II

(Atti per i quali la pubblicazione non è una condizione di applicabilità)

COMMISSIONE

DECISIONE DELLA COMMISSIONE

del 5 febbraio 1992

relativa ad un procedimento in forza dell'articolo 85 del trattato CEE

(IV/31.572 e 32.571 — Industria della costruzione nei Paesi Bassi)

(Il testo in lingua olandese è il solo facente fede)

(92/204/CEE)

LA COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE,

visto il trattato che istituisce la Comunità economica europea,

visto il regolamento n. 17 del Consiglio, del 6 febbraio 1962, primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato [1], modificato da ultimo dall'atto di adesione della Spagna e del Portogallo, in particolare l'articolo 3, paragrafo 1,

vista la domanda di attestazione negativa e la notifica volta ad ottenere un'esenzione, presentate a norma degli articoli 2 e 4 del regolamento n. 17 in data 13 gennaio 1988 dalla Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid, Amersfoort, relativamente agli Uniforme Prijsregelende Reglementen del 9 ottobre 1986 emanati dall'associazione in questione, nonché all'Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf nella versione resa vincolante per le imprese aderenti alle rispettive organizzazioni associate con decisione del 3 guigno 1980 di detta associazione,

vista la denuncia presentata dal comune di Rotterdam, in data 26 luglio 1989 avverso l'associazione sopra menzionata e relativa ai regolamenti citati,

vista la decisione della Commissione del 7 novembre 1989 di avviare il procedimento nel presente caso,

dopo aver dato agli interessati la possibilità di rendere note le loro osservazioni sugli addebiti sollevati dalla Commissione e le loro altre eventuali osservazioni in conformità dell'articolo 19, paragrafo 1 del regolamento n. 17 e del regolamento n. 99/63/CEE della Commissione, del 25 luglio 1963, relativo alle audizioni previste dall'articolo 19, paragrafi 1 e 2 del regolamento n. 17 del Consiglio [2],

previa consultazione del comitato consultivo in materia di intese e di posizioni dominanti,

considerando quanto segue:

PARTE PRIMA — I FATTI

(1) Il presente procedimento riguarda:

— talune disposizioni dello statuto della Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (in appresso «SPO»);

— le decisioni adottate in data 9 ottobre 1986 dell'associazione SPO sotto il titolo Uniforme Prijsregelende Reglementen e relativi allegati (in appresso: «UPR») entrate in vigore il 1° aprile 1987 e modificate il 23 giugno 1988;

— le decisioni analoghe autonomamente adottate tra il 1967 e il 1979 da ventinove organizzazioni associate a SPO, e da questa approvate, sostituite dai regolamenti UPR;

— la decisione di SPO del 3 guigno 1980 che ha reso vincolante per imprese aderenti alle sue organizzazioni associate l'Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf e i relativi allegati (in appresso: «codice deontologico»), rimasto in vigore da quella data.

[1] GU n. 13 del 21. 2. 1962, pag. 204/62.

[2] GU n. 127 del 20. 8. 1963, pag. 2268/63.

(2) SPO ha notificato (data di registrazione: 13 gennaio 1988) gli UPR nonché il codice deontologico. Tale notifica è stata integrata da una relazione registrata in data 19 luglio 1989.

Il 26 luglio 1989 il comune di Rotterdam ha presentato una denuncia relativa tra l'altro alle predette regolamentazioni private.

A. LE ASSOCIAZIONI DI IMPRESE INTERESSATE

(3) SPO è stata costituita nel 1963. Trattasi di un'associazione che, in forza dell'articolo 3 del suo statuto, ha l'oggetto «di promuovere e di gestire una concorrenza ordinata, di evitare e di combattere i comportamenti sleali in sede di offerta di prezzi e di promuovere la formazione di prezzi economicamente giustificati». Tra i mezzi previsti per raggiungere tale finalità figurano in particolare le decisioni di SPO che vincolano direttamente le imprese aderenti alle organizzazioni associate, nonché la conforme esecuzione e il controllo dell'osservanza delle predette decisioni (statuto SPO, articolo 4).

