile designare un'impresa prescelta. Dinanzi all'affermazione delle ricorrenti secondo cui viene designata un'impresa prescelta soltanto nel 39% dei casi, si deve osservare che, almeno in tali casi, la concertazione tra imprese condannata dalla decisione può svolgersi pienamente; per quanto riguarda gli altri casi, le ricorrenti non hanno né sostenuto né dimostrato che la riunione rinunci a priori alla designazione di un'impresa prescelta, rendendo così inutile ogni ulteriore concertazione. Le ricorrenti non sono dunque riuscite a confutare l'affermazione contenuta nel punto 80 della decisione secondo cui «è modesto il numero dei casi in cui la riunione degli imprenditori decide di rinunciare a tale designazione consentendo in tal modo alla concorrenza di operare correttamente». Questa affermazione infatti riguarda i casi in cui la riunione decide a priori di rinunciare alla designazione di un'impresa prescelta, mentre l'affermazione delle ricorrenti riguarda i casi in cui non è possibile designare un'impresa prescelta, vuoi perché vi si rinuncia a priori, vuoi perché le offerte di prezzo non sono comparabili e non è stato possibile renderle tali.

118 Nel caso in cui la riunione non rinunci a priori alla designazione di un'impresa prescelta i partecipanti devono fissare i dati tecnici ed economici sulla base dei quali raffrontare i prezzi, essendo possibile designare un'impresa prescelta soltanto sulla base di prezzi comparabili. A questo proposito le opinioni delle parti divergono in merito alla natura delle informazioni scambiate per valutare la comparabilità delle offerte: le ricorrenti sostengono che le informazioni riguardano esclusivamente l'invito a presentare offerte ed hanno come unico scopo quello di verificare se tutti i partecipanti si basino sugli stessi dati. Esse ammettono tuttavia che lo scambio di informazioni può riguardare anche l'atteggiamento da adottare nei confronti delle eventuali condizioni poco ragionevoli imposte dal committente. La Commissione afferma che lo scambio di informazioni va ben oltre e verte sul modo in cui i vari imprenditori intendono rispondere al bando di gara.

119 A questo proposito il Tribunale constata, innanzi tutto, che è in contrasto con l'art. 85, n. 1, del Trattato il fatto che le imprese si concertino sul modo in cui intendono

rispondere a un bando di gara, anche quand'esso contiene condizioni poco ragionevoli. Infatti spetta a ciascuna impresa determinare autonomamente cosa ritenga ragionevole o poco ragionevole e trarne le conseguenze per la propria condotta.

120 È giocoforza rilevare poi che, contrariamente a quanto affermano le ricorrenti, lo scambio di informazioni non verte esclusivamente sul bando di gara. In primo luogo, si desume da una lettura combinata degli artt. 1, sub b), e 6.2 dell'UPRap. e 6.3 dell'UPRistr. che lo scambio riguarda informazioni diverse dal bando di gara. Infatti, gli artt. 6.2 e 6.3 degli UPR dispongono quanto segue:

«Prima di compilare i moduli per le SP (stime proposte per la realizzazione dell'opera) l'assemblea decide, sulla base *della documentazione relativa all'appalto* fornita dal committente e di ogni altra informazione utile per l'esame comparativo obiettivo dei prezzi, i dati prescelti per formulare la SP sul modulo all'uopo previsto. Essa decide anche, secondo le modalità previste dal presente articolo, gli importi e i dati precisi che il modulo per la SP dovrà contenere».

L'art. 1, sub b), dispone invece che la «documentazione relativa all'appalto» comprende «il complesso dei documenti, di cui fanno parte il capitolato d'oneri, i disegni, il bando di gara, il modulo per la manifestazione di interesse, ogni documento analogo, oltre che ogni istruzione o notifica utile per la presentazione dell'offerta».

Ciò indica che tra le «altre informazioni utili per l'esame comparativo obiettivo dei prezzi» figurano elementi che non compaiono nella documentazione relativa all'appalto. D'altra parte, dai resoconti di talune riunioni di imprese emerge chiaramente che vi si discute su come le imprese intendono formulare le rispettive offerte, confrontando le caratteristiche dell'opera che ciascuna di esse intende proporre e quindi gli elementi che concorrono alla determinazione dei prezzi. Così, durante

una riunione tenutasi il 14 marzo 1988, i partecipanti hanno concluso che le offerte non erano comparabili in quanto una delle imprese proponeva un silo a base circolare e l'altra un silo a base quadrangolare (v. allegato 1, controreplica). Oltre a comparare le specifiche tecniche delle offerte che intendono sottoporre, talvolta le imprese mettono a confronto i diversi elementi di ciascuna offerta. Come si può leggere nel resoconto della riunione 040388 relativa ad un'opera sita in Tilburg (Paesi Bassi), una delle imprese partecipanti alla riunione «wil blanken maar geen inzicht geven in samenstelling prijsaanbieding. Prijsvergelijking daarom niet mogelijk. VH stapt kwaad op. Verliest rechten» [«intende proporre un'offerta iniziale, ma si rifiuta di rendere noto come si compone tale offerta. Il raffronto dei prezzi non è dunque possibile. VH si allontana furibondo. Perde i propri diritti»]. L'osservazione «il raffronto dei prezzi non è dunque possibile» indica che ciò che le ricorrenti definiscono esame della comparabilità dei dati relativi all'appalto presuppone in realtà che i partecipanti alla riunione siano disposti a dare informazioni sulle singole voci delle rispettive offerte.

121 Ne consegue che la Commissione ha adeguatamente dimostrato che, durante le riunioni indette in esecuzione dei regolamenti, le imprese scambiano informazioni che vertono soprattutto sui costi del prodotto offerto, sulle sue caratteristiche specifiche e sulla composizione delle offerte di prezzo, mentre si tratta di dati che un operatore indipendente custodisce gelosamente come segreti aziendali (sentenza del Tribunale 17 dicembre 1991, causa T-7/89, Hercules Chemicals/Commissione, Racc. pag. II-1711, punto 217).

122 D'altro canto va rilevato che durante tali riunioni i partecipanti si scambiano informazioni sui prezzi. Infatti, gli artt. 6.4 e 7 degli UPR prevedono la possibilità di comunicare le offerte iniziali a tutti i partecipanti alla riunione. Anche se, come hanno fatto notare le ricorrenti, tale scambio di informazioni avviene in via di principio ad uno stadio in cui tali offerte non possono più essere modificate (v., oltre, punto 157), le ricorrenti non possono giustificare ciò affermando che i regolamenti si limitano a spostare nel tempo il momento in cui interviene la concorrenza, facendolo slittare dalla consegna delle offerte al committente alla consegna delle offerte iniziali al presidente dell'ufficio e che, quindi, lo scambio di informazioni sui prezzi avviene dopo che la concorrenza si è già esplicita. Infatti non si può non rilevare, come le ricorrenti hanno fatto notare segnatamente in udienza, che la consegna delle offerte iniziali non pone fine alla concorrenza, poiché permangono possibilità

di contrattazione tra il committente e l'impresa prescelta, come pure tra il committente ed eventuali imprese non partecipanti alla riunione. Orbene, nell'ambito di tali contrattazioni, l'impresa prescelta si potrà avvalere di informazioni relative in particolare alle caratteristiche specifiche del prodotto e ai prezzi ai quali i partecipanti alla riunione possono proporre un'offerta o non sono disposti a farlo, nel caso in cui abbiano desistito in applicazione dell'art. 10 degli UPR, privando così il committente di un'offerta interessante di cui avrebbe potuto ottenere esecuzione in giudizio, qualora gli fosse stata proposta al di fuori di una concertazione tra imprese.

- 123 Risulta da quanto precede che la Commissione ha giustamente considerato nella decisione (v. punto 81) che tale concertazione tra imprese, in quanto ha segnatamente lo scopo e l'effetto di rivelare a un concorrente il comportamento che ogni imprenditore ha deciso, o prevede di tenere (v. sentenza della Corte 16 dicembre 1975, cause riunite 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, *Suiker Unie e a./Commissione*, Racc. pag. 1663, punti 173 e 174; v. anche sentenza del Tribunale *Hercules Chemicals/Commissione*, citata, punto 260) e in quanto può sfociare nella fissazione di talune condizioni negoziali, sostituisce consapevolmente ai rischi della concorrenza una collaborazione pratica tra le imprese (sentenza *Suiker Unie e a./Commissione*, citata, punto 191) e costituisce dunque una violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

III — Fissazione concordata del prezzo o di parti di esso

Argomenti delle parti

1) Maggiorazioni di prezzo nel caso di offerte simultanee (decisione, punti 31-34, 42-46, 86, 87 e 96)

- 124 Le ricorrenti sostengono anzitutto che il sistema di indennizzo per spese di calcolo non nuoce affatto alla concorrenza tra imprese in quanto ciascun offerente, conse-

gnando il proprio importo iniziale di offerta, è in grado di prevedere l'importo dell'indennizzo che gli spetterà, dato che questo viene calcolato, in via di principio, sulla base della media degli importi iniziali di offerta presentati dalle imprese e che si possono fare anticipazioni su tale media, date le modeste differenze tra gli importi iniziali di offerta consegnati. L'entità dell'indennizzo potrebbe essere prevista anche se questo venisse calcolato su un'altra base. Nell'ambito dell'UPRistr. ogni offerente potrebbe farlo applicando le tabelle di indennizzo in vigore (per le opere di minor valore), prevedendo l'offerta di ciascuna impresa, della quale l'indennizzo costituisce una percentuale (per i casi in cui non viene consegnata alcuna offerta iniziale), o ipotizzando di essere il miglior offerente (nei casi in cui l'importo dell'indennizzo viene determinato dall'offerente che ha consegnato l'importo iniziale di offerta più basso). Le ricorrenti aggiungono che il fatto che, nell'ambito dell'UPRap., la restituzione dell'indennizzo avvenga annualmente tramite una «cassa di calcolo» non osta alla previsione dei rimborsi, in quanto ciascuna impresa può prevedere il numero di punti che può vedersi assegnare in qualità di migliore offerente, oltre al valore di tali punti, che non subirebbe grandi variazioni da un anno all'altro. Infine, neppure la presa in considerazione, per il calcolo dell'indennizzo, del valore delle consegne o dei lavori effettuati dall'appaltatore o da terzi ostacolerebbe la previsione, essendo tale valore noto o stimabile per approssimazione.

125 Le ricorrenti ricordano in secondo luogo che il sistema di indennizzo per spese di calcolo ha lo scopo e l'effetto di migliorare la struttura negoziale del mercato consentendo di porre a carico di ciascuna opera le spese negoziali da essa originate.

126 La Commissione argomenta in primo luogo che il sistema di indennizzo per spese di calcolo nuoce alla concorrenza per i motivi esposti nella decisione. Infatti, contrariamente alle affermazioni delle ricorrenti, l'importo degli indennizzi non può essere previsto con sufficiente precisione per neutralizzare il sistema, in quanto dipende sempre da elementi che non possono essere conosciuti con un grado di certezza sufficiente al momento della consegna degli importi iniziali di offerta. Di conseguenza, tutte le imprese tenderebbero semplicemente ad includere gli indennizzi per spese di calcolo nella rispettiva offerta, senza adeguarla. Questo è il motivo per cui le autorità olandesi definiscono tali indennizzi «maggiorazioni». In ogni caso, anche se l'indennizzo venisse regolarmente previsto, il sistema di inden-

nizzo rimarrebbe sempre una fissazione diretta di una parte dei prezzi di vendita, ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

127 La Commissione contesta in secondo luogo l'affermazione secondo cui il sistema di indennizzo per spese di calcolo incrementa l'efficienza del mercato limitando i costi di transazione, in quanto i committenti non possono esercitare alcun controllo sugli indennizzi per spese di calcolo posti a loro carico.

2) Maggiorazioni di prezzo nei contratti conclusi mediante trattativa privata (decisione, punti 60, 61 e 100)

128 Le ricorrenti contestano il punto 61 della decisione secondo cui i regolamenti comporterebbero un aumento generalizzato, dell'ordine del 3%, dei prezzi dei contratti conclusi mediante trattativa privata in quanto, qualora il committente decidesse di interpellare altre imprese dopo aver ricevuto l'offerta del primo offerente e, dopo aver ricevuto le offerte sollecitate in secondo luogo, attribuisse comunque il contratto al primo offerente, quest'ultimo sarebbe tenuto a versare un importo pari al 3% massimo del valore del contratto, per le maggiorazioni di prezzo previste dai regolamenti.

129 Esse sostengono che la Commissione confonde qui l'obbligo di cedere il 3% del prezzo all'ufficio SPO con l'obbligo di prendere in conto tale 3% nell'offerta. Inoltre, il 3% costituirebbe un massimale applicato solo in rari casi. Ancora, la Commissione non tiene conto del fatto che, quando le imprese si avvalgono della facoltà di rinunciare a priori ai diritti attinenti allo status di impresa prescelta, il 3% non va mai versato e che, quando il committente intende effettivamente concludere il contratto con la prima impresa consultata e contratta a budget non prefissato o in collaborazione con tale impresa, egli potrà rendersi conto se è stata inclusa nel prezzo una riserva per rischio e ottenerne l'annullamento in caso di attribuzione senza ulteriore sollecitazione.

- 130 Le ricorrenti sostengono inoltre che l'impresa interpellata per prima ha due opzioni per tener conto del rischio nella propria offerta, senza che ciò comporti una maggiorazione del prezzo del contratto concluso mediante trattativa privata. Essa può riservarsi il diritto di maggiorare la propria offerta al massimo del 3%, nel caso in cui il committente interpellasse successivamente altre imprese, oppure, presentando l'offerta, può informare il committente che l'offerta comprende una riserva per rischio che può essere eliminata nel caso in cui il committente non solleciti altre offerte. Di solito l'impresa non prevede nessuna riserva per rischio.
- 131 Esse spiegano infine che l'accesa concorrenza tra le imprese e la posizione di forza della domanda garantirebbero, in ultima analisi, la restituzione di tale 3% ai committenti, nel caso in cui il rischio sia stato coperto e non si sia materializzato.
- 132 La Commissione replica anzitutto di aver constatato che le imprese sono regolarmente costrette ad effettuare versamenti in favore dell'ufficio, in applicazione della regola del 3%.
- 133 Essa mette in dubbio il fatto che le imprese si avvalgano delle opzioni evocate dalle ricorrenti per tener conto del rischio derivante dalla regola del 3%, poiché possono senza alcun rischio limitarsi ad includere nell'offerta una riserva che copra tale 3%.
- 134 Secondo la Commissione l'impresa che include nella propria offerta una riserva del genere non subisce nessuno svantaggio concorrenziale in quanto anche le altre imprese, interpellate in un secondo momento, devono fare lo stesso, a meno che non siano stati interpellati degli «outsider», cosa che si verificherebbe piuttosto di rado.

135 Essa conclude che l'importante è che in assenza della regola del 3% le imprese non dovrebbero tener conto, nella loro offerta, del rischio di dover in fin dei conti versare tale 3%.

3) Maggiorazioni dei prezzi dei contratti di subappalto (decisione, punti 55-59 e 100, terzo comma)

136 Le ricorrenti spiegano che il fatto che l'impresa principale si veda accollare soltanto le spese di offerta sostenute dai subappaltanti che le hanno consegnato un'offerta, escluse dunque le spese sostenute dai subappaltanti che abbiano consegnato un'offerta ad altre imprese principali, non è affatto in contrasto con la filosofia generale sottesa alla disciplina delle spese di offerta, in quanto tende a porre a carico di ciascun committente le spese di transazione generate dal suo bando di gara. Infatti, un'impresa principale non può essere considerata responsabile di spese di offerta cui non ha in alcun modo contribuito. Inoltre, questo sistema di accollo specifico consentirebbe di evitare che imprese subappaltanti che hanno consegnato offerte a diverse imprese principali, nell'ambito di uno stesso appalto, possano beneficiare di un doppio, se non di un triplo, indennizzo.

137 Esse argomentano infine che la Commissione non può sostenere che il regolamento relativo al subappalto comporti un aumento sistematico dell'importo delle offerte del 3% nel caso in cui l'impresa principale inviti a presentare un'offerta mediante trattativa privata. Esse fanno riferimento a questo proposito a quanto è stato detto in ordine ai contratti a trattativa privata.

138 La Commissione fa valere che il sistema istituito dal regolamento relativo al subappalto è in contrasto con la filosofia generale del sistema di indennizzo per spese di offerta illustrato dalle ricorrenti. Infatti, nell'ambito del subappalto, non si porrebbe a carico di ogni opera la totalità delle spese di offerta da essa originate, in quanto le imprese subappaltatrici di un'impresa principale alla quale non sia stato attribuito l'appalto non fruirebbero di alcun indennizzo e sarebbero perciò obbli-

gate a inglobare le loro spese di offerta nelle spese generali. Di conseguenza, nell'ambito delle successive gare d'appalto, il committente rischia di dover sostenere, oltre agli indennizzi per spese di calcolo, le spese generali originate dal mancato indennizzo delle spese di offerta sostenute nell'ambito di appalti precedenti.

139 La Commissione aggiunge che il sistema conduce effettivamente a un aumento dell'importo delle offerte pari al 3%, analogamente a quanto avviene nell'ambito degli appalti assegnati mediante trattativa privata.

Giudizio del Tribunale

140 Il Tribunale ricorda, anzitutto, che gli argomenti delle ricorrenti relativi al miglioramento della struttura negoziale del mercato non sono rilevanti nell'ambito del motivo che riguarda la violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato e saranno considerati nell'ambito dell'esame del motivo attinente alla violazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato.

141 I regolamenti prevedono la fissazione di due categorie di maggiorazioni di prezzo da aggiungere in modo uniforme alle offerte dei vari imprenditori partecipanti alla riunione e che saranno dunque poste a carico del committente. Si tratta da un lato degli indennizzi per spese di calcolo (v. decisione, punti 32, 33, 86 e 87) e, dall'altro, dei contributi per spese di funzionamento delle organizzazioni professionali (v. decisione, punti 34-37).

142 Le censure delle ricorrenti vertono in sostanza sul modo in cui la Commissione ha analizzato la prima categoria di maggiorazioni. Le offerte di prezzo delle varie imprese vengono maggiorate di un importo identico che rappresenta presumibilmente la somma delle spese di calcolo sostenute complessivamente dalle imprese

partecipanti alla riunione. Le dette maggiorazioni vengono calcolate applicando le tabelle settoriali allegate agli UPR. Tali tabelle, che fissano gli indennizzi massimi, vengono applicate a seconda dei casi alla media delle offerte iniziali o al valore presunto dell'opera (per maggiori dettagli, v. punti 32 e 33 della decisione, che non sono contestati dalle ricorrenti). Questo sistema ha la conseguenza di porre a carico del committente tutte le spese di calcolo, stimate forfettariamente, originate dal suo bando di gara, incluse quindi le spese delle imprese che non hanno vinto l'appalto. Esso ha lo scopo di indurre i committenti a soppesare pro e contro di un ricorso a un numero più o meno elevato di imprese. Queste maggiorazioni di prezzo, integrate nell'offerta, vengono rimosse dall'appaltatore che deve versarne una parte sostanziale all'ufficio, che le ripartisce poi tra le varie imprese e l'ufficio stesso. La restituzione avviene per ogni singolo contratto nel caso degli UPRistr., e per ogni anno civile nel caso degli UPRap. Inoltre, questo sistema di maggiorazioni di prezzo ha un equivalente nell'ambito della conclusione dei contratti mediante trattativa privata e dei contratti di subappalto. Infatti, nell'ambito di tali contratti, l'impresa consultata deve premunirsi contro il rischio che il committente o l'impresa principale interpellati altre imprese, vedendosi obbligata in tal caso a versare all'ufficio un importo pari al 3% del valore del contratto al fine di coprire le spese di calcolo degli imprenditori consultati successivamente e non prescelti (per maggiori dettagli, v. la decisione, punti 55-59).

143 Le ricorrenti, pur non contestando la descrizione del meccanismo delle maggiorazioni di prezzo contenuta nella decisione, sostengono che tale meccanismo non limita la concorrenza in quanto le imprese partecipanti ad una gara d'appalto hanno la possibilità di prevedere l'ammontare dell'indennizzo che sarà loro versato a titolo di spese di calcolo. Quindi il meccanismo, per il suo carattere forfettario, sarebbe concorrenzialmente neutro in quanto le imprese più efficienti dal punto di vista dei calcoli, sapendo di ricevere un indennizzo superiore alle spese sostenute, potrebbero ridurre la loro offerta di conseguenza. La Commissione ribatte che le possibilità di previsione non sono sufficienti a neutralizzare il sistema e che in ogni caso la fissazione concorsuale di tali indennizzi costituisce una fissazione di una parte del prezzo.

144 Il Tribunale osserva che la decisione muove sostanzialmente tre rilievi al sistema delle maggiorazioni di prezzo. Il primo contesta la fissazione di una parte del

prezzo; il secondo l'esistenza di una clausola di non concorrenza limitatamente alle spese di calcolo (v. decisione, punto 86, terzo comma); il terzo, il fatto che il sistema condurrebbe a un aumento del livello dei prezzi per i committenti che fanno appello a numerose imprese oltre che per gli appalti assegnati mediante trattativa privata e per i contratti di subappalto (v. decisione, punti 57, 87 e 100).

145 In primo luogo non può non constatarsi che le ricorrenti non presentano alcun argomento idoneo a confutare il fatto che la fissazione concorsuale delle maggiorazioni di prezzo, che vengono aggiunte uniformemente alle offerte delle varie imprese, costituisce una fissazione di una parte del prezzo ai sensi dell'art. 85, n. 1, lett. a), del Trattato. Infatti la tesi delle ricorrenti relativa alla possibilità di prevedere l'importo delle maggiorazioni di prezzo è assolutamente irrilevante a questo proposito e verte soltanto sul punto se il sistema delle maggiorazioni di prezzo giunga ad eliminare la concorrenza tra le imprese per quanto riguarda le loro spese di calcolo, il che costituisce una censura distinta.