(4) Possono aderire a SPO soltanto le associazioni di imprese del settore della costruzione dotate di personalità giuridica e aventi come oggetto esclusivo la realizzazione degli obiettivi dell'associazione SPO (statuto SPO, articolo 5). Tali membri sono attualmente ventisette associazioni e una fondazione.

A parte qualche eccezione, secondo lo statuto di ciascuna di queste organizzazioni tutte le imprese di costruzione, indipendentemente dalla loro sede, possono aderire alle organizzazioni in questione.

Le ventotto organizzazioni associate di SPO raggruppano più di 4 000 imprese di costruzione con sede nei Paesi Bassi. Un'altra organizzazione associata, destinataria della presente decisione, è receduta in data 1° gennaio 1989. Alla data della comunicazione degli addebiti era in via di liquidazione.

B. DECISIONI DISCIPLINANTI I PREZZI E LA CONCORRENZA

1. Gli UPR emanati da SPO in data 9 ottobre 1986

(5) L'assemblea generale di SPO ha deliberato in data 9 ottobre 1986 una «decisione vincolante» con la quale in particolare ha adottato il testo degli UPR e relativi allegati con effetto dal 1° aprile 1987 e inoltre ha reso vincolanti tali UPR per tutte le imprese membri delle sue organizzazioni associate.

Con un'altra «decisione vincolante» del 23 giugno 1988, con effetto dal 1° luglio 1988, SPO ha modificato gli UPR.

(6) Esistono due regolamenti UPR — uno relativo all'offerta in risposta ad un invito a presentare offerte secondo una procedura ristretta (in appresso: «UPRristr.») e l'altro relativo all'offerta in risposta ad un bando di gara secondo la procedura aperta (in appresso: «UPRap.»).

I regolamenti UPR si applicano a tutti i contratti relativi a lavori di costruzione da realizzare nei Paesi Bassi e rientranti in uno dei seguenti settori:

1) *il settore dell'edilizia* che comprende la costruzione, manutenzione, restauro, ecc. di fabbricati abitativi e non abitativi;

2) *il settore scavi, drenaggio, canalizzazioni e posa di cavi* che comprende le attività di scavo verticale (pozzi) e orizzontale (gallerie stradali o ferroviarie), posa di tubazioni per il trasporto di sostanze quali gas ed acqua (esclusa la costruzione di reti fognarie) e posa di cavi (comprese tutte la attività relative alla televisione via cavo);

3) *il settore lavori di sterro, viabilità urbana e stradale e impianto* che comprende attività quali costruzione e manutenzione di dighe, di reti fognarie, di opere di viabilità urbana e stradale (compresa la fornitura di asfalto), di parchi (sportivi o ricreativi), esclusi i lavori di impianto su commessa di privati;

4) *il settore della segnaletica stradale orizzontale* che comprende esclusivamente le attività riguardanti la rete viaria urbana e stradale;

5) *il settore demolizione;*

6) *il settore lavori di idraulica* che comprende attività quali la costruzione di opere d'arte terrestri e di opere d'arte fluviali e marittime (ad esclusione del dragaggio).

(7) I due regolamenti sono articolati in modo analogo e comportano disposizioni estremamente precise ed analitiche riguardanti gli obblighi delle imprese che partecipano all'organizzazione e le condizioni di funzionamento dell'organizzazione medesima.

Gli UPR hanno dunque l'oggetto di organizzare tra le imprese che partecipano alle gare di appalto di lavori di costruzione un sistema di informazione reciproca e di concertazione che permette tra l'altro di maggiorare i prezzi delle offerte di taluni importi corrispondenti ad idennizzi detti di compensazione per spese di progetto e contributi professionali e di tutelare l'impresa detta «impresa prescelta».

Sostanzialmente i due regolamenti differiscono soltanto per la modalità di riparto dell'importo della compensazione per spese di calcolo di cui gli imprenditori partecipanti otterranno in definitiva l'assegnazione.

(8) Ai due UPR sono allegati:

— un regolamento relativo alle offerte non simultanee,

— un regolamento relativo alle offerte nel subappalto,

— un regolamento che istituisce il «fondo di garanzia» e ne disciplina il funzionamento,

— un regolamento relativo alla responsabilità degli «uffici» che gestiscono l'esecuzione degli UPR,

— un allegato che definisce la competenza settoriale e regionale di detti «uffici»,

— un allegato che presenta le tabelle relative alle spese di calcolo,

— un allegato che disciplina l'organizzazione della «cassa di calcolo».

(9) SPO ha affidato l'esecuzione dell'insieme dei regolamenti cosiddetti di «disciplina istituzionalizzata dei prezzi e della concorrenza» (vedi decisione di riconoscimento) a otto «uffici» autorizzati, società a responsabilità limitata le cui azioni sono per la totalità detenute, direttamente e indirettamente, dalle organizzazioni associate di SPO (ad esclusione di due di esse). Il funzionamento degli uffici in questione è controllato da SPO.

Gli otto uffici sono i seguenti:

— Bureau Burger- en Utiliteitsbouw Noord Nederland BV, a Leeuwarden,

— Centraal Bureau Aannemersverenigingen Holland Zuid BV, a Rotterdam,

— Centraal Bureau Prijsregeling Boringen Kabels en Leidingen BV, a Soest,

— Centraal Bureau Prijsregeling Waterbouw BV, a Utrecht,

— Prijsregeling Midden Nederland BV, a Utrecht

— Sponwest BV, a Amsterdam

— WAC Centraal Bureau BV, a Zeist,

— Zuid Nederlandse Aannemersvereniging Centraal Bureau BV, a Heeze.

(10) La competenza di ciascun ufficio è limitata a una singola regione del paese o a un singolo settore della costruzione secondo l'elenco di cui al considerando 6.

La suddivisione per settori e per regioni è applicata anche nelle organizzazioni aderenti all'associazione SPO, alcune delle quali raggruppano imprenditori della costruzione operanti in vari settori.

(11) L'adesione agli UPR non è riservata esclusivamente alle circa 4 200 imprese aderenti alle associazioni che partecipano a SPO. Altre imprese possono conformarsi ai regolamenti, in casi specifici e su base volontaria. Il numero delle imprese di questa categoria che figurano nell'elenco dei partecipanti fornito dagli uffici è di circa 3 000 (di cui quasi 150 imprese con sede in altri Stati membri delle Comunità europee).

Ancorché gli UPR al pari delle regolamentazioni precedenti prevedano tale modalità di adesione volontaria caso per caso, in realtà l'adesione di un'impresa che non è membro di un'associazione aderente a SPO ha carattere permanente. Di fatto un'impresa che partecipa al mercato della costruzione dei Paesi Bassi, sia nell'ambito dell'organizzazione SPO, sia al di fuori della medesima, rischia di vedersi privata dei diritti e vantaggi dell'organizzazione per «comportamento arbitrario» (articolo 19 UPRristr., articolo 21 UPRap.) o di essere esclusa dall'organizzazione SPO (articolo 4 UPR) per «comportamento non conforme» (risposta di SPO alle domande formali di informazioni del 10 agosto e del 14 novembre 1988).

2. Il codice deontologico

(12) In caso di violazione delle disposizioni degli UPR è prevista tutta una serie di misure nei regolamenti medesimi citati e negli statuti delle associazioni aderenti. Inoltre detta violazione costituisce nel contempo un'infrazione al codice deontologico (vedi articolo 29 UPRristr. e art. 31 UPRap. combinato con l'articolo 9 codice deontologico), il cui testo è stato adottato dall'assemblea generale di SPO in data 3 giugno 1980. Contemporaneamente, con decisione avente effetto dal 1° ottobre 1980 essa ha reso vincolante detto codice per le imprese che aderiscono alla sua organizzazione. Il codice deontologico contiene inoltre numerose norme materiali quali l'obbligo di notificare l'intenzione di presentare un prezzo e, in caso di offerte non simultanee, di partecipare alla riunione in seno a SPO, nonché la definizione della protezione dell'impresa prescelta, regole riguardanti le sanzioni e la procedura in caso di infrazioni.