146 Ne consegue che la Commissione ha legittimamente considerato che la fissazione concorsuale delle maggiorazioni di prezzo costituisce una fissazione di una parte del prezzo vietata dall'art. 85, n. 1, lett. a), del Trattato.

147 In secondo luogo, per quanto riguarda la questione se la detta fissazione di una parte del prezzo giunga ad eliminare la concorrenza tra le imprese, a livello delle spese di calcolo, e favorisca dunque le imprese meno efficienti in questo campo rispetto a quelle più efficienti, si deve analizzare se, come sostengono le ricorrenti, le imprese sono in grado di prevedere perfettamente l'entità dell'indennizzo che percepiranno per le spese di calcolo e se, in caso di risposta affermativa, il sistema sia, a causa del suo carattere forfettario, completamente neutro, potendo ogni impresa detrarre dalla propria offerta un importo pari alla differenza tra le spese di calcolo effettivamente sostenute e l'indennizzo che sarà versato.

148 A questo proposito è sufficiente rilevare che la possibilità di stimare l'importo dell'indennizzo è tutt'altro che perfetta. Infatti, una stima perfetta è impossibile nella

misura in cui l'offerta deve essere calcolata in una fase in cui non sono ancora noti alcuni parametri indispensabili per la stima stessa (media delle offerte iniziali, presunto valore dell'opera, offerta più bassa).

- 149 Nell'ambito dell'UPRap., una stima sufficientemente precisa è impossibile a causa del meccanismo di restituzione annua degli indennizzi e della difficoltà di prevedere il numero dei punti e il loro valore.
- 150 Il caso in cui la previsione sembra più precisa si presenta quando, nell'ambito dell'UPRistr., la riunione delega all'impresa che ha presentato l'offerta iniziale più bassa la definizione delle maggiorazioni di prezzo. In questo caso, infatti, ogni impresa presume di essere la minor offerente e di poter fissare da sé l'indennizzo. Va sottolineato tuttavia che in un'ipotesi del genere l'impresa dovrà tener conto del rischio di non essere il minor offerente e di essere tenuta ad integrare nella propria offerta l'importo stabilito dal minor offerente, il quale può essere superiore o inferiore all'entità delle proprie spese di calcolo. Se è vero che ogni impresa può adattare la propria offerta iniziale sulla base dell'importo dell'indennizzo che intende fissare, cionondimeno per poter correttamente inglobare nella propria offerta iniziale l'importo dell'indennizzo che verrà poi effettivamente fissato deve poter conoscere le intenzioni a questo proposito di tutti i concorrenti, ciascuno dei quali può essere il minor offerente ed essere perciò indotto a fissare l'importo dell'indennizzo sulla base delle proprie spese di calcolo. Orbene, le imprese non possono disporre di un'informazione del genere, che costituisce per ciascuna di esse un segreto di impresa.
- 151 Il sistema può inoltre avere l'effetto di impedire al committente di beneficiare della massima efficienza di una data impresa per quanto riguarda le spese di calcolo. Così se l'impresa A, assai efficiente a livello di spese di calcolo e con un'offerta iniziale di 105, si propone, se risulti la meno offerente, di fissare l'indennizzo a 12, mentre l'impresa B, meno efficiente e con un'offerta iniziale di 100, si propone di fissarlo a 20, si rischia di giungere alla seguente situazione: B, essendo la minor offerente, fissa l'indennizzo a 20. Di conseguenza, l'importo dell'offerta che essa presenterà al

committente sarà 120, mentre l'importo dell'offerta di A sarà 125. Se la concorrenza avesse giocato liberamente, A avrebbe presentato un'offerta di 117 e B un'offerta di 120. Il committente si vede dunque presentare B anziché A come minor offerente per l'offerta definitiva, a un prezzo più elevato di quello che avrebbe potuto ottenere se la concorrenza non fosse stata falsata. Se l'impresa A avesse saputo che B avrebbe fissato l'importo dell'indennizzo a 20, avrebbe potuto ridurre il proprio importo iniziale d'offerta da 105 a 97, sapendo che globalmente avrebbe comunque ottenuto le 117 necessarie, e sarebbe risultata la minor offerente. Tuttavia A avrebbe potuto essere al corrente dell'importo dell'indennizzo fissato da B soltanto a seguito di una concertazione vietata con B, la qual cosa non ha più nulla a che vedere con la trasparenza obiettiva del sistema e con la possibilità di una stima perfetta dell'importo dell'indennizzo, sostenuta dalle ricorrenti.

- 152 Ne consegue che, in tutti i casi, la concorrenza tra le imprese nel campo delle spese di calcolo si trova ristretta dal sistema di indennizzo per spese di calcolo e il committente viene così privato del vantaggio derivante da tale concorrenza.
- 153 In terzo luogo, si deve verificare se il sistema di indennizzo per spese di calcolo come pure il sistema di contributo alle spese di funzionamento delle organizzazioni professionali comportino un aumento generalizzato dei prezzi. A questo proposito, va operata una distinzione in tre livelli: quello delle offerte simultanee, quello dei contratti a trattativa privata e quello del subappalto.
- 154 Nell'ambito del primo livello, non può contestarsi il fatto che il sistema comporta un aumento di prezzo per i committenti che interpellano un numero importante di imprese, dovendo essi sopportare le spese di calcolo di ciascuna di esse. Del pari, tale sistema priva gli aggiudicanti di offerte più vantaggiose di quella dell'impresa prescelta ogni qualvolta la maggiore efficienza di un'impresa nelle spese di calcolo compensi ampiamente la sua minore efficienza negli altri campi e tale impresa, ignorando il divario tra la propria maggior efficienza e l'efficienza degli altri, non abbia potuto tenerne completamente conto nella propria offerta iniziale (v., supra, il

punto 151). Infine, anche il contributo alle spese di funzionamento delle organizzazioni professionali provoca un aumento dei prezzi.

155 Quanto al secondo e terzo livello, è pacifico tra le parti che le imprese che presentano offerte nell'ambito di una trattativa privata o di un subappalto corrono il rischio di dover versare all'ufficio della SPO un importo pari al 3% del valore del contratto nel caso in cui il committente o l'impresa principale decida di procedere ad altre consultazioni per l'attribuzione del contratto in causa. Anche se è vero, come rilevano le ricorrenti, che il committente o l'impresa principale possono trattare con le imprese affinché queste non coprano tale rischio o non lo ripercuotano sul prezzo, è tuttavia inevitabile constatare che è il sistema stesso a spingere le imprese a trasferire il rischio sui loro clienti e obbliga questi ultimi a entrare in trattative se intendono evitare che ciò avvenga. Ne consegue che anche in questo contesto il sistema può causare l'aumento dei prezzi.

156 Da quanto precede si desume che la Commissione ha legittimamente considerato che il meccanismo delle maggiorazioni dei prezzi costituisce una fissazione di una parte del prezzo, diminuisce la concorrenza tra le imprese in ordine alle spese di calcolo e provoca un aumento dei prezzi che, per quanto riguarda gli UPR, è tanto maggiore quanto più numerose sono le imprese che il committente intende mettere in concorrenza.

157 Inoltre, il Tribunale rileva che le ricorrenti non negano che, dopo l'aggiunta delle maggiorazioni di prezzo agli importi iniziali d'offerta, le offerte delle imprese non prescelte possono essere diminuite, purché non venga rimessa in discussione la graduatoria degli importi iniziali, affinché gli scarti di prezzo tra le offerte inviate al committente non appaiano eccessivi. Parimenti non viene negato che le offerte possono essere aumentate, una volta attribuita la preferenza, per assicurare all'impresa prescelta una posizione privilegiata, e possono essere fissati prezzi parziali o prezzi unitari per evitare che il committente proceda ad appaltare i lavori per lotti.

158 Orbene, tali manipolazioni delle offerte costituiscono incontestabilmente fissazioni concordate del prezzo ai sensi dell'art. 85, n. 1, lett. a), del Trattato, poiché rimane possibile, come le ricorrenti hanno affermato a più riprese, che il committente attribuisca il contratto a un'impresa diversa dalla minor offerente.

IV — Limitazione dell'autonomia negoziale delle imprese e del committente

Argomenti delle parti

1) La preferenza (decisione, punti 30 e 85)

159 Le ricorrenti sostengono che il sistema della preferenza non comporta una ripartizione del mercato, in quanto ogni gara d'appalto va considerata un mercato «ad hoc» nel quale l'identità degli offerenti viene determinata dagli aggiudicanti. Le imprese non potrebbero dividersi i lavori in quanto nessuna di esse avrebbe la garanzia di ritrovarsi ulteriormente in concorrenza con l'impresa cui ha concesso la preferenza e di poter quindi ricevere una compensazione da parte di quest'ultima.

160 Esse sottolineano inoltre che, in via di principio, perché venga attribuita la preferenza è necessario il consenso unanime di tutti i partecipanti alla riunione. L'attribuzione della preferenza sarebbe dunque rara (0,3% dei casi nel 1988).

161 Le ricorrenti sottolineano infine il fatto che il beneficiario della preferenza è tenuto a presentare un'offerta equivalente all'offerta più bassa, cosa che aumenterebbe i rischi ai quali egli si espone, che sono proporzionali all'interesse che ha per l'opera.

162 La Commissione risponde che l'interesse che un'impresa ha per un'opera determinata deve manifestarsi nel prezzo che propone e non nella richiesta di un diritto di preferenza ai suoi concorrenti.

163 Essa sottolinea che l'attribuzione della preferenza a uno degli offerenti costituisce una ripartizione del mercato di cui trattasi, poiché sono i concorrenti stessi a decidere chi di loro sarà protetto dalla concorrenza degli altri.

2) Protezione dell'impresa prescelta (decisione, punti 39-41, 52-54 e 93-95)

164 Le ricorrenti, che non contestano la descrizione dei principi di funzionamento del sistema contenuta nella decisione, le contestano però di non aver tenuto presente la finalità del sistema, che è quella di proteggere dal «mercanteggiamento», e di non avere analizzato correttamente le conseguenze pratiche del sistema sul gioco della concorrenza.

165 Per quanto riguarda la protezione dal «mercanteggiamento», che consiste nell'azione del committente che oppone l'una all'altra le offerte ricevute simultaneamente o successivamente dalle diverse imprese per ottenere una riduzione dei prezzi, le ricorrenti spiegano che globalmente i vari protagonisti del mercato auspicano tale protezione, indispensabile per lottare contro il rischio di formazione di prezzi economicamente ingiustificati dovuto alla posizione di forza della domanda rispetto all'offerta, contro la perdita di efficienza della struttura negoziale del mercato dovuta all'anticipazione del mercanteggiamento nelle prime offerte e contro la perdita di obiettività della gara d'appalto, dovuta al fatto che durante le contrattazioni al ribasso i committenti potrebbero far prevalere preferenze soggettive anziché il prezzo più basso. Esse affermano che il sistema in esame non va oltre quanto è indispensabile per far fronte al mercanteggiamento e rilevano che esso è meno rigoroso delle normative nazionali e comunitarie che perseguono il medesimo scopo.

166 In quest'ottica le ricorrenti sottolineano che la protezione dell'impresa prescelta è il risultato di una procedura obiettiva che giunge a designare automaticamente come impresa prescelta il minor offerente e che dunque, lungi dal limitare la concorrenza, si limita ad anticipare nel tempo il momento in cui essa si esplica. Esse aggiungono che la Commissione non può accusare i regolamenti di impedire al committente di far prevalere considerazioni diverse dal prezzo nelle proprie contrattazioni con le imprese, in quanto il fatto che il committente inviti a presentare offerte comparabili rivelerebbe la sua intenzione di concentrare la concorrenza sul prezzo.

167 Esse considerano che il regolamento sulle offerte non simultanee e sulle offerte per lotti è indispensabile per evitare che il regolamento sulle offerte simultanee venga aggirato mettendo in competizione offerte successive o offerte per lotti.

168 Per quanto riguarda gli effetti pratici del sistema le ricorrenti sostengono che non è esatto affermare che il sistema crea di fatto, per l'impresa prescelta, un monopolio temporaneo per un appalto determinato. Da un lato il sistema non osterebbe, nel caso delle offerte simultanee, all'attribuzione del contratto da parte del committente a un offerente diverso dall'impresa prescelta. In secondo luogo, nel caso di offerte non simultanee, il sistema non impedirebbe alle imprese che presentano l'offerta dopo l'impresa prescelta di formulare un'offerta, ma si limiterebbe a subordinarla, nel caso di bandi di gara comparabili, vuoi al consenso dell'impresa prescelta, vuoi a quello di una commissione ad hoc istituita per verificare che le offerte non siano la conseguenza di un mercanteggiamento. Il consenso, infatti, verrebbe raramente negato, e non potrebbe esserlo nel caso in cui la nuova offerta fosse inferiore di una certa percentuale all'offerta dell'impresa prescelta. Tale percentuale, variabile a seconda del settore di cui trattasi, sarebbe commisurata al vantaggio di cui potrebbe disporre l'autore della nuova offerta cui fosse nota l'offerta precedente. Se le nuove offerte rispondono a un bando di gara che non è comparabile a quello cui rispondevano le vecchie offerte, l'analisi empirica realizzata dal signor Hartelust, intitolata «L'incontro della domanda e dell'offerta sul mercato olandese della costruzione nel periodo 1975-1979», evidenzerebbe che l'impresa prescelta non è mai protetta. In ultima analisi il sistema perverrebbe a una protezione dell'impresa prescelta, nel caso di offerte non simultanee, solo nel 10,5% dei casi.

- 169 La Commissione replica che il sistema di protezione dell'impresa prescelta ha l'effetto non solo di proteggere le imprese dal «mercanteggiamento» e dalla rovinosa concorrenza che ne conseguirebbe, ma anche da qualsiasi forma di concorrenza, in quanto estromette gli offerenti che non siano l'impresa prescelta dalle trattative con il committente o, quanto meno, subordina la partecipazione a tali trattative al consenso dell'impresa prescelta o di una commissione composta da imprenditori.
- 170 Essa sostiene che le ricorrenti non possono paragonare il sistema di protezione dell'impresa prescelta alle normative di diritto pubblico applicabili negli altri Stati membri né a quelle istituite dalla direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 186, pag. 5, in prosieguo: la «direttiva 71/305»). Tali normative infatti riguarderebbero soltanto gli appalti pubblici e perseguirebbero una finalità diversa da quella dei regolamenti in causa, in quanto mirano a preservare le pari opportunità delle imprese nei confronti dei pubblici poteri. D'altro canto, i regolamenti in esame non solo limitano le libertà di contrattazione del committente, come fanno le norme comunitarie e nazionali, ma in più prevedono uno scambio di informazioni e l'adeguamento reciproco e preventivo delle offerte di prezzo. Infine, la Commissione rileva che anche la normativa olandese concede alle imprese una certa protezione nella fase delle contrattazioni che seguono la raccolta delle offerte e che il sistema istituito dai regolamenti non era perciò tanto indispensabile quanto pretendono le ricorrenti.
- 171 La Commissione spiega anche che le ricorrenti non possono sostenere che la protezione dell'impresa prescelta interviene soltanto dopo che la concorrenza si è già esplicita. Per quanto riguarda le offerte simultanee, il processo di designazione dell'impresa prescelta non sarebbe infatti tanto obiettivo quanto pretendono le ricorrenti, in particolare quando si tratta di far valutare direttamente alle imprese la comparabilità delle offerte. La Commissione aggiunge che l'argomentazione delle ricorrenti riposa sull'errato convincimento che il committente che raccoglie varie offerte ha con ciò stesso già stabilito che la propria scelta avverrà in base al prezzo. Il committente potrebbe infatti legittimamente sentire l'esigenza di entrare in trattative con offerenti diversi da quello che ha presentato l'offerta minore e nulla giustificerebbe che lo si privi di tale possibilità per decisione unilaterale degli imprenditori.

- 172 Essa sostiene inoltre che il sistema di protezione dell'impresa prescelta si giustifica ancor meno per le offerte non simultanee. In questo caso infatti la protezione dell'impresa prescelta interviene non appena il committente decide, dopo aver ricevuto inizialmente una sola offerta, di chiederne una o diverse altre, vale a dire a uno stadio in cui la concorrenza non è ancora intervenuta. Orbene, questa protezione dell'impresa prescelta ha per conseguenza che le imprese invitate successivamente, se l'invito è comparabile a quello al quale aveva risposto l'impresa prescelta, possono presentare le loro offerte al committente soltanto se sono inferiori di una certa percentuale a quella dell'impresa prescelta. Tale percentuale supererebbe di gran lunga quanto è necessario per proteggere il primo offerente dall'utilizzo del contenuto della sua offerta da parte degli offerenti successivi.
- 173 La Commissione fa valere anche che il sistema di fissazione di prezzi parziali o unitari non è affatto necessario per proteggere le imprese dal mercanteggiamento, in quanto, contrariamente a quanto affermano le ricorrenti, esse possono subordinare le loro offerte per i singoli lotti alla condizione di vedersi assegnare tutto l'appalto.
- 174 Essa rileva che in ogni caso le ricorrenti hanno ammesso che, nel 10,5% dei casi, l'impresa prescelta conserva il proprio status grazie al diritto di precedenza sulle offerte non simultanee sancito dal regolamento. Secondo la Commissione, questo 10,5% rappresenta i casi in cui lo status di impresa prescelta ha consentito a quest'ultima di impedire che vengano presentate offerte successive inferiori alla sua.
- 175 Quanto alla trasparenza del mercato, la Commissione sottolinea che il sistema istituito dalle ricorrenti ha l'effetto di rendere il mercato totalmente opaco per i committenti occasionali. In questo caso sarebbero le imprese a trovarsi in posizione di forza sul mercato, e non l'inverso.

3) Subappalto (decisione, punti 55-59 e 100, terzo comma)

- 176 Le ricorrenti sostengono che il regolamento relativo al subappalto ha lo scopo di evitare che gli imprenditori principali inizino a mercanteggiare sulla base delle offerte ricevute dai vari subappaltanti. Perciò il regolamento generale sarebbe stato adattato alla specificità del subappalto, trasponendo il rapporto committente / offerenti nel rapporto impresa principale / subappaltatori.
- 177 La Commissione rimanda a quanto è stato detto a proposito della protezione dell'avente diritto sulla necessità di proteggere i subappaltanti dal rischio di mercanteggiamento.

Giudizio del Tribunale

- 178 Il Tribunale ricorda, in limine, che gli argomenti delle ricorrenti intesi a dimostrare che la protezione dell'impresa prescelta sarebbe indispensabile per evitare il mercanteggiamento, che condurrebbe a una concorrenza rovinosa, non sono rilevanti nell'ambito del motivo che attiene alla violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, e saranno considerati nell'ambito del motivo relativo alla violazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato.
- 179 Dal momento che le offerte dei vari partecipanti alla riunione sono state giudicate comparabili o rese tali dalla riunione, la procedura istituita ha lo scopo di giungere alla designazione di un'impresa prescelta. È importante ricordare in cosa consiste la protezione di cui beneficia l'impresa prescelta. Soltanto l'impresa prescelta ha il diritto di negoziare la propria offerta con il committente. Gli altri offerenti infatti vengono privati del diritto di entrare in contatto con il committente per contrattare il prezzo delle prestazioni o gli elementi del contratto in gioco (art. 28 degli UPRistr., art. 30 degli UPRap. e art. 5, n. 2, del codice deontologico). Essi possono dunque ottenere l'appalto soltanto al prezzo risultante dalla loro offerta e

conformemente al capitolato d'oneri. Nel caso di offerte non simultanee la protezione dell'impresa prescelta si estende anche alle offerte successive (art. 28 degli UPRistr., art. 30 degli UPRap. e art. 5, n. 3, del codice deontologico oltre al regolamento relativo alle offerte di prezzo non simultanee). È vietato alle imprese interpellate in un secondo tempo dal committente presentare un'offerta senza il consenso dell'impresa prescelta o, in caso questa lo neghi, senza il consenso di una commissione ad hoc designata dall'ufficio competente. Questa può emanare una decisione positiva soltanto se il prezzo proposto nell'offerta successiva presenta uno scarto di prezzo, al ribasso, sostanziale (dal 2,5% al 10%, a seconda del settore di cui trattasi) rispetto all'offerta dell'impresa prescelta. Questa protezione dell'impresa prescelta perdura per due o cinque anni (a seconda del valore dell'appalto in gioco).

180 I regolamenti prevedono tre modalità di designazione dell'impresa prescelta. Verrà designata vuoi l'impresa che ha presentato l'offerta più bassa durante la riunione, vuoi l'impresa consultata per prima nel caso di offerte non simultanee, vuoi infine l'impresa designata a priori come tale dalla riunione, in applicazione del meccanismo della preferenza.

181 Per quanto riguarda le offerte simultanee, in assenza di revoca e di preferenza, va osservato che l'impresa prescelta è l'impresa che ha presentato l'importo iniziale di offerta più basso. Occorre tuttavia chiedersi se tale protezione, oltre a intervenire dopo uno scambio di informazioni contrario alla concorrenza e dopo la fissazione di elementi del prezzo, non abbia anche, di per sé, l'effetto di restringere la concorrenza.

182 Il sistema di protezione dell'impresa prescelta ha lo scopo di conferire all'imprenditore che ha presentato l'importo iniziale d'offerta più basso durante la riunione (vale a dire l'offerta più bassa dopo aver detratto le maggiorazioni di prezzo) una protezione del contenuto e del prezzo della sua offerta contro le contrattazioni che potrebbero essere avviate tra il committente e altri membri della SPO, che abbiano o meno partecipato alla riunione; mentre i primi non possono negoziare la loro offerta, i secondi devono ottenere il consenso dell'impresa prescelta o di una com-

missione arbitrale per poter presentare un'offerta. A questo scopo le imprese partecipanti alla riunione cominciano con lo stabilire in che termini si faranno concorrenza. Dunque, si determina quale deve essere il contenuto delle diverse offerte, perché queste possano costituire per il committente alternative equivalenti tra le quali scegliere soltanto in base al prezzo.

183 Va sottolineato che, anche supponendo che durante la riunione la valutazione della comparabilità delle offerte sia la più obiettiva possibile, non si può ammettere che le imprese sostituiscano unilateralmente il loro giudizio a quello del committente, che deve avere il diritto di far pesare le sue preferenze soggettive, come ad esempio la reputazione dell'impresa, la sua disponibilità, la sua vicinanza, giudicando egli stesso dal proprio punto di vista, in quanto futuro utente, l'equivalenza delle varie offerte.

184 Per quanto riguarda le offerte non simultanee, va osservato che le ricorrenti si limitano a sottolineare che designare la prima impresa interpellata come impresa prescelta è indispensabile per evitare che il regolamento sulle offerte simultanee venga aggirato, pur ammettendo che a questo stadio viene accordata una protezione senza che la concorrenza abbia ancora giocato. Il carattere restrittivo della concorrenza presentato dalla protezione concessa all'impresa prescelta nel caso di bandi di gara non simultanei non viene dunque contestato, ma sarà necessario esaminare se tale meccanismo, come complemento indispensabile al regolamento sui bandi di gara simultanei, presenti i presupposti per la concessione di un'esenzione ex art. 85, n. 3, del Trattato (v., oltre, secondo motivo).

185 Per quanto riguarda la preferenza, va rilevato che questa permette al suo beneficiario di essere designato come impresa prescelta dai partecipanti alla riunione, indipendentemente dall'importo iniziale d'offerta che presenterà, ma a condizione che egli adotti come offerta definitiva l'importo iniziale più basso maggiorato degli indennizzi applicabili. Come ha rilevato la Commissione (v. decisione, punto 85), il

meccanismo della preferenza sostanzia una ripartizione di mercato nel senso che sono i partecipanti alla riunione a decidere quale fra essi si avvarrà della protezione dell'impresa prescelta in un momento in cui la concorrenza non si è ancora svolta. Così facendo essi si ripartiscono il mercato a detrimento della libera scelta dei fornitori da parte dei consumatori (sentenza Suiker Unie e a./Commissione, citata, punto 180). A questo proposito, è irrilevante che i partecipanti alla riunione non si trovino in concorrenza reciproca in maniera permanente e strutturata a causa delle specificità di ciascuna opera. Infatti, non è necessario interrogarsi sulle motivazioni delle imprese che si ripartiscono un mercato per stabilire se una tale ripartizione sia vietata dall'art. 85, n. 1, del Trattato.

186 È senz'altro vero che il meccanismo di protezione dell'impresa prescelta non elimina completamente la libera scelta del committente, che può ancora attribuire il contratto a un partecipante alla riunione diverso dall'impresa prescelta (ma senza poter contrattare la sua offerta) o a un'altra impresa (con il consenso dell'impresa prescelta o di una commissione arbitrale, se l'altra impresa è associata alla SPO). È tuttavia giocoforza rilevare che tale libertà di scelta è estremamente limitata a causa della protezione conferita all'impresa prescelta, in quanto gli altri partecipanti alla riunione non potranno concludere il contratto se non nella forma prevista nella rispettiva offerta. Il committente risulterà dunque privato del diritto di far valere le proprie preferenze in merito al contenuto e al prezzo nell'ambito di ciascuna offerta e sarà dunque costretto a una scelta tra varie offerte considerate globalmente. Inoltre, la possibilità di operare delle scelte all'interno della stessa offerta dell'impresa prescelta sarà fortemente limitata, in quanto quest'ultima sa di essere protetta e conosce l'ampiezza della protezione in materia di prezzo che le viene accordata nei confronti delle imprese aderenti alla SPO, essendo al corrente delle offerte degli altri partecipanti alla riunione e delle tabelle applicabili alle offerte non simultanee.

187 Risulta dalle considerazioni fin qui svolte che la protezione di cui beneficia l'impresa prescelta provoca una restrizione della concorrenza, ma sarà necessario analizzare nell'ambito del secondo motivo se tale protezione, che ha lo scopo di tutelare le imprese dal mercanteggiamento, dovesse fruire di un'esenzione ex art. 85, n. 3, del Trattato.

V — Comportamento della SPO nei confronti delle imprese non associate (decisione, punti 49-51, 98 e 99)

Argomenti delle parti

- 188 Le ricorrenti sostengono che gli imprenditori sono totalmente liberi di aderire o meno alla SPO in modo permanente, oppure di sottostare ai suoi regolamenti per un appalto specifico. Non vi sarebbe alcuna pressione sulle imprese non aderenti perché aderiscano all'organizzazione. Tuttavia esse ritengono che, per evitare che talune imprese abusino del sistema assoggettandovisi a fasi alterne, è necessario prevedere delle sanzioni. Infatti, poiché il sistema dei regolamenti costituisce un tutt'uno, è importante evitare che taluni se ne avvantaggino senza sopportarne gli oneri.
- 189 Esse ovviamente riconoscono che gli uffici della SPO hanno contatti con imprenditori non aderenti, ma tali contatti sarebbero sporadici e non potrebbero in alcun modo essere equiparati a pressioni. Può accadere tutt'al più che alcune imprese non aderenti vengano occasionalmente invitate a una riunione.
- 190 Le ricorrenti contestano inoltre l'affermazione contenuta al punto 99, secondo comma, della decisione, secondo la quale le imprese estere, per operare sul mercato olandese della costruzione, dovrebbero associarsi a un'impresa olandese vincolata dai regolamenti. Questa affermazione sarebbe contraddetta dai dati resi disponibili dalle ricorrenti sia per quanto riguarda il numero dei contratti di cooperazione conclusi sia per quanto riguarda il numero di appalti assegnati a imprese estere che non hanno accettato di sottostare ai regolamenti.
- 191 Esse ammettono che, durante le riunioni, si cerca di sapere se siano state invitate a presentare un'offerta, oltre ai partecipanti, anche imprese terze, ma sostengono che tale scambio di informazioni non restringe la concorrenza. Infatti, le informazioni scambiate avrebbero un valore limitato e non consentirebbero ai partecipanti di

adattare il loro comportamento di conseguenza, segnatamente nella fissazione della loro offerta iniziale, in quanto quest'ultima dipenderebbe da altri fattori economici.

192 Le ricorrenti contestano l'affermazione secondo cui i regolamenti consentirebbero ai membri della SPO di proteggersi efficacemente dalla concorrenza dei non membri. Questa tesi della Commissione non considererebbe il fatto che le imprese aderenti alla SPO rimangono comunque delle concorrenti che rivaleggiano sia tra di loro sia con le imprese terze. Esse negano pertanto che, in materia di designazione dell'impresa prescelta o di fissazione degli indennizzi per spese di calcolo, i partecipanti adottino un comportamento diverso a seconda della presenza o meno di concorrenti estranei all'organizzazione. La Commissione non avrebbe provato alcuna correlazione tra questi due elementi e i dati da essa riportati non sarebbero né significativi né pertinenti. In particolare, la percentuale dell'80% menzionata al punto 51 della decisione non dimostrerebbe che i partecipanti alla riunione abbiano una probabilità di ottenere l'appalto maggiore dei non partecipanti, né che tale maggiore probabilità sia il risultato di un comportamento collusivo.

193 Le ricorrenti concludono che le accuse che la Commissione formula senza aver effettuato alcuna inchiesta sono infondate. A riprova di ciò esse adducono il fatto che se le imprese non aderenti fossero realmente vittime del comportamento dei membri della SPO avrebbero denunciato tale comportamento, ovvero avrebbero aderito alla SPO. Inoltre, non dovrebbe perdersi di vista il fatto che nella maggioranza dei casi è il committente a determinare, ricorrendo alla licitazione privata, il numero e l'identità delle imprese che saranno in concorrenza per l'opera da appaltare.

194 La Commissione ribatte che il sistema di sanzioni previsto dai regolamenti può indurre i soggetti non membri a sottostare ai regolamenti in modo più o meno permanente, malgrado il sistema si prefigga di evitare gli abusi.

- 195 Essa rileva che le ricorrenti non negano che gli uffici prendono contatti con le imprese non aderenti e afferma che l'indagine da essa svolta ha dimostrato che tali contatti non si limitano ad invitare tali imprese a sottostare ai regolamenti.
- 196 La Commissione sostiene anche che la libertà di sottostare o meno ai regolamenti è alquanto relativa per le imprese estere, nella misura in cui queste devono, nella maggior parte dei casi, avvalersi di una collaborazione con un'impresa olandese per accedere al mercato, come dimostra una raccomandazione della camera di commercio tedesco-olandese. Orbene, la maggioranza degli imprenditori con i quali una collaborazione è possibile sono membri della SPO. La Commissione considera parziali i dati forniti dalle ricorrenti, in quanto riguardano unicamente le associazioni ufficiali.
- 197 Essa ricorda che la natura delle informazioni scambiate durante le riunioni consente ai partecipanti di disporre di un vantaggio rispetto alle imprese estere, come è stato dimostrato dalla decisione (punti 49-51, 98 e 99).
- 198 La Commissione conclude che vi è restrizione della concorrenza in quanto ogni «outsider» si trova dinanzi al seguente dilemma: o attaccare da solo il fronte unitario dei partecipanti alla riunione, o entrare a far parte di tale fronte unitario limitando così le sue possibilità di concorrere con le altre imprese.

Giudizio del Tribunale

- 199 Il Tribunale considera che, indipendentemente da ogni pressione diretta esercitata dalle ricorrenti sui non membri affinché aderiscano alla SPO, il sistema dei regolamenti in sé, attribuendo alle imprese partecipanti considerevoli vantaggi, in particolare sotto forma di scambi di informazioni e rimborsi di spese di calcolo, costi-

tuisce, per il solo fatto di esistere, una pressione esercitata sui non membri per ottenere la loro adesione (v. la decisione, punto 98).

200 Inoltre il sistema dei regolamenti, per sua natura, raggiunge i propri obiettivi tanto meglio quanto più numerose sono le imprese partecipanti. Infatti, la limitazione delle spese di transazione e la lotta al mercanteggiamento sono tanto più efficaci quando più è ridotto il numero di casi in cui l'appalto viene aggiudicato a imprese non aderenti alla SPO. In quest'ottica, l'attribuzione di un appalto a un non aderente è considerato un rischio contro cui ci si deve premunire versando una parte delle maggiorazioni di prezzo a un fondo di garanzia destinato proprio a coprire tale rischio (v. decisione, punto 43).

201 Ne risulta che ci sono tutte le condizioni perché sui non aderenti vengano esercitate pressioni affinché essi aderiscano al sistema. Stando così le cose il semplice fatto, ammesso dalle ricorrenti, che gli uffici della SPO contattino imprese non aderenti può essere equiparato a pressioni.

202 D'altro canto è pacifico tra le parti che i regolamenti prevedono la possibilità che la riunione rinunci a priori alla designazione di un'impresa prescelta (v., supra, punti 100, 101 e 117) e all'applicazione delle maggiorazioni di prezzo. Queste possibilità consentono ai partecipanti alla riunione di adeguare la propria condotta nel mercato all'intensità della concorrenza esterna. Possono dunque partecipare a tale concorrenza con il vantaggio che hanno precedentemente tratto dal sistema dell'indennizzo per spese di calcolo, che consente loro ogni volta di non addebitare nessuna spesa di calcolo all'opera per la quale si trovano a concorrere con imprese non aderenti alle associazioni ricorrenti. Del pari, la rinuncia a priori alla designazione di un'impresa prescelta consente loro di partecipare, se del caso, a una contrattazione serrata che li opponga ad imprese estranee all'organizzazione, aumentando così la probabilità che uno di essi ottenga l'appalto.

- 203 Si deve peraltro rilevare che il fatto che le imprese aderenti alle associazioni ricorrenti siano obbligate ad adottare di concerto un atteggiamento difensivo nei casi in cui sono confrontate alla concorrenza esterna rafforza il loro interesse a veder aumentare il numero dei membri e dunque diminuire il numero dei concorrenti esterni in grado di indurle a rinunciare ai vantaggi della loro adesione alle associazioni ricorrenti.
- 204 Da tutto quanto precede discende che la Commissione ha in piena legittimità ritenuto che il sistema dei regolamenti introdotti nel 1987, di fatto, pregiudichi la libertà delle imprese di aderirvi o meno, nella misura in cui la loro mancata adesione le priverebbe di numerosi vantaggi connessi al sistema e le metterebbe in concorrenza non già con una serie di imprenditori che agiscono indipendentemente gli uni dagli altri, bensì con un certo numero di imprenditori che hanno interessi e informazioni comuni e dunque comuni comportamenti.
- 205 Ne consegue che i regolamenti adottati nel 1987 costituiscono una violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato.
- 206 Per quanto riguarda i regolamenti precedenti, il Tribunale rileva che, dopo aver constatato che essi differiscono dai regolamenti adottati nel 1987 per taluni aspetti essenziali come l'esistenza di una procedura di contronotifica, la possibilità di migliorare e correggere i prezzi, il meccanismo di preferenza che risultava nell'aumento dei prezzi di tutti i partecipanti, la Commissione ha osservato nella decisione (punti 62-65) che i regolamenti adottati nel 1987 rappresentavano sostanzialmente la continuazione dei regolamenti precedenti e, di conseguenza, la valutazione giuridica espressa per gli uni valeva anche, *mutatis mutandis*, per gli altri (punto 114). La Commissione ritiene inoltre (decisione, punto 138) che dal 1° ottobre 1980 i vari regolamenti precedenti, da un lato, erano sufficientemente uniformati, essendo stati approvati dalla SPO (punti 15, 62 e 138), e, dall'altro, erano oggetto di un sistema di sanzioni uniforme istituito dal codice deontologico e reso obbligatorio per gli aderenti alla SPO con decisione della sua assemblea generale entrata in vigore il 1° ottobre 1980 (punti 12, 13 e 138).

207 Il Tribunale osserva che, di fronte a queste affermazioni, le ricorrenti sostengono, in primo luogo, che i regolamenti emanati nel 1987 non costituiscono «la continuazione di accordi della stessa natura conclusi in precedenza», bensì «un cambiamento di rotta» rispetto a tali accordi (ricorso, punto 3.14, parte in diritto) e, in secondo luogo, che la SPO non ha mai adottato il testo di un UPR «Burger- & Utiliteitsbouw Openbaar» (costruzione residenziale e non residenziale in asta pubblica) che si sostiene entrato in vigore il 1° gennaio 1973, avendo continuato le varie associazioni ad applicare individualmente i loro specifici regolamenti fino al 1987 (replica, pag. 24).

208 Va rilevato in primo luogo che, lungi dal contraddire i punti 62 e 65 della decisione, il ragionamento svolto dalle ricorrenti perviene in realtà a riconoscere la fondatezza dell'analisi sviluppata dalla Commissione. Infatti, per dimostrare che i regolamenti introdotti nel 1987 costituiscono un «cambiamento di rotta» rispetto agli accordi analoghi conclusi in precedenza, esse sottolineano che tali regolamenti non prevedono più taluni elementi come la «contronotifica» o i «miglioramenti» e le «rettifiche di prezzo», dei quali riconoscono, per il primo, che esso «rischiava di offrire alle imprese interessate la possibilità di avviare una concertazione illecita» e, per il secondo, che esso era stato vietato «in quanto non veniva applicato esclusivamente in situazioni di concorrenza disastrosa, ma anche perché, essendo inteso a misurare il fenomeno di compressione dei prezzi, questo sistema comportava inevitabilmente un certo numero di elementi arbitrari» (ricorso, punto 3.14, parte in diritto). Così, affermando che i regolamenti adottati nel 1987 restringono la concorrenza meno di quanto facessero i regolamenti precedenti e che proprio sotto questo aspetto costituiscono un cambio di rotta rispetto a questi ultimi, le ricorrenti hanno indicato che ne rappresentano la continuazione.

209 Di conseguenza, la Commissione ha legittimamente concluso per l'esistenza di una continuità tra i regolamenti precedenti e i regolamenti adottati nel 1987 e che, per taluni aspetti, i primi causavano una restrizione della concorrenza almeno pari a quella determinata dai secondi.

210 Va osservato in secondo luogo che, contrariamente a quanto sembrano assumere le ricorrenti nella loro replica, la decisione non afferma che a partire dal 1° ottobre

1980 i vari regolamenti precedenti sono stati adottati dalla SPO. La decisione afferma soltanto che, a partire da tale data, detti regolamenti dovevano essere approvati dalla SPO, cosa che le ricorrenti non hanno contraddetto, limitandosi a spiegare che fino al 1987 i regolamenti venivano adottati dalle varie associazioni. Si deve peraltro rilevare con la Commissione che la decisione si è limitata a riprendere, su questi punti, gli elementi forniti dalle ricorrenti nelle risposte inviate il 19 dicembre 1988 alle richieste di informazioni formulate dalla Commissione (contro-replica, allegato 2). Inoltre, è importante osservare che le ricorrenti non hanno contestato il fatto che a partire dal 25 novembre 1980 l'art. 4 del Besluit Algemene Bepalingen (decisione relativa alle disposizioni generali) esigesse l'approvazione della SPO per l'adozione e l'applicazione dei regolamenti delle varie associazioni ricorrenti.

- 211 È d'uopo osservare in terzo luogo che, dal 1° ottobre 1980, i vari regolamenti precedenti sono stati effettivamente oggetto di un sistema di sanzioni uniformi, istituito dal codice deontologico e reso obbligatorio per gli aderenti alla SPO con decisione della sua assemblea generale in vigore da tale data.
- 212 Ne consegue che, nelle circostanze del caso di specie, la decisione ha giustamente evitato di analizzare separatamente il contenuto dei regolamenti precedenti e ha considerato che essi restringessero la concorrenza almeno quanto i regolamenti adottati nel 1987, che ne rappresentavano la continuazione. Parimenti a buon diritto la decisione ha valutato che a partire dal 1° ottobre 1980 i vari regolamenti fossero stati sufficientemente uniformati, grazie al meccanismo di approvazione da parte della SPO e al sistema di sanzioni uniformato, da poter essere visti come un insieme omogeneo.
- 213 Da tutte le considerazioni che precedono discende che la seconda parte del primo motivo va respinta.

Terza parte: mancanza di incidenza sugli scambi tra Stati membri

Argomenti delle parti

214 Le ricorrenti sostengono che, perché l'art. 85 del Trattato sia applicabile ad accordi con validità limitata al territorio di un solo Stato membro, è necessario che essi incidano in maniera sensibile sugli scambi tra Stati membri. Ciò presupporrebbe, in primo luogo, l'esistenza di scambi tra Stati membri nel mercato interessato (sentenza della Corte 31 maggio 1979, causa 22/78, Hugin/Commissione, Racc. pag. 1869) e, in secondo luogo, che gli scambi siano pregiudicati in modo sensibile dagli accordi di cui trattasi (sentenza della Corte 12 maggio 1989, causa 320/87, Ottung, Racc. pag. 1177, punto 19). Nel caso di specie, nessuno di questi presupposti sussisterebbe e l'art. 85 del Trattato non si potrebbe dunque applicare.

215 Per quanto riguarda il primo presupposto, le ricorrenti fanno valere che emerge in particolare dall'analisi del signor Hartelust che nel mercato della costruzione gli scambi tra Stati membri sono quasi inesistenti sia dal punto di vista del numero di cantieri sia del loro valore e sono totalmente inesistenti in mercati del prodotto determinati quali il settore della demolizione e quello della segnaletica stradale orizzontale. In fase di replica esse aggiungono che la Commissione non può rifarsi alla sentenza della Corte 1° febbraio 1978, causa 19/77, Miller/Commissione (Racc. pag. 131), per sostenere che è necessario prendere in considerazione non soltanto gli scambi esistenti, ma anche la loro evoluzione futura, indotta da modifiche legislative o da altri fattori. Infatti esse ritengono che le modifiche legislative cui si riferisce la Commissione non fossero prevedibili al momento in cui le ricorrenti hanno elaborato ed applicato i loro regolamenti rispettivi.

216 Per quanto riguarda il secondo presupposto, le ricorrenti ritengono sostanzialmente che in assenza di scambi non è possibile che questi vengano pregiudicati in modo sensibile dai regolamenti, a meno che la Commissione non provi che l'assenza di scambi significativi è imputabile ai regolamenti. Nel caso di specie, la Commissione non lo avrebbe dimostrato, per il semplice motivo che l'assenza di scambi è dovuta a fattori strutturali, ad esempio il raggio d'azione geograficamente limitato delle imprese, gli elevati costi di trasporto, il ruolo dell'impresa principale, i problemi

legati alla diversità dei capitolati d'oneri (normalizzati), delle culture, dei gusti, delle lingue, ecc., nonché al fatto che è il committente a definire il numero e il tipo delle imprese da invitare. In aggiunta a ciò, la Commissione non avrebbe dimostrato, per ognuno dei regolamenti precedenti, che esistevano scambi internazionali su ciascun mercato del prodotto e su ciascuno dei mercati geografici disciplinati separatamente da tali regolamenti. A questo proposito esse ritengono che la Commissione non abbia il diritto di avvalersi della teoria dell'effetto cumulato nei limiti in cui questa presuppone che i vari accordi si collochino nello stesso mercato del prodotto e nello stesso mercato geografico. Orbene, esse avrebbero dimostrato che ogni settore costituiva un mercato distinto (v., supra, prima parte del motivo). Infine, i detti regolamenti andrebbero considerati in parallelo con la normativa comunitaria sugli appalti di lavori pubblici, la quale, fissando un limite di 5 milioni di ECU (che è nettamente superiore al limite di 200 000 ECU fissato dalla direttiva sugli appalti pubblici di forniture), indicherebbe che soltanto opere di costruzione di entità assai elevata possono indurre scambi internazionali di una certa importanza.