(13) Il codice deontologico è oggetto del presente procedimento nella misura in cui ha sia un ruolo specifico a fini di controllo dell'adempimento delle obbligazioni derivanti dagli UPR (vedi considerando 47 e 48) che a fini di concertazione in seno all'organizzazione SPO in caso di applicazione del regolamento che riguarda le offerte non simultanee (vedi considerando da 52 a 54). L'articolo 10 del codice deontologico non è oggetto del presente procedimento, giacché non riguarda né il controllo né la concertazione di cui sopra.

3. Regolamenti supplementari

(14) Subordinatamente alla approvazione di SPO, le associazioni aderenti possono adottare regolamenti supplementari agli UPR come potevano in passato integrare allo stesso modo le precedenti regolamentazioni analoghe.

Alcune associazioni aderenti hanno adottato regolamenti di questo tipo, ad esempio quelli relativi alla destinazione di una certa quota delle maggiorazioni di prezzo, alla cooperazione tra l'impresa aderente all'associazione interessata e un'impresa non aderente all'organizzazione SPO, o alla notifica dell'intenzione di presentare un'offerta per un appalto all'estero (questi due ultimi regolamenti nella formulazione sopra esposta sono stati soppressi nel corso del 1988).

Detti regolamenti supplementari non vengono esaminati in quanto tali nella presente decisione, in quanto d'importanza accessoria rispetto all'oggetto principale del procedimento.

4. Regolamenti precedenti gli UPR

(15) Anteriormente al 1° aprile 1987, termine iniziale di efficacia degli attuali UPR, le associazioni aderenti all'organizzazione SPO applicavano una propria regolamentazione di disciplina dei prezzi. L'esecuzione di tali regolamenti era garantita direttamente o indirettamente dall'associazione aderente.

La prima associazione che aveva adottato una regolamentazione di questo tipo è stata nel 1952 la Zuid Nederlandse Aannemersvereniging (ZNAV). In seguito le altre associazioni settoriali/regionali hanno introdotto regolamentazioni analoghe.

Nel 1969 la maggior parte di queste associazioni ha aderito all'organizzazione SPO. Durante gli anni 1973 e 1979 le associazioni hanno sostituito alla maggior parte delle loro regolamentazioni iniziali una regolamentazione uniformata approvata da SPO.

(16) Gli UPR adottati da SPO il 9 ottobre 1986 e aventi effetto dal 1° aprile 1987 hanno sostituito la precedente regolamentazione uniformata che di conseguenza non è stata più applicata.

(17) A causa dell'adozione degli UPR attualmente vigenti, tre associazioni di imprese di costruzione hanno receduto dall'organizzazione SPO. Trattasi da un lato di due associazioni che raggruppano le imprese operanti nel settore del dragaggio (gli UPR non riguardano tale settore), recedute il 1° gennaio 1987, nonché dell'associazione Nederlandse Aannemers Combinatie (NAC) che aveva esercitato per le imprese di costruzione di dimensione nazionale talune funzioni attualmente di competenza esclusiva degli uffici e che è receduta il 1° gennaio 1989. Le due associazioni del settore del dragaggio applicano le proprie regolamentazioni di disciplina dei prezzi. La NAC per parte sua alla data della comunicazione degli addebiti era in corso di liquidazione.

C. IL MERCATO E IL PRODOTTO

(18) Secondo SPO il numero e il valore totale dei contratti in aggiudicazione nei Paesi Bassi nei settori di cui al considerando 6 ed oggetto di concertazione in seno all'organizzazione SPO sono i seguenti:

(in milioni di fiorini olandesi)

Anno	Numero	Valore
1982	24 660	9 932,4
1983	28 283	10 191,7
1984	28 390	10 723,9
1985	29 189	10 785,5
1986	29 372	11 263,8
1987	27 757	12 784,9 (1)
1988	30 043	12 177,1

(1) I notificanti, nella risposta collettiva alla comunicazione degli addebiti, hanno affermato che il fatturato per i contratti realizzati da un'impresa che funge da contraente principale (ivi compresi i contratti per trattativa privata, ecc.) nei Paesi Bassi, sarebbe pari a circa 35,4 miliardi di fiorini olandesi per l'esercizio 1987.

Le informazioni trasmesse da SPO indicano che gli imprenditori appartenenti alle associazioni SPO che applicano gli UPR ottengono l'aggiudicazione dei contratti di cui ai settori indicati per più del 90 % dei casi.