- 217 Esse sostengono anche che in ogni caso i regolamenti non hanno l'effetto di chiudere il mercato olandese in quanto si applicano indistintamente alle imprese estere e alle imprese olandesi, che sono ugualmente libere di sottostarvi o meno.
- 218 Le ricorrenti contestano il fatto che i regolamenti diminuiscano il ricorso all'asta pubblica, sfavorendo così le imprese estere. Infatti, le aste pubbliche non sarebbero più rare nei Paesi Bassi di quanto non lo siano negli altri paesi e gli stranieri vi parteciperebbero altrettanto poco quanto alle licitazioni private.
- 219 Esse ritengono peraltro che la pretesa incidenza dei regolamenti, nei Paesi Bassi, sulla domanda proveniente da committenti con sede in altri Stati membri, non rientri nel concetto di scambi tra Stati membri di cui all'art. 85 del Trattato e che in ogni caso il ragionamento della Commissione si fondi sulla tesi, errata, che i regolamenti causano un aumento uniforme dei prezzi nei Paesi Bassi.

220 Infine, le ricorrenti sostengono che la tesi del presunto «vantaggio» concorrenziale di cui disporrebbero le imprese olandesi quando operano sul mercato degli altri Stati membri, grazie ai regolamenti ed in particolare grazie al sistema di recupero delle spese di calcolo, viene smentita dalla bassa redditività delle imprese di costruzione nei Paesi Bassi, oltre che dal raffronto effettuato dallo studio PRC BV Management Consultants (in prosieguo: la «PRC») tra, da un lato, l'importo delle spese generali maggiorato dell'indennizzo per spese di calcolo nei Paesi Bassi e, dall'altro, la percentuale applicata a titolo di spese generali in altri quattro Stati membri.

221 La Commissione ribatte richiamandosi ai punti 103-108 della decisione. Essa aggiunge che la giurisprudenza costante della Corte, lungi dal richiedere che i regolamenti estromettano di fatto le imprese estere dal mercato olandese, considera sufficiente che siano atti a pregiudicare in maniera sensibile gli scambi tra Stati membri. Di conseguenza, non si dovrebbe tenere conto solo degli scambi intracomunitari attuali, bensì anche degli scambi intracomunitari potenziali (sentenza Miller/Commissione, citata).

222 La Commissione ritiene assolutamente fuori luogo invocare la sentenza della Corte nella causa Hugin/Commissione, citata, poiché in quell'occasione si trattava di effetti negativi sulla concorrenza che, lungi dal riguardare l'intero territorio di uno Stato membro, ne coprivano soltanto una piccolissima parte o avevano natura completamente diversa rispetto a quelli dei presenti regolamenti. Orbene, intese che abbracciano l'intero territorio di uno Stato membro, come si verifica nel caso di specie, avrebbero, per natura, l'effetto, contrario alla compenetrazione economica voluta dal Trattato, di consolidare una compartimentazione del mercato nazionale (sentenza della Corte 17 ottobre 1972, causa 8/72, Vereniging van Cementhandelaren/Commissione, Racc. pag. 977). Infatti, accordi del genere porterebbero ad una parcellizzazione del mercato comune in diversi mercati nazionali caratterizzati da condizioni artificialmente differenziate (sentenza della Corte 11 luglio 1989, causa 246/86, Belasco e a./Commissione, Racc. pag. 2117). Secondo la Commissione, è suo compito non già dimostrare che i regolamenti estromettono le imprese estere dal mercato olandese della costruzione, bensì, cosa che sarebbe stata dimostrata nella decisione, che tali regolamenti modificano radicalmente le condizioni di concorrenza in cui devono operare le imprese estere, sia quando partecipano al sistema sia quando presentano un'offerta al di fuori di esso. Essa aggiunge che questa fattispecie di pregiudizio degli scambi tra Stati membri era presa in con-

siderazione nella comunicazione degli addebiti (punti 98 e seguenti) e nella decisione (punti 106 e seguenti).

223 Nel caso di specie, essa ritiene che gli scambi tra Stati membri sono limitati, ma sussistono e che l'analisi del signor Hartelust non è significativa in quanto non tiene conto degli scambi che avvengono al di fuori dei regolamenti, non precisa se sono stati esaminati i verbali di tutte le riunioni tenutesi in applicazione dei regolamenti e riguarda soltanto un periodo limitato, compreso tra il 1° gennaio 1986 e il 1° ottobre 1988.

224 D'altro canto essa ritiene che, attraverso il sistema di indennizzo per spese di calcolo, i regolamenti hanno l'effetto di scoraggiare i committenti dal ricorrere all'asta pubblica. Orbene, l'asta pubblica costituisce il miglior modo per le imprese estere di accedere al mercato olandese, poiché, in questo caso, l'identità degli offerenti non viene determinata dal committente. La Commissione ne assume per prova la denuncia presentata dal comune di Rotterdam.

225 La Commissione ne desume che i regolamenti sono effettivamente atti a pregiudicare gli scambi tra Stati membri. Essa aggiunge che è inutile, per le ricorrenti, distinguere secondo i periodi e il carattere unitario o meno dei regolamenti, giacché i regolamenti anteriori al 1° aprile 1987 avevano un contenuto ancora più condannabile, alla luce dell'art. 85, n. 1, del Trattato, dei regolamenti attualmente in vigore. Essi erano stati redatti e uniformati sotto l'egida o sotto il controllo della SPO e, dal 1980, erano oggetto di un sistema uniforme di sanzioni istituito dal codice deontologico. Di conseguenza, sarebbe importante sapere non già se, in taluni settori, esistessero o meno scambi tra Stati membri, bensì se i regolamenti, complessivamente, siano atti a pregiudicare gli scambi tra Stati membri (v., supra, prima parte del motivo).

Giudizio del Tribunale

- 226 Il Tribunale osserva che la Commissione ha ritenuto che i regolamenti pregiudichino gli scambi tra Stati membri in tre modi distinti: incidendo sull'offerta in provenienza dagli altri Stati membri (punti 103-111 della decisione), sulla domanda in provenienza dagli altri Stati membri (punto 112) e sull'offerta delle imprese partecipanti negli altri Stati membri (punto 113).
- 227 Il Tribunale ricorda, in limine, che il presupposto relativo agli effetti sugli scambi tra Stati membri, di cui agli artt. 85 e 86 del Trattato, ha lo scopo di determinare l'ambito di azione del diritto comunitario rispetto ai diritti nazionali (sentenza della Corte 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, Consten e Grundig/Commissione, Racc. pag. 457).
- 228 È sufficiente dunque che venga dimostrata la sussistenza di una soltanto delle tre fattispecie di pregiudizio per gli scambi tra Stati membri rilevate dalla Commissione ai punti 103-113 della decisione perché l'art. 85 del Trattato si applichi ai regolamenti adottati dalle ricorrenti.
- 229 È inoltre importante ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, un'intesa che abbraccia l'intero territorio di uno Stato membro ha, per natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato (sentenze della Corte, Vereniging van Cementhandelaren/Commissione, citata, punto 29, e 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia e a./Commissione, Racc. pag. 2545, punto 22).
- 230 Nel caso di specie, non si contesta il fatto che i regolamenti introdotti nel 1987 si applicano all'insieme del territorio olandese. Quanto ai regolamenti precedenti, va ricordato che essi sono simili tra loro e, considerati complessivamente, coprono tutto il territorio olandese oltre che tutto il mercato della costruzione (v., supra, il

punto 81). Di conseguenza, nessuno dei predetti regolamenti può essere esaminato separatamente dagli altri tra i quali si inserisce, tanto più che tali regolamenti erano oggetto di procedure uniformate di sanzione nell'ambito di una sola ed unica associazione sin dal 1980. I regolamenti precedenti devono dunque essere equiparati ai regolamenti adottati nel 1987 (v., supra, punti 206-212). Tutti questi regolamenti sono pertanto, per natura, atti a pregiudicare gli scambi tra Stati membri in quanto modificano le condizioni di concorrenza nei Paesi Bassi, differenziandole artificialmente da quelle prevalenti negli altri Stati membri, e causano dunque una parcelizzazione del mercato comune.

231 In ogni caso il Tribunale considera che la Commissione ha legittimamente constatato che i regolamenti possono avere un'incidenza notevole sull'offerta proveniente dagli altri Stati membri e sull'offerta delle imprese partecipanti negli altri Stati membri.

232 Per quanto riguarda l'incidenza dei regolamenti sull'offerta proveniente dagli altri Stati membri, non si può non rilevare con la Commissione che le ricorrenti hanno indicato esse stesse che il sistema di indennizzo per spese di calcolo ha lo scopo precipuo di spingere i committenti a soppesare i pro e i contro della consultazione di un numero più o meno elevato di offerenti poiché, essendosi evidenziate le spese di transazione, il committente saprebbe di doverne sopportare l'onere. Un sistema del genere, globalmente, porterebbe a costi di transazione meno elevati. Per raggiungere tale obiettivo, il sistema, ponendo a carico dei committenti le spese di calcolo di tutti gli offerenti invitati, spinge i committenti a definire meglio i bandi di gara e ad invitare un numero minore di offerenti. Poiché soltanto nell'ambito della licitazione privata si può limitare il numero di offerenti invitati dai committenti, il sistema favorisce gli appalti indetti a licitazione privata rispetto alle aste pubbliche e, tra le licitazioni private, quelle più ristrette, come indica la denuncia del comune di Rotterdam (punti 19 e 34 della denuncia).

- 233 Orbene, la Commissione ritiene giustamente che l'asta pubblica costituisca il mezzo per eccellenza a disposizione delle imprese estere per avere accesso al mercato olandese.
- 234 Ne consegue che, in quest'ottica, i regolamenti possono avere un impatto diretto o indiretto sull'offerta in provenienza dagli altri Stati membri.
- 235 Come sostiene la Commissione, le ricorrenti non possono confutare questa analisi adducendo la limitata entità degli scambi tra Stati membri, visto che non contestano i dati prodotti dalla Commissione nella decisione, i quali mettono in luce l'esistenza di scambi reali, anche se ancora limitati, tra Stati membri. Così, le ricorrenti non contestano che circa 150 imprese stabilite in altri Stati membri aderiscono in maniera più o meno permanente agli UPR. Le dette imprese hanno sede, principalmente, in Germania e in Belgio e tra di esse figurano tutte le maggiori imprese tedesche e belghe; le altre sono imprese francesi, lussemburghesi o italiane. Orbene, si desume dalla giurisprudenza della Corte che, perché gli accordi siano vietati dall'art. 85, n. 1, del Trattato, non si richiede che essi pregiudichino in misura rilevante gli scambi tra Stati membri, ma solo che siano atti a produrre questo effetto (sentenza Miller/Commissione, citata, punto 15). Dal momento che è sufficiente un effetto potenziale, per valutare l'impatto dell'accordo sugli scambi tra Stati membri si può prendere in considerazione l'evoluzione futura degli scambi, sia stata essa prevedibile o meno. Infine, circa l'entità di tale incidenza, è necessario rilevare con la Commissione che più gli scambi sono limitati, più rischiano di essere pregiudicati dall'accordo.
- 236 Il Tribunale osserva anche che le ricorrenti non possono invocare il limite di 5 milioni di ECU fissato dalla direttiva 71/305. Infatti, come ha rilevato la Commissione nella sua decisione (punto 105), gli obiettivi dell'art. 85 del Trattato e quelli della direttiva sono troppo diversi perché il limite fissato da quest'ultima possa fungere da riferimento per l'applicabilità della prima disposizione. A questo proposito è importante rilevare che la direttiva ha una base giuridica diversa dall'art. 85 del Trattato e non menziona tale articolo in nessuno dei suoi 'considerando'. Non si

può pertanto sostenere che il limite fissato da tale direttiva debba guidare la Commissione nell'applicazione dell'art. 85 del Trattato.

237 Per quanto riguarda l'incidenza dei regolamenti sull'offerta delle imprese partecipanti negli altri Stati membri, è incontestabile che, per un'opera determinata, le imprese aderenti alle associazioni ricorrenti nei casi in cui operano al di fuori dell'ambito di applicazione dei regolamenti, come avviene al di fuori del territorio olandese, sono avvantaggiate rispetto alle imprese non aderenti.

238 A questo proposito, il raffronto operato dalle ricorrenti è un raffronto globale, mentre il vantaggio di cui le imprese olandesi dispongono quando operano all'estero va valutato singolarmente per ciascuna opera. Orbene, non può contestarsi che il sistema di recupero delle spese di calcolo, che comprende il fondo di garanzia, consente ai membri delle associazioni ricorrenti di non integrare nelle loro spese generali le spese di calcolo sostenute per presentare offerte per le quali non hanno vinto l'appalto, mentre le imprese estere devono includere tali costi nelle loro spese generali. Così, per un determinato appalto cui partecipano al di fuori dei Paesi Bassi, le imprese aderenti alle associazioni ricorrenti devono inglobare nella loro offerta soltanto le spese di calcolo generate da tale appalto, mentre le altre imprese devono includervi una parte delle spese di calcolo occasionate da tutte le offerte presentate senza successo. Così, esse dispongono di un vantaggio concorrenziale artificiale rispetto alle imprese concorrenti che esercitano la maggior parte delle loro attività in altri Stati membri. Gli scambi tra Stati membri ne risultano dunque falsati.

239 Le ricorrenti non possono confutare la forza probante di questi elementi adducendo la modesta entità dei margini di profitto delle imprese di costruzione olandesi, che sarebbe provata da un raffronto tra l'ammontare delle spese generali aumentate degli indennizzi per spese di calcolo nei Paesi Bassi e la percentuale applicata a titolo di spese generali in altri quattro Stati membri. Infatti, la bassa redditività delle imprese olandesi può essere attribuita a numerosi fattori diversi dal sistema di recupero delle spese di calcolo.

- 240 Ne consegue che i regolamenti sono atti a pregiudicare in modo rilevante gli scambi tra Stati membri e che questa parte del motivo va perciò respinta.
- 241 Dalle considerazioni sopra svolte discende che il primo motivo non può essere accolto.

Secondo motivo: violazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato

Prima parte: mancata considerazione delle caratteristiche del mercato e inosservanza delle norme relative all'onere della prova

1) Caratteristiche del mercato

Argomenti delle parti

- 242 Le ricorrenti sostengono che dalla sentenza della Corte 27 gennaio 1987, causa 45/85, *Verband der Sachversicherer/Commissione* (Racc. pag. 405, punti 14 e 15), si desume che, anche se il regime comunitario della concorrenza si applica in pieno al settore olandese della costruzione, ciò non implica affatto che il diritto comunitario della concorrenza non consenta di tener conto delle particolarità di taluni settori dell'attività economica. Spetta alla Commissione, nell'ambito della sua competenza a concedere, in forza dell'art. 85, n. 3, del Trattato, esenzioni dai divieti posti dall'art. 85, tener conto della natura particolare dei vari settori economici e delle difficoltà proprie di tali settori. Orbene, nel caso di specie, la Commissione non avrebbe tenuto conto delle caratteristiche specifiche del settore della costruzione, ad esempio del fatto che si tratta di un settore tipicamente formato da piccole e medie imprese, e delle difficoltà proprie di tale settore, che avrebbero giustificato l'adozione dei regolamenti notificati, che sarebbero tipici regolamenti settoriali.

243 Tra queste caratteristiche esse mettono più particolarmente in evidenza: a) il fatto che ogni appaltante definisce il proprio prodotto e che questo può dunque essere utilizzato una sola volta, b) la natura delle imprese di costruzione (caratterizzate da un rapporto asimmetrico tra dimensioni dell'impresa e dimensioni del cantiere; dai problemi di continuità; dall'assenza di economie di scala; dal fatto che in uno stesso mercato del prodotto le imprese di costruzione sono largamente intercambiabili; dall'assenza di barriere all'accesso per i piccoli operatori), c) il fatto che il prezzo dell'opera deve essere fissato in anticipo, che l'elaborazione di un'offerta provoca elevati costi di transazione e, infine, che il ricorso all'appalto come modo di conclusione dei contratti rischia di provocare prezzi economicamente ingiustificati.

244 Le ricorrenti sostengono che queste diverse caratteristiche introducono nel mercato squilibri strutturali tra, da un lato, una domanda per la quale il mercato è completamente trasparente, la quale dispone della facoltà di determinare quali siano le imprese che potranno accedere al mercato, oltre che della facoltà di confrontare tra di loro le varie offerte che le verranno presentate, e, dall'altro, un'offerta per la quale il mercato non è trasparente, la quale dipende dalle scelte dei committenti e deve sostenere costi di transazione elevati per accedere al mercato. Questo squilibrio strutturale avrebbe per conseguenza prezzi economicamente ingiustificati e una concorrenza rovinosa.

245 Secondo le ricorrenti, questo squilibrio strutturale tra l'offerta e la domanda, provato da numerose analisi teoriche, nei Paesi Bassi sarebbe particolarmente importante in quanto, da un lato, l'impresa principale sarebbe responsabile, nei confronti del committente, della buona esecuzione dei lavori, ivi compresi quelli effettuati dalle imprese subappaltanti, e, dall'altro, la legislazione olandese non proibirebbe al committente, così rigorosamente come le normative di altri Stati membri, di mettere in concorrenza le offerte presentate dai vari offerenti, pratica questa che si definisce «mercanteggiamento».

246 Le ricorrenti fanno valere che i regolamenti sanzionati hanno unicamente lo scopo di correggere tale squilibrio strutturale, essenzialmente riducendo le spese di transazione sostenute dall'offerta e contrastando il mercanteggiamento. La limitatezza

dei margini di profitto osservati sul mercato olandese della costruzione corroborerebbe tale analisi. Lo scopo illustrato sarebbe condiviso da tutti gli operatori del mercato e dalle stesse autorità olandesi, in quanto in assenza dei regolamenti vietati si assisterebbe vuoi a una concorrenza rovinosa, vuoi ad intese occulte dirette a correggere tali squilibri.

247 Nella replica le ricorrenti fanno valere che le affermazioni della Commissione in merito al funzionamento di altri mercati di servizi o del mercato della costruzione in altri Stati membri non si fondano su alcuna analisi o inchiesta effettuata dalla Commissione e sono dunque prive di giustificazione. La Commissione si limiterebbe ad esaminare a livello micro-economico in che misura la libertà d'azione degli operatori risulti limitata ed equiparerebbe ogni restrizione della libertà d'azione a una restrizione della concorrenza, mentre si sarebbero dovuti esaminare i regolamenti a livello macro-economico.

248 La Commissione ammette sì che le caratteristiche del settore della costruzione vanno prese in esame nei limiti in cui determinano il contesto economico e giuridico in cui si inquadra la valutazione dei regolamenti controversi. Tuttavia, queste caratteristiche non possono avere l'effetto di sottrarre in tutto o in parte tali regolamenti all'ambito d'applicazione dell'art. 85. Così stando le cose, una trattazione astratta delle caratteristiche del mercato, come quella tentata dalle ricorrenti, non sarebbe rilevante.

249 Essa sostiene che il settore della costruzione nei Paesi Bassi non differisce dagli altri settori dei servizi o dal settore della costruzione in altri Stati membri così tanto da dover essere valutato in maniera sensibilmente diversa nell'applicazione dell'art. 85 del Trattato. Quindi, il fatto che il mercato di questi diversi settori funzioni correttamente in assenza di regolamenti come quelli che sono stati vietati priva di ogni fondamento la tesi secondo la quale i regolamenti controversi costituiscono la correzione necessaria degli squilibri strutturali del settore olandese della costruzione.

250 Per il resto, la Commissione richiama i punti 71-77 della decisione, in cui ha già risposto agli argomenti delle ricorrenti.

251 Essa ricorda in particolare, in risposta all'affermazione secondo cui il ricorso all'appalto come modalità di conclusione dei contratti condurrebbe a un livello di prezzi economicamente ingiustificato, che non esiste un livello di prezzi economicamente giustificato, in quanto i costi complessivi di ogni impresa sono diversi e variano a seconda delle circostanze. In talune circostanze, infatti, sarebbe economicamente giustificato praticare prezzi inferiori al costo medio, per ammortizzare i costi fissi.

252 La Commissione fa valere infine che non le si può rimproverare di non aver prestato attenzione alla dimensione macro-economica dei regolamenti. Infatti, per ottenere un'esenzione, le ricorrenti devono provare in particolare che i regolamenti contribuiscono concretamente a migliorare la produzione, la distribuzione, ovvero a promuovere il progresso tecnico o economico. In quest'ottica, invocare dei miglioramenti macro-economici la cui connessione con i regolamenti non è stata dimostrata, non può essere sufficiente.

Giudizio del Tribunale

253 Il Tribunale ricorda che si evince dalla giurisprudenza della Corte che spetta alla Commissione nell'ambito della sua competenza a concedere, in forza dell'art. 85, n. 3, del Trattato, esenzioni dai divieti posti dall'art. 85, n. 1, del Trattato, tener conto della natura particolare dei vari settori economici e delle difficoltà proprie di tali settori (sentenza *Verband der Sachversicherer/Commissione*, citata, punto 15).

254 Nel caso di specie le ricorrenti contestano alla Commissione di avere svolto un'analisi micro-economica dei regolamenti, mentre la finalità di questi ultimi sarebbe quella di correggere squilibri tra l'offerta e la domanda che esistono a livello macro-economico a causa delle caratteristiche delle imprese attive in questo settore, delle caratteristiche dei prodotti di cui trattasi e delle carenze della normativa olandese che accollerebbe ogni responsabilità all'impresa principale responsabile e non consentirebbe una lotta efficace al mercanteggiamento.

255 Il Tribunale rileva che la Commissione ha preso atto, nella propria decisione, delle caratteristiche del mercato descritte dalle ricorrenti (punti 71-77), ma ha ritenuto che tali caratteristiche non giustifichino un'esenzione (punti 115-128). L'argomentazione delle ricorrenti in merito alle caratteristiche del mercato dovrà dunque essere presa in considerazione in sede di esame del rigetto della domanda di esenzione a favore dei regolamenti in questione da queste introdotta ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato.

256 Inoltre, si deve rilevare che la Commissione ha legittimamente affermato, senza venire contraddetta dalle ricorrenti, che non esistono regolamenti analoghi a quelli oggetto del presente procedimento né in altri settori di servizi con caratteristiche simili a quelle del mercato della costruzione né nel settore della costruzione in altri Stati membri. Altrettanto legittimamente la Commissione ha rifiutato di ammettere, come chiesto dalle ricorrenti, che nel settore della costruzione gli accordi siano inevitabili. Infatti, non può giustificarsi la concessione di un'esenzione ex art. 85, n. 3, del Trattato in nome del fatto che, qualora non si conceda un'esenzione all'accordo notificato, sorgerebbero altre intese ancora più gravi. Del pari, non può ammettersi che le imprese cerchino di ovviare agli effetti di una normativa, che esse considerano eccessivamente favorevole ai consumatori, concludendo accordi che hanno lo scopo di eliminare i vantaggi conferiti ai consumatori da tale normativa, con il pretesto che essa crea uno squilibrio a loro danno.

257 Da quanto precede risulta che l'argomento delle ricorrenti relativo all'insufficiente presa in considerazione delle caratteristiche del mercato da parte della Commis-

sione va respinto, nei limiti in cui le ricorrenti gli attribuiscono una portata autonoma rispetto alla seconda parte del presente motivo.

2) Onere della prova

Argomenti delle parti

258 Le ricorrenti fanno valere anzitutto che, considerato il complesso dei fatti portati a conoscenza della Commissione per ottenere l'esenzione richiesta, questa istituzione non poteva limitarsi semplicemente a confutare i loro argomenti e doveva dimostrare che l'esenzione non era economicamente giustificata. Essa avrebbe dovuto dunque in particolare dimostrare che, senza i regolamenti, il mercato olandese della costruzione funzionerebbe meglio o indicare gli elementi dei regolamenti che essa ritiene accettabili.

259 Esse sostengono inoltre che la Commissione avrebbe dovuto discutere con loro gli svantaggi e gli inconvenienti dei regolamenti sul piano economico, anziché negare loro a priori ogni giustificazione economica. Nel caso di specie, la Commissione non avrebbe soddisfatto l'obbligo ad essa incombente in forza della giurisprudenza di concorrere con i propri mezzi agli accertamenti in vista dell'ottenimento di un'esenzione (sentenza *Consten e Grundig/Commissione*, citata).

260 La Commissione risponde che, per giurisprudenza costante della Corte, spetta anzitutto alle imprese interessate provare che sussistono i requisiti per l'esenzione. La cooperazione che le imprese possono pretendere dalla Commissione consisterebbe nell'esame degli argomenti addotti dalle imprese a sostegno della loro domanda di esenzione (v. sentenza *Consten e Grundig/Commissione*, citata, pagg. 460 e 524). Questa collaborazione non implicherebbe per la Commissione l'obbligo

di proporre altre soluzioni. A fortiori non si può esigere che la Commissione dimostri il carattere ingiustificato di un'esenzione, né che indichi gli elementi di questa che ritiene accettabili.

261 La Commissione ricorda che i regolamenti formano un insieme inscindibile, come le ricorrenti stesse hanno ripetutamente sottolineato. Perciò essa ritiene che anche se taluni aspetti dei regolamenti controversi avessero presentato i requisiti fissati dall'art. 85, n. 3, del Trattato non sarebbe stato possibile esonerare singolarmente tali aspetti. Di conseguenza, un'esenzione condizionata non era ipotizzabile.

Giudizio del Tribunale

262 Il Tribunale rileva anzitutto che, per giurisprudenza costante, qualora venga richiesta un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato, spetta alle imprese interessate fornire gli elementi di prova che possano giustificare un'esenzione. In quest'ottica non si può contestare alla Commissione di non aver prospettato soluzioni alternative né indicato gli elementi che essa avrebbe potuto ritenere giustificanti un'esenzione (v. sentenza della Corte 17 gennaio 1984, cause riunite 43/82 e 63/82, VBVB e VBVB/Commissione, Racc. pag. 19, punto 52). Spetta unicamente alla Commissione, tenuto conto della portata dell'obbligo di motivazione, menzionare gli elementi di fatto e di diritto e le considerazioni che l'hanno indotta ad adottare una decisione di rigetto della domanda di esenzione, e le ricorrenti non possono esigere che essa esponga tutti i punti di fatto e di diritto sollevati durante il procedimento amministrativo (sentenza Remia e a./Commissione, citata, punti 26 e 44).

263 Ne consegue che incombe alle ricorrenti dimostrare che, nella fattispecie, negando la concessione di un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato, la Commissione ha commesso un errore di diritto o di fatto.

264 A questo proposito va sottolineato che durante il procedimento amministrativo le ricorrenti hanno più volte sottolineato che i regolamenti costituivano un insieme coerente che doveva essere oggetto di un'esenzione in quanto tale. In quest'ottica, è legittimo che la Commissione si sia limitata, nella decisione, ad esaminare se i due elementi centrali del regolamento, che hanno precisamente lo scopo di correggere i pretesi squilibri macro-economici del mercato, vale a dire la protezione dell'impresa prescelta e l'indennizzo per spese di calcolo, soddisfacessero o meno i quattro presupposti per la concessione di un'esenzione stabiliti dall'art. 85, n. 3, del Trattato.

265 Ne consegue che la prima parte del secondo motivo va respinta.

Seconda parte: inosservanza dei presupposti per la concessione di un'esenzione

266 Il Tribunale osserva che va esaminato, in primo luogo, se i regolamenti contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti ovvero promuovano il progresso tecnico o economico, riservando nel contempo agli utenti una congrua parte dell'utile che ne deriva e, in secondo luogo, se i regolamenti impongano alle imprese interessate restrizioni che non sono indispensabili per raggiungere i detti obiettivi e se attribuiscono a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi, al fine di verificare se la Commissione abbia negato la concessione ai regolamenti di un'esenzione ex art. 85, n. 3, del Trattato in piena legittimità.

267 Va ricordato anzitutto che i quattro presupposti per la concessione di un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato sono cumulativi (v., in particolare, sentenza Consten e Grundig, citata, e sentenza del Tribunale 23 febbraio 1994, cause riunite T-39/92 e T-40/92, CB e Europay/Commissione, Racc. pag. II-49, punto 110) e che basta pertanto l'assenza di un solo di tali presupposti perché si debba confermare la decisione di rigetto della domanda di esenzione proposta dalle ricorrenti. Per questo motivo il Tribunale esaminerà in particolare se la Commissione avesse fondatamente considerato che i regolamenti non riservavano agli utenti una congrua parte

dell'utile derivante dai regolamenti stessi e che le restrizioni di concorrenza imposte dai regolamenti alle imprese non erano indispensabili per raggiungere i predetti obiettivi.

1) Contributo dei regolamenti al miglioramento della distribuzione dei prodotti o alla promozione del progresso tecnico o economico e congrua parte riservata al consumatore

Argomenti delle parti

268 Per quanto riguarda il contributo dei regolamenti al miglioramento della distribuzione dei prodotti o alla promozione del progresso tecnico o economico, le ricorrenti ricordano che i regolamenti incriminati hanno essenzialmente una duplice finalità: in primo luogo contrastare il mercanteggiamento che deriva dalla debolezza strutturale dell'offerta rispetto alla domanda e che può condurre a una concorrenza rovinosa e, in secondo luogo, migliorare la struttura negoziale del mercato ponendo il più possibile le spese negoziali a carico dell'opera che le ha originate. Il meccanismo di indennizzo per le spese di calcolo istituito a questo scopo spingerebbe ogni aggiudicante a soppesare i pro e i contro del ricorso a un numero più o meno elevato di offerenti e dunque a centrare meglio i propri bandi di gara, oltre che a soppesare gli aspetti positivi e negativi di una formulazione più o meno rigorosa della domanda, in quanto, essendo le spese di transazione diventate visibili, il committente saprebbe di doverle sopportare. Un sistema del genere avrebbe per conseguenza, globalmente, spese di transazione meno elevate e ripartite in maniera più equa di un sistema in cui le spese di transazione causate dai committenti alle imprese siano incluse nelle spese generali di questi ultimi, che le trasferiscono indistintamente e globalmente sui loro prezzi, ponendo in tal modo a carico di tutti i committenti le elevate spese di transazione originate da alcuni soltanto di essi. Le finalità dei regolamenti sarebbero comuni a tutti gli operatori del mercato e alle stesse autorità olandesi, poiché in assenza dei regolamenti vietati si riscontrerebbero una concorrenza rovinosa o intese occulte dirette a correggere gli squilibri illustrati.

269 Esse ritengono che la Commissione abbia commesso un errore limitandosi a esaminare gli effetti del sistema di indennizzo per spese di calcolo su ogni appalto isolatamente considerato senza tener conto degli effetti di riduzione dei costi di transazione e dunque dei prezzi a livello macro-economico. La necessità di procedere a un'analisi macro-economica sarebbe comprovata da analisi teoriche che dimostrerebbero, da un lato, che il sistema non dissuade i committenti dall'organizzare aste pubbliche — il che è confermato dal fatto che la sospensione del sistema a seguito dell'ordinanza del presidente del Tribunale 16 luglio 1992 non ha comportato un aumento di questa categoria di aggiudicazioni — e, dall'altro, che le spese generali, che includono le spese di offerta, sono pari o superiori, in vari Stati membri confinanti, alle spese generali nei Paesi Bassi maggiorate degli indennizzi per spese di calcolo e dei contributi alle spese di funzionamento delle organizzazioni professionali.

270 Secondo le ricorrenti, il funzionamento del mercato olandese della costruzione attesterebbe i concreti effetti positivi dei regolamenti sulla produzione e sul progresso tecnico ed economico. Infatti, le analisi economiche indicherebbero che il mercato olandese della costruzione funziona in un modo, proporzionalmente, molto efficiente e che la produttività di questo settore sperimenta una delle crescite più forti d'Europa, mentre i costi, i prezzi e i margini di profitto di tale settore sono tra i più bassi d'Europa.

271 Esse sostengono che, snaturando i meccanismi istituiti dai regolamenti, la Commissione ha ritenuto che essi non soddisfacessero il primo presupposto per la concessione di un'esenzione. Esse rinviano, a questo proposito, ai rilievi già formulati nell'ambito della seconda parte del primo motivo.

272 Per quanto riguarda la congrua parte dell'utile riservato agli utilizzatori, le ricorrenti sostengono che l'erroneità della valutazione di questo presupposto da parte della Commissione è dimostrata dal fatto che i committenti sono soddisfatti del funzionamento del mercato e che l'unico di essi ad averlo criticato (il comune di Rotterdam) preferirebbe alcune modifiche dei regolamenti ad un puro e semplice provvedimento di divieto. Il criterio della «congrua parte», per natura, non è un criterio «fisso», di modo che raramente si potrebbe pensare di imporne la prova,

positiva o negativa. Gli elementi testé menzionati avrebbero una grande importanza proprio da questo punto di vista. In fase di replica, le ricorrenti affermano che, probabilmente al contrario dei privati, i grandi committenti hanno interesse non tanto al massimo sfruttamento della struttura negoziale del mercato, da cui trarrebbero vantaggio nel breve periodo, bensì all'esistenza di una situazione di mercato sana. Per questo motivo sarebbero unanimemente favorevoli ai regolamenti.

273 Le ricorrenti sostengono che, contrariamente a quanto afferma la Commissione, l'analisi della PRC avrebbe dimostrato che un sistema di indennizzo per spese di calcolo non è affatto meno efficiente di un sistema in cui le spese sostenute dall'offerente perdente vengono contabilizzate nelle sue spese generali.

274 Esse aggiungono che la Commissione non considera il fatto che in fin dei conti anche il committente trarrebbe vantaggio da un sistema di aggiudicazione dai risultati chiari e netti. Inoltre, il meccanismo antimercanteggiamento contribuirebbe all'apertura del mercato olandese in quanto renderebbe più difficile per i committenti favorire le imprese olandesi a scapito delle imprese estere.

275 Le ricorrenti, anche qui, richiamano quanto affermato nell'ambito della seconda parte del primo motivo.

276 Le ricorrenti concludono che tutta l'analisi è suffragata dalla moderata entità dei margini di profitto delle imprese olandesi, che indicherebbe che il prodotto della loro grande produttività viene equamente ripartito tra gli imprenditori e i committenti.

- 277 Riguardo alla prima condizione, la Commissione risponde di aver già confutato gli argomenti delle ricorrenti circa il contenuto dei regolamenti nell'ambito della seconda parte del primo motivo.
- 278 Essa precisa che, senza la possibilità di esercitare un controllo sugli indennizzi per spese di calcolo, l'aggiudicante non potrebbe, secondo i termini usati dalle ricorrenti, «soppesare efficacemente i pro e i contro» del ricorso all'una o all'altra tecnica di attribuzione dell'appalto. Inoltre, le tabelle allegate agli UPR indicherebbero soltanto dei massimali e non consentirebbero perciò ai committenti di valutare l'entità delle spese di transazione effettivamente originate.
- 279 La Commissione sostiene anche che gli indennizzi per spese di calcolo possono spingere il committente a non ricorrere all'asta pubblica. A questo proposito il fatto, riportato dalle ricorrenti, che l'ordinanza del presidente del Tribunale 16 luglio 1992 non abbia causato un aumento del numero delle aste pubbliche non sarebbe significativo, alla luce della durata del periodo preso in esame.
- 280 Essa sostiene inoltre, quanto alla redistribuzione degli indennizzi per spese di calcolo, che lo scarto tra le somme percepite dall'appaltatore e quelle restituite alle altre imprese conduce al rafforzamento della posizione delle imprese che hanno vinto appalti rispetto a quelle che non ne hanno vinti.
- 281 La Commissione aggiunge che la relazione della PRC non dimostra in che modo il sistema di indennizzo per spese di calcolo renda il processo di appalto più efficiente, nella misura in cui tale relazione verte sul livello delle spese generali, che a sua volta dipende da tali e tanti fattori che è impossibile trarne una qualsiasi conclusione.

- 282 D'altro canto essa fa notare che le ricorrenti non hanno dimostrato che i buoni risultati che caratterizzerebbero complessivamente il settore olandese della costruzione siano ascrivibili ai regolamenti e contesta che i regolamenti funzionino a vantaggio di tutte le parti interessate. Essa, in particolare, prende a dimostrazione di ciò la denuncia presentata dal comune di Rotterdam e l'intervento della società Dennendael BV nel presente procedimento.
- 283 Quanto al secondo presupposto, la Commissione ritiene che il fatto che taluni appaltanti preferiscano modifiche marginali dei regolamenti ad un puro e semplice provvedimento di divieto non è sufficiente per poter affermare che tale presupposto sia soddisfatto. Anche l'intervento della Dennendael BV indicherebbe che taluni appaltanti sono assai critici verso i regolamenti, che comporterebbero per loro aumenti rilevanti e inutili dei costi.
- 284 Essa aggiunge che il livello dei margini di profitto nel settore olandese della costruzione nel suo complesso dipende da tali e tanti fattori che è impossibile trarne conclusioni sul punto se una congrua parte del presunto utile tocchi agli utenti.
- 285 Per il resto, la Commissione rinvia alla sua risposta alla seconda parte del primo motivo.

Giudizio del Tribunale

- 286 Il Tribunale ricorda che, considerato il carattere cumulativo dei quattro presupposti ai quali l'art. 85, n. 3, del Trattato subordina la concessione di un'esenzione, concentrerà la propria analisi più specificamente sul presupposto che riguarda la «congrua parte» riservata agli utilizzatori.

287 Va rilevato che gli argomenti rispettivi delle ricorrenti e della Commissione si situano su piani diversi. Le ricorrenti basano il loro ragionamento su un'analisi macro-economica dei vantaggi che secondo loro possono derivare dai regolamenti. Esse ritengono, facendo riferimento ad analisi macro-economiche come quella effettuata dalla PRC, che i risultati del settore olandese della costruzione, il quale applicherebbe prezzi assai bassi e margini di profitto assai limitati, dimostrino il benefico effetto dei regolamenti. Esse ritengono che questi migliori risultati siano la conseguenza dei regolamenti, soprattutto in quanto essi consentono di evitare che siano concluse intese occulte nei Paesi Bassi, cosa che secondo loro avviene negli altri Stati membri della Comunità. Il ragionamento della Commissione si situa invece a livello micro-economico, in quanto parte dal punto di vista di ciascun aggiudicante e analizza gli effetti dei regolamenti sulla posizione di tale soggetto. Essa ritiene che questo approccio micro-economico sia l'unico possibile in quanto rifiuta categoricamente di ammettere, contrariamente a quanto fanno le ricorrenti, che le intese occulte tra imprese nel settore della costruzione siano inevitabili e che ai regolamenti vada il merito di evitare tali intese. Essa ritiene inoltre che le ricorrenti non siano riuscite a dimostrare l'esistenza di un nesso causale tra i regolamenti e i risultati del settore olandese della costruzione, che possono essere attribuiti ad altri fattori.

288 Di fronte a queste diverse visioni dei regolamenti, che portano a giudizi divergenti sulla questione se essi possano avvalersi di un'esenzione ex art. 85, n. 3, del Trattato, è importante ricordare che il sindacato esercitato dal Tribunale sulle valutazioni economiche complesse fatte dalla Commissione nell'esercizio del potere di valutazione che le conferisce l'art. 85, n. 3, del Trattato a proposito di ognuno dei quattro presupposti in esso contenuti si limita necessariamente alla verifica dell'osservanza delle norme di procedura e di motivazione, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza d'errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere (v. sentenza della Corte 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84, BAT e Reynolds/Commissione, Racc. pag. 4487, punto 62, e sentenza CB e Europay/Commissione, citata, punto 109).

289 Nel caso di specie spetta dunque al Tribunale verificare se i fatti sui quali la Commissione ha fondato la propria decisione di rigetto della domanda di esenzione siano esatti sul piano materiale e se la Commissione non abbia commesso un errore

di valutazione manifesto negando l'approccio macro-economico ai regolamenti proposto dalle ricorrenti per adottare un approccio micro-economico.

290 A questo proposito il Tribunale osserva in primo luogo che la Commissione ha legittimamente ritenuto che non si dovesse assumere come punto di partenza dell'analisi dell'impatto dei regolamenti in causa il fatto che, in loro assenza, sarebbero state commesse, nel mercato olandese della costruzione, violazioni dell'art. 85, n. 1, del Trattato ancor più gravi e legittimamente ha potuto considerare non ineluttabile la conclusione di intese occulte.

291 Il Tribunale osserva in secondo luogo che altrettanto legittimamente la Commissione ha ritenuto che le ricorrenti non siano riuscite, segnatamente appoggiandosi alle analisi macro-economiche da esse prodotte, a dimostrare l'esistenza di un nesso causale tra i regolamenti e i risultati del settore olandese della costruzione, che, ammesso che sia dimostrato, può essere attribuito a numerosi altri fattori. Così, emerge dalla prima relazione della PRC (ricorso, allegato 11, pag. 13) che la produttività oraria è elevatissima nei Paesi Bassi e che i materiali da costruzione in tale paese sono meno cari che nei paesi circostanti. Inoltre, emerge dalla relazione del 22 gennaio 1993 (replica, allegato 2, pagg. 22-24) che, secondo questa, il modo migliore per comparare l'efficienza dell'organizzazione del processo di costruzione è probabilmente quello di rapportare i costi di transazione ai costi di produzione dell'impresa. Orbene, la predetta relazione indica che, da questo punto di vista, il mercato olandese non è più efficiente del mercato francese ed è meno efficiente del mercato belga, mercato in cui non esiste una normativa analoga ai regolamenti oggetto del presente procedimento.

292 Di fronte a questi due elementi, prendendo atto della dichiarazione delle ricorrenti che affermavano, sulla base dell'analisi macro-economica da esse prodotta, che i regolamenti avrebbero avuto effetti positivi, e confrontando la loro analisi con un'analisi micro-economica fondata su un esame concreto, appalto per appalto, degli effetti pratici dei regolamenti sulla concorrenza (decisione, punti 76 e 120-123), la Commissione non ha commesso un errore di valutazione manifesto.

293 È importante sottolineare in particolare che la fondatezza dell'approccio adottato dalla Commissione si desume segnatamente dal fatto che le ricorrenti hanno ripetutamente segnalato che il meccanismo di protezione dell'impresa prescelta ha lo scopo di impedire che i prezzi raggiungano un livello ingiustificato, la qualcosa indica che le stesse ricorrenti ammettono che questo aspetto dei regolamenti mira al mantenimento dei prezzi a un livello più elevato di quello che risulterebbe da una concorrenza non falsata dai regolamenti stessi. I vantaggi della lotta al mercanteggiamento, supponendola lecita, vanno dunque a beneficio delle imprese. Inoltre l'aggiudicante, a causa di tale meccanismo, può entrare in trattative soltanto con l'impresa prescelta, mentre in assenza dei regolamenti potrebbe discutere sia l'offerta dell'impresa prescelta sia quelle delle altre imprese partecipanti alla riunione.

294 Le ricorrenti non possono controbattere che tali trattative condurrebbero necessariamente a una concorrenza rovinosa che finirebbe per rivolgersi contro gli stessi aggiudicanti. Infatti, come ha fatto osservare la Commissione, non si può distinguere la concorrenza normale dalla concorrenza rovinosa. Qualsiasi concorrenza è potenzialmente rovinosa per le imprese meno efficienti. Perciò, combattendo quella che esse definiscono concorrenza rovinosa le ricorrenti pervengono necessariamente a restringere la concorrenza, privando i consumatori dei suoi vantaggi.

295 Del pari, è importante sottolineare che l'asserita limitazione delle spese di transazione va a vantaggio quasi esclusivo delle imprese. Infatti, ponendole interamente a carico dell'aggiudicante, il sistema messo in atto consente una diminuzione delle spese di transazione che, altrimenti, dovrebbero essere sostenute dalle imprese, in particolare quando perdono una gara. Di conseguenza, si tratta di un trasferimento dei costi dall'offerta alla domanda. Anche se è vero che tale trasferimento non è totalmente sprovvisto di giustificazione economica, nella misura in cui l'entità delle spese di transazione dipende specificamente dal numero delle imprese convocate dall'aggiudicante, che dunque è il solo a poterle limitare, resta tuttavia vero che una tale limitazione delle spese di transazione presuppone che l'aggiudicante limiti il numero delle imprese consultate, cosa che costituisce una restrizione della sua possibilità di scelta e dunque della concorrenza. Nonostante tale restrizione possa comportare una diminuzione delle spese di transazione dell'aggiudicante nei limiti in cui esso deve esaminare un numero minore di offerte, questo vantaggio appare assai modesto rispetto agli inconvenienti che egli deve sopportare e rispetto al vantaggio che da questo sistema traggono le imprese.

- 296 Peraltro, il vantaggio che deriverebbe ai committenti dal fatto che le imprese non debbono più contabilizzare nelle loro spese generali le spese di calcolo sostenute per tutte le gare d'appalto non vinte permette soltanto a quelli tra loro che concludono regolarmente numerosi contratti nell'ambito dei regolamenti di compensare l'inconveniente che deriva loro dal fatto di dover sopportare gli indennizzi per spese di calcolo. Infatti, il committente che indice appalti solo raramente deve necessariamente pagare indennizzi per spese di calcolo che superano largamente il vantaggio che egli può trarre dal fatto che, grazie al sistema, l'impresa vincitrice è in grado di diminuire le proprie spese generali e dunque l'importo della propria offerta. Inoltre, questo sistema ha per conseguenza che i committenti che ritengono necessario contattare un grande numero di imprese devono necessariamente pagare indennizzi per spese di calcolo che superano largamente le spese che avrebbero dovuto sopportare in assenza di tale sistema.
- 297 Occorre inoltre ricordare che la Commissione ha giustamente ritenuto che il sistema riduca il ricorso alle aste pubbliche (v., supra, punto 232) e che il periodo che ha fatto seguito all'ordinanza del presidente del Tribunale non sia significativo.
- 298 Di conseguenza il sistema di indennizzo per spese di calcolo, anche se comportasse una diminuzione globale delle spese di transazione del mercato, non consentirebbe una ripartizione equa di tale diminuzione tra le imprese e il committente.
- 299 Contrariamente a quanto affermano le ricorrenti, il loro punto di vista non è condiviso dalla generalità degli operatori del mercato. Infatti, emerge assai chiaramente dalla denuncia alla Commissione presentata dal comune di Rotterdam che quest'ultimo è contrario al mantenimento del regime di indennizzo per spese di calcolo così come è organizzato dai regolamenti. In particolare, esso insiste sul fatto che gli indennizzi per spese di calcolo sono eccessivi e nulla giustifica il fatto che vengano calcolati non sulla base dell'importo iniziale d'offerta meno elevato, bensì sulla base della media degli importi iniziali d'offerta presentati dalle varie imprese.

300 Da quanto precede deriva che la Commissione ha legittimamente considerato che i regolamenti, segnatamente nella parte in cui prevedono un indennizzo per spese di calcolo a carico degli aggiudicanti e una protezione dell'impresa prescelta dalle contrattazioni che il committente potrebbe avviare con altre imprese partecipanti alla riunione, non riservano agli utilizzatori una congrua parte dell'utile da essi generato.

2) Carattere indispensabile delle restrizioni e impossibilità di eliminare la concorrenza

Argomenti delle parti

301 Per quanto riguarda i regolamenti notificati, le ricorrenti sostengono che le restrizioni di concorrenza sono indispensabili per raggiungere il loro obiettivo, vale a dire la lotta al «mercanteggiamento» e il miglioramento dell'efficienza della struttura negoziale del mercato. Esse ripetono che la Commissione travisa la portata del meccanismo di protezione dell'impresa prescelta e del meccanismo di indennizzo per spese di calcolo, oltre che il ruolo del fondo di garanzia. Esse ritengono normale che il primo intervenga soltanto in caso di offerte comparabili e che sia dunque errato il punto 125 della decisione. Quanto al secondo, sarebbe proprio il carattere forfettario e globale dell'indennizzo a permettere di promuovere la concorrenza, diversamente da un sistema di indennizzo individualizzato che, per giunta, non sarebbe praticabile, contrariamente a quanto afferma il punto 126 della decisione. Anche il regolamento relativo al subappalto non suffragherebbe la tesi della Commissione.

302 D'altro canto le ricorrenti ricordano di aver comunicato alla Commissione la loro disponibilità a discutere il carattere essenziale dei vari elementi dei regolamenti e di aver formulato, a questo proposito, una serie di proposte di modifica vertenti su punti essenziali del sistema. A fronte di tali proposte la Commissione avrebbe lasciato intendere di voler vietare i regolamenti nella loro totalità, rendendo così vana ogni discussione sul carattere essenziale di taluni loro aspetti. Rifiutando di discutere tali proposte, la Commissione avrebbe commesso un errore di valutazione

del presupposto relativo al carattere indispensabile delle restrizioni di concorrenza constatate.

303 Esse obiettano alla Commissione che le proposte di modifica formulate dalla SPO possono costituire oggetto del presente procedimento. Infatti, tenuto conto delle circostanze del caso di specie, è il comportamento complessivo adottato dalla Commissione nell'ambito del procedimento amministrativo che andrebbe sottoposto al giudizio del Tribunale, pena la violazione dei diritti della difesa delle ricorrenti. Si tratterebbe infatti dell'unico mezzo per sottoporre al sindacato di legittimità del Tribunale il rigetto delle proposte di modifica formulate dalla SPO, poiché le ricorrenti non potevano proporre ricorso ai sensi dell'art. 173 del Trattato contro le varie lettere dell'amministrazione recanti rigetto di tali proposte (v. sentenza del Tribunale 13 dicembre 1990, causa T-116/89, Vereniging Prodifarma e a./Commissione, Racc. pag. II-843).

304 Le ricorrenti aggiungono che, tenuto conto delle circostanze del caso di specie, non si può addebitare loro di non aver integrato tali modifiche nei regolamenti e di non aver formalmente modificato la notifica dei regolamenti stessi. Infatti, l'ampiezza delle conseguenze delle predette modifiche per l'organizzazione e per il personale della SPO era tale che non era né razionale né possibile elaborare nuovi UPR interamente modificati prima di aver ottenuto l'approvazione della Commissione, almeno sulle linee direttrici. Inoltre, la SPO avrebbe espressamente sottoposto tali proposte alla Commissione nell'ambito della propria notifica del 13 gennaio 1988, comunicando di essere disposta a modificare i regolamenti notificati nel senso delle proposte, non appena ricevuto il nullaosta della Commissione.

305 Esse spiegano poi in che modo le loro proposte di modifica dei regolamenti fossero idonee a soddisfare i requisiti posti dall'art. 85, n. 3, del Trattato.

306 Le ricorrenti concludono che le predette modifiche eliminavano ogni possibilità — teorica — per le imprese di falsare la concorrenza.

307 Riguardo ai regolamenti notificati, la Commissione risponde rinviando al contenuto della decisione (punti 124-128) e alla confutazione della seconda parte del primo motivo. Essa ripete in particolare che un sistema in cui tutti gli offerenti ricevono un indennizzo sopportato dal committente non contribuisce all'efficienza del processo di appalto e aggiunge che i versamenti effettuati dal fondo di garanzia, nei casi in cui l'appalto è stato assegnato a un «outsider», procurano agli offerenti membri della SPO una mutua difesa contro gli «outsider».

308 Per quanto riguarda le proposte di modifica dei regolamenti che sono state oggetto di una concertazione con gli uffici della Commissione, quest'ultima replica che tali proposte non erano idonee a por rimedio ai vizi rilevati nei regolamenti. È per questo che sarebbero state respinte dai suoi uffici.

309 La Commissione aggiunge che, poiché le ricorrenti non avevano introdotto nei regolamenti le modifiche proposte né avevano modificato la notifica, essa non aveva motivo di esaminare le proposte di modifica nella decisione. Di conseguenza, la decisione riguarderebbe esclusivamente i regolamenti nella versione vigente al momento della decisione e non le proposte di modifica avanzate dalle ricorrenti. In questo contesto, le proposte di modifica sarebbero assolutamente irrilevanti (v. sentenza del Tribunale 9 luglio 1992, causa T-66/89, Publishers Association/Commissione, Racc. pag. II-1995, punto 90). Così facendo, la Commissione non avrebbe privato le ricorrenti dei possibili rimedi giurisdizionali contro il rigetto delle proposte di modifica, in quanto sarebbe stato sufficiente introdurre tali modifiche nei regolamenti o modificare la notifica per obbligare la Commissione a pronunciarsi in merito, con la possibilità di costringerla mediante un ricorso per carenza (v. sentenza del Tribunale 12 luglio 1991, causa T-23/90, Peugeot/Commissione, Racc. pag. II-653). La modifica della notifica sarebbe indispensabile poiché soltanto accordi effettivamente notificati possono essere oggetto di un'esenzione. Essa precisa che le ricorrenti avrebbero potuto limitarsi a modificare la notifica senza attuare immediatamente le modifiche proposte, nei limiti in cui la loro attuazione si trovava confrontata a difficoltà di ordine pratico.

Giudizio del Tribunale

310 Il Tribunale osserva, ad abundantiam, considerato che i regolamenti non riservano una congrua parte dell'utile agli utilizzatori, che le restrizioni di concorrenza causate dai regolamenti non sono neppure indispensabili per il raggiungimento degli obiettivi che le ricorrenti attribuiscono loro, vale a dire migliorare la struttura negoziale del mercato riducendo le spese di transazione e contrastare il mercanteggiamento che si risolverebbe in una concorrenza rovinosa. La Commissione ha infatti legittimamente considerato che le gravi restrizioni di concorrenza osservate non erano indispensabili al raggiungimento degli obiettivi perseguiti dai regolamenti.

311 A questo proposito va rilevato, in primo luogo, che il fatto che tutto il processo rivolto alla designazione di un'impresa prescelta si svolga in assenza del committente non appare per nulla indispensabile al raggiungimento dei predetti obiettivi. Infatti, il committente stesso è il soggetto nella migliore posizione per esprimere, insieme con le imprese, una valutazione sulla comparabilità delle offerte, per assicurarsi che le informazioni scambiate nel corso della riunione non abbiano un impatto negativo sulla concorrenza e per evitare che i prezzi proposti dalle varie imprese vengano modificati per accrescere il vantaggio concorrenziale degli uni o diminuire lo svantaggio concorrenziale degli altri.

312 In secondo luogo, va rilevato che il fatto che, nell'ambito del regolamento relativo al subappalto, fruiscono di un indennizzo per spese di calcolo soltanto i subappaltanti che hanno presentato un'offerta all'impresa principale vincitrice indica che le stesse ricorrenti non ritengono indispensabile, per migliorare la struttura negoziale del mercato, porre a carico di ciascun committente tutte le spese di calcolo originate dal proprio bando di gara. Inoltre, le ricorrenti non sono state in grado di dimostrare che l'importo degli indennizzi per spese di calcolo corrisponde complessivamente alle spese effettivamente sostenute in media dalle imprese. In questa prospettiva va rilevato che le diverse basi di calcolo degli indennizzi appaiono assai elevate, come il comune di Rotterdam ha sottolineato nella propria denuncia. D'al-

tro canto, il fatto che le tabelle applicate per il computo dell'indennizzo per spese di calcolo costituiscano dei massimali che non vengono sempre raggiunti, mentre il committente non è al corrente della tariffa che è stata applicata e non ha alcuna possibilità di ricorso contro l'applicazione della tariffa massima, dimostra che nei regolamenti non si prevede nulla per garantire che l'indennizzo per spese di calcolo non superi quanto è indispensabile per coprire le spese di transazione delle varie imprese.

313 Quanto alla protezione dell'impresa prescelta, il Tribunale ricorda che essa ha luogo a seguito di una concertazione tra le imprese che intendono presentare un'offerta, concertazione dalla quale il committente viene escluso e che sostituisce alla scelta del committente decisioni concordate delle sole imprese.

314 Da quanto precede risulta che le restrizioni di concorrenza contenute nei regolamenti notificati dalle ricorrenti alla Commissione non sono indispensabili al raggiungimento degli obiettivi da essi perseguiti.

315 Ne consegue che le censure formulate dalle ricorrenti a questo proposito vanno respinte.

316 Il Tribunale osserva peraltro che legittimamente la Commissione non si è pronunciata, nella decisione impugnata, sulle proposte di modifica formulate dalle ricorrenti nell'ambito delle discussioni intercorse tra queste e la Commissione nel periodo aprile 1991-gennaio 1992, in quanto le ricorrenti non avevano revocato la loro prima notifica né avevano notificato le modifiche alla Commissione nelle forme prescritte. Di conseguenza, la Commissione era vincolata a pronunciarsi sulla versione notificata dei regolamenti e non aveva, in assenza di notifica formale, il

potere di statuire sulla compatibilità delle proposte di modifica con l'art. 85, n. 3, del Trattato.

317 Ne consegue che le ricorrenti non possono contestare alla Commissione di essersi pronunciata soltanto sui regolamenti nella versione notificata.

318 Come ha fatto notare la Commissione, questa soluzione non priva le ricorrenti dei rimedi giurisdizionali per far valutare la conformità all'art. 85, n. 3, del Trattato del rigetto informale delle loro proposte di modifica da parte della Commissione. Infatti, se le ricorrenti avessero voluto far sanzionare tale rigetto dal Tribunale, sarebbe stato sufficiente introdurre le dette modifiche nei regolamenti e notificarli nuovamente, ovvero modificare la notifica. Se, in presenza di tali notifiche, la Commissione avesse ommesso di pronunciarsi, le ricorrenti avrebbero potuto obbligarla a porre fine al suo silenzio proponendo un ricorso per carenza (sentenza Peugeot/Commissione, già citata).

319 Le ricorrenti parimenti non possono far valere il fatto che una modifica immediata dei regolamenti avrebbe avuto conseguenze eccessivamente gravose sul loro funzionamento e che esse dunque non potevano procedere a tale modifica senza la garanzia di ottenere un'esenzione da parte della Commissione. Infatti, perché la Commissione fosse tenuta a pronunciarsi sulle proposte di modifica presentate dalle ricorrenti non occorre necessariamente che queste ultime le facessero effettivamente entrare in vigore, ma soltanto che le adottassero notificandole formalmente alla Commissione.

320 Da quanto precede risulta che, considerato il carattere cumulativo dei quattro presupposti per la concessione di un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato, la seconda parte del secondo motivo dedotto dalle ricorrenti va respinta, senza che sia necessario esaminare se il quarto presupposto sia soddisfatto.

Terza parte: inosservanza dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà

Argomenti delle parti

321 Le ricorrenti sottolineano che, rifiutando di esonerare i regolamenti ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato, la Commissione ha trasgredito i principi di proporzionalità e di sussidiarietà.

322 Per quanto riguarda il principio di proporzionalità, esse sostengono che, negando la concessione di un'esenzione ai regolamenti e vietandoli dunque «tout court», la Commissione è andata oltre quanto necessario per raggiungere gli obiettivi del Trattato e addirittura ha ottenuto il risultato opposto, tenuto conto delle caratteristiche del settore in esame. Esse lo dimostrano adducendo le prese di posizione dei vari operatori del mercato, che sarebbero tutti contrari a una proibizione pura e semplice dei regolamenti. Difendendo una visione rigida e astratta della concorrenza, atta ad impedire qualsiasi misura di disciplina della concorrenza su un dato mercato, la Commissione non avrebbe osservato il principio di proporzionalità, che impone alla Commissione di promuovere una «concorrenza efficace». D'altro canto la Commissione avrebbe trasgredito il principio di proporzionalità in quanto non avrebbe neppure ipotizzato la possibilità di concedere un'esenzione condizionata o un'esenzione a tempo determinato, accompagnata dall'obbligo di presentare delle relazioni. La Commissione avrebbe del pari violato il principio di proporzionalità non limitando il proprio intervento a quanto è strettamente necessario per garantire il libero accesso al mercato olandese della costruzione agli operatori stabiliti negli altri Stati membri. La Commissione avrebbe dovuto intervenire con ancor maggiore prudenza trattandosi, nel caso di specie, di un solo mercato nazionale, per il quale la politica di concorrenza sarebbe strettamente legata alla politica dell'organizzazione del territorio, che non è un settore di competenza della Commissione.

323 Quanto al principio di sussidiarietà, le ricorrenti spiegano che, data la loro conoscenza del mercato olandese della costruzione, la posizione delle autorità olandesi era di gran lunga migliore di quella della Commissione per applicare il diritto della

concorrenza ai regolamenti di cui trattasi. A questo proposito, esse precisano che non si può rimproverare alle autorità olandesi di non essere intervenute a difesa della concorrenza, avendo queste ultime vietato taluni aspetti dei regolamenti che ritenevano contrari al diritto nazionale della concorrenza.

324 Esse aggiungono infine che spetta al giudice sanzionare le violazioni del principio di sussidiarietà e che, considerato il fatto che, a detta della stessa Commissione, questo principio era implicitamente vigente già prima della sua formulazione esplicita nell'art. 3 B, secondo comma, del Trattato CE, la Commissione non può sostenere che una decisione, in quanto precedente l'entrata in vigore del Trattato sull'Unione europea che ha introdotto tale articolo, non può essere valutata alla luce di tale principio.

325 La Commissione risponde che, con questo motivo del ricorso, le ricorrenti contestano l'opportunità della decisione e che questo motivo è privo di rilevanza essendo la propria valutazione legittima alla luce dell'art. 85, nn. 1 e 3.

326 Quanto alla violazione del principio di sussidiarietà, la Commissione sostiene che, nelle circostanze attuali, il principio di sussidiarietà non fa parte dei principi generali del diritto alla luce dei quali va valutata la legittimità degli atti comunitari precedenti l'entrata in vigore del Trattato sull'Unione europea.

Giudizio del Tribunale

327 Il Tribunale considera che, essendo stato rilevato che la Commissione ha legittimamente ritenuto che i regolamenti notificati non soddisfino il secondo e terzo pre-

supposto, richiesti per la concessione di un'esenzione a titolo dell'art. 85, n. 3, del Trattato, non si può ipotizzare una violazione del principio di proporzionalità. Ciò è ancor più vero in quanto durante il procedimento amministrativo e il procedimento dinanzi al Tribunale le ricorrenti hanno insistito sul fatto che i regolamenti costituiscono un insieme coerente i cui diversi elementi non possono essere scissi artificialmente.

328 D'altro canto gli argomenti avanzati dalle ricorrenti per contestare l'opportunità della decisione si fondano, come ha rilevato la Commissione, sull'errato convincimento che gli operatori del mercato sono complessivamente favorevoli al mantenimento in vigore dei regolamenti, mentre sia il comune di Rotterdam sia le organizzazioni dei consumatori hanno ritenuto che essi andrebbero modificati in maniera sostanziale per poter fruire di un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato.

329 Da quanto precede risulta che la censura delle ricorrenti, relativa all'inosservanza del principio di proporzionalità, va respinta.

330 Per quanto riguarda l'inosservanza del principio di sussidiarietà, il Tribunale osserva che l'art. 3 B, secondo comma, del Trattato CE non era ancora entrato in vigore al momento dell'adozione della decisione e che non si deve attribuire a tale disposizione portata retroattiva.

331 Inoltre è importante sottolineare che, contrariamente a quanto affermano le ricorrenti, il principio di sussidiarietà non costituiva, prima dell'entrata in vigore del Trattato sull'Unione europea, un principio generale del diritto alla luce del quale andava sindacata la legittimità degli atti comunitari.

332 Ne consegue che la censura delle ricorrenti relativa all'inosservanza del principio di sussidiarietà va respinta.

333 Dalle considerazioni fin qui svolte deriva che il secondo motivo delle ricorrenti, attinente alla violazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato, va respinto.

Terzo motivo: violazione degli artt. 4, n. 2, sub 1), e 15, n. 2, del regolamento n. 17

Prima parte: insussistenza dell'infrazione e immunità da ammende

Argomenti delle parti

334 Le ricorrenti ricordano di aver dimostrato nell'ambito del primo motivo di non aver commesso alcuna infrazione. Esse ritengono dunque che, qualora tale motivo venga accolto, vada annullata l'ammenda che è stata loro comminata.

335 Esse sostengono inoltre che, considerando che i regolamenti precedenti erano assoggettati all'obbligo di notifica previsto dall'art. 4, n. 1, del regolamento n. 17, la Commissione ha violato il n. 2, sub 1), del medesimo articolo. Essendo i regolamenti decisioni di associazioni di imprese, essi sarebbero stati dispensati dalla notifica in quanto i membri dell'associazione in questione appartengono tutti al medesimo Stato membro, con una sola eccezione (la ZNAV), e nessuna impresa estera ha mai aderito a una di queste associazioni durante il periodo in esame.

- 336 Le ricorrenti fanno valere, in subordine, che, se va accolto, come pretende la Commissione, il criterio della partecipazione ai regolamenti, per quanto riguarda tre regolamenti nessuna impresa estera vi ha partecipato, quanto meno nel periodo in esame, mentre, per gli altri, la Commissione non ha dimostrato che sia avvenuto il contrario, tanto meno per tutto il periodo.
- 337 Esse sostengono che, tenuto conto dell'applicabilità dell'art. 4, n. 2, del regolamento n. 17, la Commissione non può addebitare loro il fatto di non aver notificato i regolamenti precedenti. Le ricorrenti avrebbero potuto infatti ragionevolmente ritenere che l'assenza di notifica non eliminasse la possibilità di concedere un'esenzione. Per poter giustificare le ammende in base all'art. 4, n. 2, la Commissione avrebbe dovuto quanto meno dimostrare che ognuna delle ricorrenti si sarebbe dovuta accorgere già da diversi anni che i regolamenti precedenti non avrebbero mai potuto fruire di un'esenzione, cosa che essa non ha mai dimostrato.
- 338 La Commissione inizia ricordando di aver dimostrato sufficientemente, in diritto, la sussistenza di un'infrazione all'art. 85, n. 1, del Trattato.
- 339 Per quanto riguarda la violazione dell'art. 4, n. 2, sub 1), del regolamento n. 17, essa precisa che gli argomenti delle ricorrenti sono irrilevanti nei limiti in cui le ammende riguardano un periodo compreso tra il 1° aprile 1987 e il 13 gennaio 1988.
- 340 La Commissione aggiunge che, anche supponendo, quod non, che i regolamenti precedenti non dovessero essere notificati, l'art. 4, n. 2, sub 1), del regolamento n. 17 non attribuisce il beneficio dell'immunità da ammende poiché i regolamenti precedenti non erano idonei a fruire di un'esenzione dal momento che comportavano restrizioni della concorrenza ancor più gravi degli UPR, cui l'esenzione è stata parimenti negata.

341 La Commissione ricorda infine che la dispensa dalla notifica di cui all'art. 4, n. 2, sub 1), del regolamento n. 17 non implica che non si possa infliggere nessuna ammenda per sanzionare l'intesa o la decisione contestata.

Giudizio del Tribunale

342 Il Tribunale osserva che si desume dalla giurisprudenza della Corte che il divieto di infliggere ammende contemplato dall'art. 15, n. 5, lett. a), del regolamento n. 17 si applica solo agli accordi effettivamente notificati e non agli accordi dispensati da notifica in forza dell'art. 4, n. 2, sub 1), del medesimo regolamento (sentenza della Corte 10 dicembre 1985, cause riunite 240/82-242/82, 261/82, 262/82, 268/82 e 269/82, Stichting Sigarettenindustrie e a./Commissione, Racc. pag. 3831, punti 73-78).

343 Di conseguenza, anche se i regolamenti precedenti erano legittimati dall'art. 4, n. 2, del regolamento n. 17, la Commissione poteva infliggere ammende alle ricorrenti che li hanno applicati, dal momento che tali regolamenti non erano stati notificati.

344 Inoltre il Tribunale ricorda che la Commissione ha legittimamente ritenuto che i regolamenti costituissero un'infrazione all'art. 85, n. 1, del Trattato.

345 Ne consegue che questa parte del motivo va respinta.

Seconda parte: mancanza di intenzionalità o di negligenza

Argomenti delle parti

346 Le ricorrenti rilevano che la Commissione ha affermato nella decisione che esse avrebbero commesso le infrazioni «intenzionalmente o almeno per negligenza grave», vale a dire per negligenza, per così dire, intenzionale. Esse fanno notare che l'importo dell'ammenda è stato fissato sulla base di tale valutazione, mentre non vi sarebbe stata alcuna negligenza e tanto meno una negligenza grave. La Commissione avrebbe dovuto dimostrare che esse sapevano o avrebbero dovuto sapere che i regolamenti rientravano nell'ambito d'applicazione dell'art. 85, n. 1, e non potevano essere oggetto di un'esenzione ex art. 85, n. 3, del Trattato. Esse sostengono che dai primi due motivi risulta che, se infrazione vi è stata, essa non era manifesta e non essersene rese conto non costituirebbe negligenza.

347 Esse fanno valere che vari elementi hanno contribuito a confortarle nella convinzione della legittimità dei regolamenti: in primo luogo, le autorità olandesi responsabili della concorrenza sarebbero sempre intervenute attivamente in merito ai regolamenti e i loro interventi si sarebbero tradotti nel regio decreto 29 dicembre 1986, con il quale gli UPR sarebbero stati nuovamente ed espressamente approvati alla luce del diritto della concorrenza propriamente detto; in secondo luogo, gli studiosi e gli operatori interessati, che avrebbero costantemente seguito i regolamenti, non avrebbero mai espresso il minimo dubbio sulla compatibilità dei regolamenti con il diritto comunitario della concorrenza; alcuni studiosi avrebbero addirittura affermato che i regolamenti non restringevano la concorrenza; in terzo luogo, l'atteggiamento dei vari operatori del mercato, in particolare dal lato domanda, avrebbe suffragato le convinzioni delle ricorrenti; in quarto luogo, il fatto che la Commissione non abbia formulato alcuna obiezione, in merito ai regolamenti, fino al 1987, mentre verosimilmente le erano noti da molto più tempo, essendo pubblici, e sicuramente dal 1982, essendo stati oggetto di una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte nella causa Peters/Bauunternehmung (sentenza 22 marzo 1983, causa 34/82, Racc. pag. 987), avrebbe anch'esso contribuito a corro-

borare la convinzione delle ricorrenti che i regolamenti fossero conformi al diritto comunitario. A questo proposito le ricorrenti citano anche una relazione dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) del 1976, specificamente dedicata alla collusione nel settore della costruzione. In questa relazione, che certo non è potuta sfuggire alla Commissione, viene commentato in estenso uno dei regolamenti anteriori agli UPR.

348 Secondo le ricorrenti l'estrema gravità dell'infrazione contestata dalla Commissione mal si accorderebbe con il fatto che lo svolgimento del procedimento amministrativo avrebbe indicato che, per molto tempo, la stessa Commissione non era certa dell'applicabilità delle norme comunitarie della concorrenza. Emergerebbe inoltre dal controricorso che la Commissione aveva intenzionalmente rinviato l'avvio di un accertamento mediante i contatti da essa avuti con le autorità olandesi.

349 Esse aggiungono che, considerato il fatto che la stessa Commissione riconosce che le ammende sono state inflitte in considerazione dei regolamenti precedenti, il loro ragionamento è valido a fortiori poiché la Commissione aveva l'obbligo di dimostrare l'intenzionalità o la negligenza grave di ogni associazione responsabile dei regolamenti settoriali o regionali, mentre tali associazioni non avevano potuto sapere dell'esistenza del presupposto relativo all'effetto negativo sugli scambi intracomunitari, in quanto praticamente non esistevano scambi internazionali nei mercati geografici o nei mercati del prodotto cui si riferivano tali regolamenti.

350 La Commissione risponde che non rileva sapere se le ricorrenti abbiano violato il divieto sancito dall'art. 85, n. 1, del Trattato, intenzionalmente o meno. Ciò che importa è sapere se le ricorrenti sapessero o dovessero sapere che i regolamenti restringevano la concorrenza e potevano pregiudicare gli scambi intracomunitari (v. sentenze della Corte, Miller/Commissione, già citata, 12 luglio 1979, cause riunite 32/78, 36/78-82/78, BMW e a./Commissione, Racc. pag. 2435, 8 novembre 1983,

cause riunite 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, IAZ e a./Commissione, Racc. pag. 3369, Stichting Sigarettenindustrie e a./Commissione, citata; e sentenza del Tribunale 2 luglio 1992, causa T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening/Commissione, Racc. pag. II-1931, punto 157). Nella fattispecie la Commissione si chiede in che modo le ricorrenti abbiano potuto ignorare che un sistema come quello oggetto del presente procedimento aveva effetti restrittivi sulla concorrenza.

351 Essa confuta poi i vari elementi in base ai quali le ricorrenti contestano di essersi rese colpevoli di negligenza grave. In primo luogo, le ricorrenti lascerebbero ingiustamente intendere che i regolamenti beneficiavano della totale approvazione delle autorità pubbliche olandesi, mentre taluni elementi dei regolamenti precedenti erano stati dichiarati non vincolanti con regio decreto 29 dicembre 1986, in forza dell'art. 10 della Wet economische mededinging (legge sulla concorrenza economica). Nell'economia di questa disposizione, il fatto che un regolamento in materia di concorrenza non sia stato dichiarato non vincolante implica al massimo che i pubblici poteri non lo ritengono in contrasto con l'interesse generale. Questo atteggiamento non significherebbe affatto che il regolamento di cui trattasi non è restrittivo della concorrenza. Inoltre, gli effetti di tale regolamento sugli scambi tra Stati membri non avrebbero alcun ruolo nell'ambito di tale disposizione.

352 In secondo luogo, essa sostiene che i due studiosi citati dalle ricorrenti hanno ritenuto che i regolamenti fossero restrittivi della concorrenza. D'altro canto le ricorrenti non potevano credere che i regolamenti non avessero un impatto sugli scambi intracomunitari per il fatto che la loro applicazione si limitava al territorio dei Paesi Bassi (a questo proposito vedi anche la sentenza Stichting Sigarettenindustrie e a./Commissione, citata, punto 65). Anche se le autorità olandesi avessero, in qualche modo, lasciato intendere che l'art. 85 non era applicabile al caso di specie, ciò non avrebbe liberato le ricorrenti dalla loro responsabilità.

353 La Commissione rileva che se le ricorrenti avessero effettivamente supposto che i regolamenti potevano essere oggetto di un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del

Trattato glieli avrebbero notificati. Orbene, esse lo hanno fatto soltanto dopo l'avvio dell'inchiesta da parte della Commissione.

354 Essa sostiene che, dal momento che i regolamenti precedenti non le erano mai stati notificati, le ricorrenti non possono eccepire il mancato intervento della Commissione, che non era al corrente né dell'esistenza né del contenuto di tutti questi regolamenti, che non erano mai stati resi pubblici. Poiché la sentenza *Peters Bauunternehmung*, citata, è stata pronunciata a seguito di una questione pregiudiziale dello Hoge Raad dei Paesi Bassi, vertente sull'interpretazione dell'art. 5, punto 1), della Convenzione di Bruxelles in merito all'applicazione di uno dei regolamenti controversi, gli aspetti connessi al diritto della concorrenza non avrebbero rivestito alcun ruolo.

355 La Commissione aggiunge che corrisponde a verità il fatto che essa aveva rivolto una richiesta di informazioni alla SPO nel 1985 e, dopo aver esaminato le risposte a tale richiesta, aveva concordato con l'interessata lo svolgimento di un accertamento nel mese di aprile del 1986. La Commissione ne avrebbe anche informato le autorità olandesi. Nell'aprile 1986 il ministero degli Affari economici avrebbe chiesto alla Commissione di rinunciare all'accertamento previsto o, quanto meno, di rinviarlo a causa dell'imminente adozione del regio decreto 29 dicembre 1986. Dopo la promulgazione di tale decreto, avvenuta il 29 dicembre 1986, la Commissione avrebbe nuovamente informato il ministero degli Affari economici, nel marzo 1987, della sua intenzione di effettuare un accertamento presso la SPO. Il detto accertamento è stato effettuato nel giugno 1987 ed è stato seguito da un accertamento presso una delle altre ricorrenti nel luglio 1987. Le ricorrenti non potrebbero, in alcun caso, aver dedotto da queste azioni che la Commissione in quel periodo riteneva i regolamenti controversi estranei all'ambito d'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato. Essa aggiunge che le ricorrenti non possono invocare il fatto che essa non si è avvalsa della facoltà attribuitale dall'art. 15, n. 6, del regolamento n. 17, poiché tale disposizione avrebbe potuto indurre la Commissione a infliggere loro ammende più severe.

Giudizio del Tribunale

- 356 Il Tribunale ricorda innanzi tutto che, come ha sottolineato la Commissione, per giurisprudenza costante, perché un'infrazione si possa considerare intenzionale non è necessario che l'impresa sia stata consapevole di trasgredire il divieto posto dall'art. 85 del Trattato; è sufficiente che essa non potesse ignorare che il comportamento censurato aveva l'oggetto o l'effetto di restringere la concorrenza nel mercato comune (v. sentenza della Corte 8 febbraio 1990, causa C-279/87, *Tipp-Ex/Commissione*, Racc. pag. I-261; v. anche sentenza *Dansk Pelsdyravlerforening/Commissione*, citata, punto 157).
- 357 Nel caso di specie, considerata la gravità delle restrizioni di concorrenza che comportano sia i regolamenti adottati nel 1987 (v. *supra*, i punti 116-123, 140-158, 178-187, 199-205) sia i regolamenti precedenti (v. *supra*, i punti 206-212), le ricorrenti non potevano ignorare che le intese cui partecipavano restringevano la concorrenza.
- 358 Del pari, le ricorrenti non potevano ignorare che i regolamenti adottati nel 1987 e i regolamenti precedenti erano atti a pregiudicare gli scambi tra Stati membri. Infatti, nella loro posizione di associazioni di imprese, aderenti a un'associazione che copriva tutto il territorio olandese, le ricorrenti non potevano non sapere che i regolamenti adottati da ciascuna di esse, ma approvati da quest'ultima associazione, facevano parte di un complesso più vasto di regolamenti atti a disciplinare tutto il settore della costruzione nei Paesi Bassi e che l'effetto cumulato di tali regolamenti, per natura, pregiudicava gli scambi tra Stati membri (v. *supra*, 226-240). A questo proposito, è importante sottolineare che la Commissione ha inflitto un'ammenda soltanto per il periodo durante il quale i vari regolamenti precedenti si trovavano uniformati sotto l'egida della SPO ed erano assoggettati a un sistema di sanzioni

uniforme (v., supra, il punto 206), nonché per il periodo in cui i regolamenti adottati nel 1987 non erano stati notificati alla Commissione.

359 Stando così le cose, le ricorrenti non potevano avere alcun dubbio circa il fatto che i regolamenti fossero vietati dall'art. 85, n. 1, del Trattato. L'atteggiamento relativamente benevolo delle autorità olandesi nei confronti dei regolamenti avrebbe dovuto spingere le ricorrenti a notificare i regolamenti alla Commissione al fine di ottenere un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato e di avvalersi del beneficio dell'immunità da ammende riservato agli accordi notificati nelle forme prescritte.

360 Le ricorrenti non possono contestare alla Commissione di non essere intervenuta con maggiore tempestività sui regolamenti. Infatti, la circostanza che i regolamenti fossero pubblici e fossero stati oggetto di numerosi commenti nella stampa specializzata non poteva obbligare la Commissione, in assenza di formale denuncia, ad avviare un procedimento ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato. Sempre a questo stadio, gli argomenti delle ricorrenti tendono a porre a carico della Commissione il fatto di non aver agito prima, mentre le ricorrenti avevano la possibilità di notificare i regolamenti alla Commissione per fruire di un'esenzione e dell'immunità da ammende.

361 Da quanto precede risulta che la Commissione ha legittimamente considerato al punto 136 della decisione che le infrazioni commesse dalle ricorrenti erano intenzionali o quanto meno causate da negligenza grave, infliggendo perciò delle ammende.

362 Da quanto precede deriva che la seconda parte del terzo motivo va respinta.

Terza parte: eccessiva onerosità dell'ammenda

Argomenti delle parti

- 363 Sempre in subordine, le ricorrenti sostengono che le ammende inflitte sono troppo elevate tenuto conto della gravità e della durata delle infrazioni e dei massimali di cui all'art. 15, n. 2, del regolamento n. 17.
- 364 Per quanto concerne la gravità, le ricorrenti sostengono che dal complesso dei motivi dedotti a sostegno del loro ricorso si desume che, anche se la Commissione ha potuto ravvisare un'infrazione nei regolamenti elaborati nell'ambito della SPO, tale infrazione non ha la gravità rilevata nella decisione. Esse fanno valere in particolare, in primo luogo, che, trattandosi del primo intervento della Commissione nel settore della costruzione, tale istituzione avrebbe dovuto evitare di infliggere ammende, avendolo evitato, per lo stesso motivo, nella decisione 27 ottobre 1992, 92/521/CEE, relativa ad una procedura ai sensi dell'articolo 85 del Trattato CEE (IV/33.384 e 33.378 — Distribuzione di pacchetti turistici in occasione della Coppa del mondo di calcio 1990; GU L 326, pag. 31, punto 125). In secondo luogo, esse ritengono che la Commissione abbia ingiustamente considerato come circostanza aggravante il fatto che i regolamenti erano stati notificati soltanto nel 1988, tanto più che prima del 1987 erano dispensati da notifica in forza dell'art. 4, n. 2, sub 1), del regolamento n. 17. Esse aggiungono che è impossibile, leggendo la decisione, capire in che modo la Commissione abbia tenuto conto delle circostanze attenuanti che essa sostiene di aver preso in considerazione e ritengono che, considerato il valore assoluto delle ammende, vi è motivo di pensare che la Commissione non abbia tenuto in alcun conto tali circostanze attenuanti.
- 365 Riguardo alla durata delle asserite infrazioni, esse sostengono che se la Commissione fosse intervenuta con maggiore tempestività nei confronti dei regolamenti, come avrebbe dovuto fare, sapendo della loro esistenza, la durata dell'infrazione sarebbe stata minore. La Commissione avrebbe dovuto tener conto di tale inspiegabile inattività nel calcolare l'entità delle ammende, analogamente a quanto avrebbe fatto la Corte nella sentenza 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73 (Istituto Chemioterapico e Commercial Solvents/Commissione, Racc. pag. 223). D'al-

tro canto esse sostengono che la Commissione non ha prodotto alcun elemento di prova né ha svolto la minima indagine per quanto riguarda il periodo compreso tra il 1980 e il 1982, mentre ha preso in considerazione tale periodo per calcolare l'entità dell'ammenda.

366 Le ricorrenti sostengono peraltro, in fase di replica, che i regolamenti precedenti, ripresi ai punti IV, V, VI e IX dell'allegato 9 alla decisione, erano già stati abrogati prima del periodo preso in esame dalla Commissione nella decisione controversa, vale a dire prima del 1980. Essi avrebbero dunque costituito oggetto del presente procedimento ingiustamente.

367 Per quanto riguarda il calcolo delle ammende, le ricorrenti sostengono che la Commissione ha superato il massimale del 10% del fatturato realizzato l'anno precedente dalle varie associazioni di imprese e ha omesso di differenziare tali ammende a seconda dei diversi mercati in gioco.

368 Infine, raffrontando l'entità dell'ammenda che la Commissione ha loro inflitto con l'ammenda inflitta nella decisione 26 luglio 1988, 88/491/CEE, relativa a un procedimento in forza dell'articolo 85 del Trattato (IV/31.379 — Bloemenveilingen Aalsmeer; GU L 262, pag. 27), caso in cui era in questione un regolamento che analogamente si applicava a più di 4 100 partecipanti e l'applicabilità dell'art. 85 del Trattato sembrava più evidente che nel presente caso, le ricorrenti sostengono che la Commissione ha violato il principio di parità di trattamento.

369 La Commissione ribatte rimandando sostanzialmente ai punti 136, 140 e 141 della decisione. Essa afferma di non aver considerato come circostanza aggravante la tardività della notifica, ma di aver indicato il motivo per il quale non riteneva che la notifica dei regolamenti in questione costituisse una circostanza attenuante, analogamente a quanto aveva fatto in altri casi. Essa aggiunge che le ricorrenti non tengono conto, nel loro ragionamento, del ruolo dissuasivo che devono avere le ammende.

- 370 Quanto alla durata dell'infrazione essa ripete di non esser potuta intervenire prima, non essendole noto il contenuto dei regolamenti per i motivi sopra indicati, e che il richiamo fatto dalle ricorrenti alla sentenza Istituto Chemioterapico e Commercial Solvents, citata, è fuori luogo. Aggiunge, per quanto riguarda il periodo 1980-1982, che non era tenuta ad effettuare un'inchiesta distinta poiché le ricorrenti non avevano sostenuto che in tale periodo la situazione era stata diversa.
- 371 D'altro canto, la Commissione rileva che, affermando, in fase di replica, che vari regolamenti precedenti erano stati abrogati prima del 1980, le ricorrenti sollevano un motivo nuovo che va dichiarato irricevibile ai sensi dell'art. 48, n. 2, del regolamento di procedura del Tribunale.
- 372 Essa aggiunge, in subordine, che non corrisponde a verità che tali regolamenti siano stati abrogati prima del 1980, come dimostrano le risposte delle ricorrenti, menzionate ai punti 3, 5, 6 e 26 dell'art. 4 della decisione, fornite tra il 12 e il 16 dicembre 1988.
- 373 La Commissione considera che le infrazioni commesse dalle ricorrenti non hanno nulla di straordinario e che il fatto che si trattasse del primo intervento nel settore della costruzione non doveva indurla a non infliggere ammende, per non consentire alle imprese attive in settori che non sono ancora stati oggetto di una decisione della Commissione di commettere impunemente infrazioni alle regole di concorrenza.
- 374 Per quanto riguarda il calcolo delle ammende, la Commissione ritiene che le ricorrenti considerino a torto che i massimali delle ammende vanno determinati in base al loro fatturato. Infatti, si desumerebbe dalla lettera dell'art. 15, n. 2, del regolamento n. 17 che vanno presi in considerazione a questo fine i fatturati delle ade-

renti alle associazioni ricorrenti. Nel caso di specie la Commissione sarebbe rimasta sensibilmente al di sotto di tali massimali.

375 Essa osserva che le ammende non possono essere definite elevate, in quanto complessivamente rappresentano meno dello 0,5% del valore medio annuo degli appalti presi in esame e sono dunque sensibilmente inferiori alle ammende generalmente inflitte per questo tipo di infrazione.

376 Per finire, la Commissione considera che il riferimento delle ricorrenti alla decisione 26 luglio 1988, 88/491, adottata nel caso Bloemenveilingen Aalsmeer non è assolutamente pertinente, data la diversa natura e i diversi effetti delle due infrazioni.

Giudizio del Tribunale

377 Il Tribunale ricorda anzitutto che dall'esame del primo motivo risulta che l'infrazione ha effettivamente la gravità constatata dalla decisione. A questo proposito si deve sottolineare che l'ammenda verte, per sei anni e mezzo, sui regolamenti precedenti e, per nove mesi e mezzo, sui regolamenti adottati nel 1987. Orbene, si deve ricordare la particolare gravità delle restrizioni della concorrenza causate dai regolamenti precedenti, segnatamente dal punto di vista delle concertazioni sui prezzi menzionate al punto 64 della decisione. Poiché il Tribunale ha ritenuto tale punto fondato (v., supra, punti 206-212), è alla luce di questo che va letto il punto 140 della decisione, secondo cui «le concertazioni sui prezzi e l'assegnazione dei contratti fanno parte delle infrazioni più gravi, perseguite, vietate e punite dalla Commissione».

378 Va poi rilevato che tutte le circostanze attenuanti cui si richiamano le ricorrenti nelle loro memorie sono state prese in considerazione per la fissazione dell'entità

dell'ammenda, come mostra il punto 141 della decisione e come indica il fatto che la Commissione ha inflitto un'ammenda alle ricorrenti che, secondo la Commissione, non contraddetta su questo punto dalle ricorrenti, rappresenta soltanto lo 0,5% del valore medio annuo dei contratti interessati.

379 Si osserverà tuttavia che, per importanti che siano, segnatamente in quanto vertono sul carattere pubblico dei regolamenti, queste circostanze attenuanti non devono occultare il fatto che le ricorrenti non si sono avvalse della facoltà di notificare i regolamenti alla Commissione per ottenere un'attestazione negativa o un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato.

380 Occorre peraltro ricordare che le ricorrenti non possono contestare alla Commissione di non essere intervenuta più tempestivamente, potendo esse costringerla a farlo notificandole i regolamenti stessi. Le circostanze alla base della sentenza Istituto Chemioterapico e Commercial Solvents/Commissione, citata, erano assai diverse da quelle del caso di specie, in quanto, come ha rilevato la Commissione, in tale causa l'istituzione aveva ricevuto una denuncia, ma non le aveva dato corso immediatamente. Orbene, nel caso di specie, la Commissione ha ricevuto una denuncia da parte del comune di Rotterdam solo dopo la notifica dei regolamenti da parte delle ricorrenti. Questa differenza è importante poiché, quando la Commissione riceve una denuncia, viene informata del contenuto del comportamento incriminato mentre, nel caso di specie, la Commissione è stata informata del contenuto oggettivo dei regolamenti soltanto attraverso la loro notifica.

381 Ne consegue che questo argomento va respinto.

382 Per quanto riguarda il fatto che la Commissione non ha svolto un'inchiesta per gli anni 1980-1982, il Tribunale ritiene che la Commissione è legittimata ad eccepire che le ricorrenti non hanno sostenuto, né durante il procedimento amministrativo né nelle memorie da esse depositate dinanzi al Tribunale, che in quegli anni la situazione era diversa.

383 Per quanto riguarda l'abrogazione dei regolamenti precedenti ripresi ai punti IV, V, VI e IX dell'allegato 9 alla decisione, il Tribunale considera che si tratta di un motivo nuovo che va dichiarato irricevibile ai sensi dell'art. 48, n. 2, del regolamento di procedura del Tribunale.

384 Inoltre, si deve constatare che, se la Commissione ha ingiustamente incluso i detti regolamenti nel presente procedimento, lo ha fatto a causa di errori commessi da talune ricorrenti nelle loro risposte alle richieste di informazioni della Commissione (v. la risposta dell'Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers datata 12 dicembre 1988, quella dell'Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek del 16 dicembre 1988, quella dell'Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders del 15 dicembre 1988 e quella dell'Utrechtse Aannemers Vereniging del 12 dicembre 1988). Queste ultime non possono pertanto avvalersi di un errore indotto da errori commessi da loro stesse.

385 Il Tribunale considera infine che le ricorrenti ingiustamente sostengono che l'ammenda supera il massimale di cui all'art. 15, n. 2, del regolamento n. 17, vale a dire il 10% del fatturato realizzato nell'esercizio precedente. Infatti, va ricordato che il termine generico «infrazione», impiegato nell'art. 15, n. 2, del regolamento n. 17, copre indistintamente gli accordi, le pratiche concertate e le decisioni di associazioni di imprese e che il suo impiego indica che i massimali previsti dalla detta disposizione si applicano allo stesso modo agli accordi e alle pratiche concertate, oltre che alle decisioni di associazioni di imprese. Ne consegue che il massimale del 10% del fatturato va calcolato tenendo conto del fatturato realizzato da ciascuna delle imprese partecipanti agli accordi e alle pratiche concertate di cui trattasi o dall'insieme delle imprese aderenti alle associazioni di imprese, quanto meno quando le regole interne consentono all'associazione di vincolare i propri aderenti. La fondatezza di questa analisi è corroborata dal fatto che fissando l'importo delle ammende si può tener conto, fra l'altro, dell'influenza che l'impresa ha potuto esercitare sul mercato, segnatamente in ragione della sua dimensione e potenza economica, sulle quali il fatturato dell'impresa dà qualche indicazione (sentenza della Corte 7 giugno 1983, cause riunite 100/80-103/80, Musique diffusion française e a./Commissione, Racc. pag. 1825, punti 120 e 121), nonché dell'effetto dissuasivo che tali ammende devono avere (sentenza del Tribunale 10 marzo 1992, causa T-12/89, Solvay/Commissione, Racc. pag. 907, punto 309). L'influenza che un'associazione di imprese ha potuto esercitare sul mercato non dipende infatti dalla cifra d'affari sua propria, la quale non rivela la sua dimensione né la sua

potenza economica, bensì dal volume di affari dei suoi membri, il quale costituisce un'indicazione della sua dimensione e della sua potenza economica (sentenza CB e Europay/Commissione, già citata, punti 136 e 137).

386 Occorre peraltro sottolineare che le ricorrenti non possono avvalersi del fatto che nella decisione 26 luglio 1988, 88/491, presa nel caso Bloemenveilingen Aalsmeer, la Commissione avesse inflitto ammende inferiori, perché in quel procedimento la natura dell'infrazione e i suoi effetti erano, come ha sottolineato la Commissione, completamente diversi.

387 Risulta da quanto precede che questa parte del motivo va respinta.

388 Da tutte le considerazioni che precedono discende che il motivo relativo alla violazione del regolamento n. 17, va respinto.

Quarto motivo: violazione dell'art. 190 del Trattato

Argomenti delle parti

389 Le ricorrenti fanno valere che la Commissione ha violato l'obbligo ad essa incombente di motivare le proprie decisioni. In forza di tale obbligo essa avrebbe dovuto non solo riportare nella propria decisione i principali argomenti difensivi sollevati dalle ricorrenti durante il procedimento amministrativo, ma anche rispondere in maniera motivata a ciascuno degli argomenti addotti. Si desumerebbe infatti dalla sentenza SIV e a./Commissione, citata (punto 159), che «anche se la Commissione non è tenuta a discutere nella decisione tutti gli argomenti sollevati dalle imprese (...), in presenza degli argomenti fatti valere dalle ricorrenti (...), la Commissione

avrebbe dovuto procedere ad un esame più approfondito (...) al fine di dimostrare le ragioni per cui le conclusioni tratte dalle ricorrenti erano prive di fondamento».

390 Nel caso di specie esse sostengono che la Commissione nella decisione non ha nemmeno esposto gli argomenti principali che esse avevano svolto nella loro memoria in replica alla comunicazione degli addebiti e durante l'audizione.

391 D'altro canto le ricorrenti fanno valere in fase di replica che il dispositivo della decisione, nella parte in cui riguarda il codice deontologico in quanto tale, lo statuto generale della SPO, nonché tutti i regolamenti precedenti, non è suffragato dalla motivazione. Per quanto riguarda il codice deontologico, esse sostengono infatti che l'art. 1, n. 2, del dispositivo della decisione impugnata — nella parte in cui constata che il codice deontologico, escluso l'art. 10, nella versione resa vincolante, con decisione 3 giugno 1980 per le imprese iscritte alle organizzazioni aderenti alla SPO costituisce infrazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato — ha una portata più ampia del punto 1 della motivazione della decisione la quale indica che il procedimento riguarda la decisione della SPO 3 giugno 1980, che ha reso vincolante per le imprese aderenti alle sue organizzazioni associate il codice deontologico e i relativi allegati. Di conseguenza nessun punto della motivazione giustificherebbe la constatazione che il codice deontologico in quanto tale costituisce infrazione.

392 Per quanto riguarda lo statuto della SPO, le ricorrenti osservano che l'art. 1, n. 1, del dispositivo della decisione, nella parte in cui dichiara che lo statuto della SPO 10 dicembre 1963, con le successive modificazioni, costituisce un'infrazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, ha una portata più ampia della motivazione della decisione che riguarderebbe soltanto l'art. 3 dello statuto. Orbene, la maggioranza delle disposizioni dello statuto non avrebbe nulla a che vedere con le condizioni di concorrenza e riguardare esclusivamente il funzionamento interno della SPO. Esse sostengono che la Commissione ha confuso lo statuto della SPO con le decisioni fondate su tale statuto, cosa che indurrebbe la Commissione a vietare la SPO in quanto tale, senza alcun motivo.

- 393 Per quanto riguarda, infine, i regolamenti precedenti, esse affermano che questi sono assai più numerosi di quelli figuranti nell'allegato 9 alla decisione e che, contrariamente a quanto affermato nella decisione, l'UPR «Burger- & Utiliteitsbouw Openbaar» non è stato adottato dalla SPO, ma da una sola associazione di imprese. Esse contestano inoltre alla Commissione di aver espresso un giudizio globale e indifferenziato sul complesso dei regolamenti precedenti senza tener conto delle loro differenze e delle loro specificità. Infine, esse ricordano che diversi regolamenti precedenti sono stati abrogati prima del 1980.
- 394 La Commissione risponde che la sua decisione è sufficientemente motivata e che essa non era tenuta a produrre analisi scientifiche per confutare le analisi prodotte dalle ricorrenti, nella misura in cui queste ultime erano irrilevanti.
- 395 Per quanto riguarda più specificamente i motivi per i quali la decisione respinge la domanda di esenzione formulata dalle ricorrenti, la Commissione ritiene che imporle, come vorrebbero fare le ricorrenti, di dimostrare che i regolamenti non potevano beneficiare di un'esenzione equivarrebbe a un'inversione dell'onere della prova.
- 396 La Commissione fa valere peraltro che gli argomenti con i quali le ricorrenti contestano la censura del codice deontologico in quanto tale, dello statuto generale della SPO e dei regolamenti precedenti non appaiono in tale forma nel ricorso e si fondano almeno parzialmente su rilievi che non sono stati sollevati. Essa ritiene dunque che si tratti di un motivo nuovo, che va dichiarato irricevibile in forza dell'art. 48, n. 2, del regolamento di procedura del Tribunale. In subordine, essa fa valere che la menzione, al punto 1 della decisione, della decisione 3 giugno 1980 come oggetto del procedimento, rendendo il codice deontologico e i suoi allegati vincolanti per le imprese iscritte alle organizzazioni aderenti alla SPO, può riguardare soltanto il codice deontologico in quanto tale dal momento che la decisione 3 giugno 1980 non ha alcuna portata autonoma alla luce del diritto della concorrenza.

397 Per quanto riguarda lo statuto della SPO, la Commissione ammette che soltanto l'art. 3 presenta un problema alla luce del diritto della concorrenza, in quanto le altre disposizioni dello statuto non hanno portata autonoma a questo proposito. Tuttavia, essa ritiene che, nella misura in cui le altre disposizioni hanno la finalità di consentire alla SPO di realizzare il proprio scopo sociale definito nell'art. 3, esse devono essere coperte dalla decisione. Essa afferma che la decisione non si prefigge di vietare la SPO in quanto tale, bensì solo di vietare la SPO nei limiti in cui ha come scopo sociale quello di restringere la concorrenza.

398 Quanto ai regolamenti precedenti, la Commissione afferma di essersi basata sulle risposte delle ricorrenti alle sue richieste di informazioni per determinare il numero dei regolamenti esistenti e il ruolo della SPO rispetto agli UPR «Burger- & Utiliteitsbouw Openbaar». Essa aggiunge che, se si è potuta limitare a un riferimento generale ai regolamenti precedenti nella decisione, ciò è stato possibile perché questi restringono la concorrenza ancor più degli UPR e ricorda infine che è falso affermare che alcuni regolamenti precedenti sono stati abrogati prima del 1980.

Giudizio del Tribunale

399 Il Tribunale considera che non si può rimproverare alla Commissione di aver trasgredito l'obbligo di motivazione sancito dall'art. 190 del Trattato. Infatti la Commissione complessivamente ha risposto agli argomenti rilevanti presentati dalle ricorrenti nel procedimento amministrativo, per quanto riguarda sia l'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, sia quella dell'art. 85, n. 3, del Trattato.

400 Per quanto riguarda più in particolare quest'ultimo articolo, il Tribunale considera che la Commissione ha legittimamente incentrato la propria analisi dei regolamenti controversi sulla protezione dell'impresa prescelta e sugli indennizzi per spese di

calcolo. Infatti, si tratta dei due elementi centrali che consentono di raggiungere gli obiettivi perseguiti dai regolamenti, vale a dire contrastare il mercanteggiamento e limitare le spese di transazione. Dal momento che le ricorrenti hanno affermato durante tutto il procedimento amministrativo che i regolamenti formavano un insieme coerente e che la Commissione era giunta alla conclusione che i due elementi al centro di tale insieme non potevano beneficiare di un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato, non era più necessario che l'istituzione esaminasse gli eventuali vantaggi risultanti puntualmente dall'una o dall'altra disposizione dei regolamenti controversi.

401 Per quanto riguarda la mancata motivazione del rigetto opposto dalla Commissione alle proposte di modifica dei regolamenti formulate dalle ricorrenti, è sufficiente rinviare alla confutazione della seconda parte del secondo motivo, da cui emerge che la Commissione non era tenuta a prendere posizione su proposte di modifica che non le erano state notificate.

402 Il Tribunale considera infine che, facendo valere, in fase di replica, che il dispositivo della decisione non era motivato in quanto riguardava il codice deontologico in quanto tale, lo statuto generale della SPO, nonché tutti i regolamenti precedenti, le ricorrenti hanno sollevato un motivo nuovo che è irricevibile in forza dell'art. 48, n. 2, del regolamento di procedura. Inoltre, si deve ricordare che il dispositivo va letto alla luce della motivazione e che pertanto l'art. 1, n. 2, del dispositivo della decisione impugnata non ha lo scopo di vietare la SPO in quanto tale. Del pari, il punto 1 della decisione, facendo riferimento alla «decisione della SPO del 3 giugno 1980 che ha reso vincolante per le imprese aderenti alle sue organizzazioni associate l'”Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf” e i relativi allegati», non è rivolto alla decisione 3 giugno 1980 in quanto tale, bensì al codice deontologico reso vincolante da tale decisione, analogamente a quanto fa il dispositivo della decisione impugnata.

403 Il Tribunale considera infine che la Commissione si è legittimamente limitata, nella decisione, a riferirsi globalmente ai regolamenti precedenti. Infatti essa osserva che

i regolamenti precedenti avevano il medesimo scopo dei regolamenti adottati nel 1987 e, nei limiti in cui differivano da questi ultimi, restringevano la concorrenza almeno in pari misura (decisione, punti 62-65 e 114; v., supra, punti 206-212).

404 Orbene, è importante rilevare che, durante il procedimento amministrativo, le ricorrenti non hanno svolto argomenti specifici volti a dimostrare che i regolamenti precedenti differivano dai regolamenti adottati nel 1987 per taluni aspetti fondamentali né che restringevano la concorrenza meno di questi ultimi.

405 Di conseguenza la Commissione poteva anch'essa, per quanto riguarda i regolamenti precedenti, limitarsi a riferirsi sostanzialmente alla motivazione della decisione relativa ai regolamenti adottati nel 1987.

406 Ne consegue che il motivo va respinto.

Quinto motivo: violazione dei diritti della difesa

Argomenti delle parti

407 In fase di replica le ricorrenti fanno valere in sostanza che la Commissione ha violato i diritti della difesa, in primo luogo, ritenendo che il codice deontologico costituisca un'infrazione all'art. 85, n. 1, del Trattato, mentre il codice deontologico non sarebbe, di per sé, stato oggetto del procedimento amministrativo (replica, pag. 19),

che avrebbe riguardato unicamente la decisione vincolante della SPO 3 giugno 1980 che ha reso obbligatorio il codice deontologico per gli aderenti alle organizzazioni associate alla SPO, e, in secondo luogo, basandosi su delle «leading questions» rivolte alle imprese estere sul motivo della loro associazione alla SPO per concludere, nella decisione, che le misure incriminate avevano un'incidenza sugli scambi tra Stati membri.

408 La Commissione ribatte che si tratta di un motivo nuovo che va dichiarato irricevibile ai sensi dell'art. 48, n. 2, del regolamento di procedura del Tribunale, e in subordine va respinto in quanto infondato.

Giudizio del Tribunale

409 Il Tribunale giudica che il motivo delle ricorrenti relativo alla violazione dei loro diritti della difesa costituisce un motivo nuovo che va dichiarato irricevibile in forza dell'art. 48, n. 2, del regolamento di procedura e che, in ogni caso, è infondato.

410 Infatti, va sottolineato che in corso d'udienza le ricorrenti non hanno contraddetto l'affermazione contenuta nella controreplica della Commissione secondo cui le censure formulate nei confronti del codice deontologico erano state oggetto dei punti 18, 33-35, 41, 42, 44 e 46-48 della comunicazione degli addebiti. D'altro canto la Commissione non si è basata sulle risposte alle domande contestate dalle ricorrenti per dichiarare che i provvedimenti in esame avevano un'incidenza sugli scambi tra Stati membri.

411 Da tutte le considerazioni svolte discende che il ricorso va respinto.

Sulle spese

412 Ai sensi dell'art. 87, n. 2, del regolamento di procedura la parte soccombente è condannata alle spese, se ne è stata fatta domanda. Poiché le ricorrenti sono rimaste soccombenti e la Commissione ne ha chiesto la condanna, le ricorrenti vanno condannate in solido alle spese, ivi comprese le spese relative al procedimento sommario.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Prima Sezione)

dichiara e statuisce:

- 1) Il ricorso è respinto.
- 2) Le ricorrenti sono condannate in solido alle spese, ivi comprese le spese relative al procedimento sommario.

Schintgen

Kirschner

Vesterdorf

Lenaerts

Bellamy

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 21 febbraio 1995.

Il cancelliere

Il presidente

H. Jung

R. Schintgen

Indice

Fatti del ricorso	II -299
Procedimento	II -304
Conclusioni delle parti	II -308
Motivi e argomenti delle parti	II -309
La domanda principale	II -309
Argomenti delle parti	II -309
Giudizio del Tribunale	II -311
La domanda subordinata	II -314
Primo motivo: violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato	II -315
Prima parte: errata definizione del mercato di cui trattasi	II -315
Argomenti delle parti	II -315
Giudizio del Tribunale	II -317
Seconda parte: errata valutazione del contenuto e della portata dei regolamenti controversi	II -321
I — Esposizione generale	II -321
Argomenti delle parti	II -321
Giudizio del Tribunale	II -322
II — La concertazione tra le imprese che intendono presentare un'offerta	II -326
Argomenti delle parti	II -326
1) Notifica obbligatoria dell'intenzione di presentare un'offerta (decisione, punti 24 e 79)	II -326
2) Riunioni tenute conformemente agli UPR (decisione, punti 25-58 e 80-92) ...	II -326
a) Accordo sul principio della designazione di un'impresa prescelta (decisione, punti 26 e 80)	II -326
b) Confronto degli elementi di costo del contratto (decisione, punti 27 e 81)	II -327
c) Presentazione delle offerte iniziali (decisione, punti 28 e 82)	II -329
d) Facoltà di revoca dopo il raffronto delle offerte (decisione, punti 29, 83 e 84)	II -329
Giudizio del Tribunale	II -330

III — Fissazione concordata del prezzo o di parti di esso	II -334
Argomenti delle parti	II -334
1) Maggiorazioni di prezzo nel caso di offerte simultanee (decisione, punti 31-34, 42-46, 86, 87 e 96)	II -334
2) Maggiorazioni di prezzo nei contratti conclusi mediante trattativa privata (decisione, punti 60, 61 e 100)	II -336
3) Maggiorazioni dei prezzi dei contratti di subappalto (decisione, punti 55-59 e 100, terzo comma)	II -338
Giudizio del Tribunale	II -339
IV — Limitazione dell'autonomia negoziale delle imprese e del committente	II -345
Argomenti delle parti	II -345
1) La preferenza (decisione, punti 30 e 85)	II -345
2) Protezione dell'impresa prescelta (decisione, punti 39-41, 52-54 e 93-95)	II -346
3) Subappalto (decisione, punti 55-59 e 100, terzo comma)	II -350
Giudizio del Tribunale	II -350
V — Comportamento della SPO nei confronti delle imprese non associate (decisione, punti 49-51, 98 e 99)	II -354
Argomenti delle parti	II -354
Giudizio del Tribunale	II -356
Terza parte: mancanza di incidenza sugli scambi tra Stati membri	II -361
Argomenti delle parti	II -361
Giudizio del Tribunale	II -365
Secondo motivo: violazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato	II -369
Prima parte: mancata considerazione delle caratteristiche del mercato e inosservanza delle norme relative all'onere della prova	II -369
1) Caratteristiche del mercato	II -369
Argomenti delle parti	II -369
Giudizio del Tribunale	II -372
2) Onere della prova	II -374
Argomenti delle parti	II -374
Giudizio del Tribunale	II -375
Seconda parte: inosservanza dei presupposti per la concessione di un'esenzione	II -376
1) Contributo dei regolamenti al miglioramento della distribuzione dei prodotti o alla promozione del progresso tecnico o economico e congrua parte riservata al consumatore	II -377
Argomenti delle parti	II -377
Giudizio del Tribunale	II -381
	II - 419

2) Carattere indispensabile delle restrizioni e impossibilità di eliminare la concorrenza	II -386
Argomenti delle parti	II -386
Giudizio del Tribunale	II -389
Terza parte: inosservanza dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà	II -392
Argomenti delle parti	II -392
Giudizio del Tribunale	II -393
Terzo motivo: violazione degli artt. 4, n. 2, sub 1), e 15, n. 2, del regolamento n. 17	II -395
Prima parte: insussistenza dell'infrazione e immunità da ammende	II -395
Argomenti delle parti	II -395
Giudizio del Tribunale	II -397
Seconda parte: mancanza di intenzionalità o di negligenza	II -398
Argomenti delle parti	II -398
Giudizio del Tribunale	II -402
Terza parte: eccessiva onerosità dell'ammenda	II -404
Argomenti delle parti	II -404
Giudizio del Tribunale	II -407
Quarto motivo: violazione dell'art. 190 del Trattato	II -410
Argomenti delle parti	II -410
Giudizio del Tribunale	II -413
Quinto motivo: violazione dei diritti della difesa	II -415
Argomenti delle parti	II -415
Giudizio del Tribunale	II -416
Sulle spese	II -417