(19) Per calcolare la quota di mercato dei lavori appaltati nei Paesi Bassi detenuta dall'insieme dei partecipanti al sistema UPR è opportuno confrontare i dati sopra menzionati con quelli accertati dall'Economisch Instituut voor de Bouwnijverheid (in appresso: «EIB»).

(20) Secondo l'EIB l'importo totale dei lavori nel settore della costruzione appaltati nei Paesi Bassi nel periodo 1982-1987 ha registrato i seguenti valori (1):

(in milioni di fiorini olandesi)

Anno	Valore
1982	10 744,8
1983	10 345,6
1984	11 748,1
1985	12 281,9
1986	12 909,8
1987	11 724,2

I dati pubblicati da EIB non comprendono i lavori di sterro e il settore demolizione. A partire dal 1984 tali dati comprendono anche il settore posa di cavi e canalizzazioni. Va segnalato che i dati finanziari dell'associazione SPO riguardano il valore dei contratti stipulati annualmente mentre i dati EIB riguardano il valore dei contratti effettivamente realizzati in tutto o in parte nei singoli anni (fatturato).

(1) Vedi *De bedrijfseconomische situatie van bouwbedrijven in 1987*, pubblicazione dell'EIB, maggio 1989.

(21) Il confronto di queste due categorie di dati finanziari evidenzia che la totalità o la quasi totalità dei contratti appaltati e rientranti nel campo d'applicazione degli UPR transita attraverso l'organizzazione SPO, vale a dire che la maggior parte di essi è oggetto di concertazione in seno a tale organizzazione.

Tale osservazione è confermata dalle seguenti constatazioni:

a) secondo le informazioni comunicate da SPO nella notifica dei regolamenti in oggetto, la quota di mercato della costruzione nei Paesi Bassi aggiudicata mediante gara e che entra nel campo di applicazione degli UPR rappresenta il 41,5 % in termini di valore e il 22,3 % del numero dei lavori del complessivo mercato della costruzione nei Paesi Bassi (periodo considerato: 1975-1979). Nella nota esplicativa del regio decreto del 29 dicembre 1986 (vedi considerando 66) tali percentuali sono del 41 % e del 25 % (1978, fonte: SPO).

Secondo i dati pubblicati dall'EIB sopra esposti la percentuale è del 40 % circa (per gli anni 1982-1986; nel 1987 tale percentuale è del 35,45 %).

b) Dall'esame delle informazioni rilevate nel corso degli accertamenti risulta che:

— secondo taluni committenti di grandi dimensioni la quasi totalità dei contratti aggiudicati mediante gara passa attraverso l'organizzazione SPO;

— tutte le imprese olandesi di costruzione di grandi e medie dimensioni figurano negli elenchi delle imprese aderenti alle organizzazioni associate. I costruttori olandesi che non aderiscono al sistema UPR nel quadro di SPO, tranne rare eccezioni, sono di dimensione troppo modesta per essere interessati dalle gare d'appalto o specializzati in modo tale che la loro produzione segua modelli standardizzati.

c) Nella risposta alla comunicazione degli addebiti, SPO conferma che «la parte del leone» nelle gare d'appalto nei Paesi Bassi transita per la sua organizzazione.

(22) La domanda è rappresentata da una serie di acquirenti pubblici e privati che ricorrono, o in forza della legge o volontariamente, al sistema della gara (ivi compreso l'invito ad offerte successive nell'ambito della procedura negativa) per far operare la concorrenza tra gli offerenti presenti sul mercato e spuntare così il prezzo meno elevato possibile per le prestazioni richieste di cui determinano direttamente le prescrizioni e le condizioni nella descrizione dei lavori e nel capitolato degli oneri.

L'offerta che risponde a tale domanda, tranne rare eccezioni, è rappresentata esclusivamente da costruttori che partecipano all'organizzazione SPO.

(23) Per motivi connessi con le peculiarità dell'attività di costruzione quale è stata definita al considerando 6 e che di fatto comprende attività di natura e di valore molto diversificato e imprese di dimensioni estremamente variabili, è opportuno distinguere, sotto il profilo del mercato geografico in questione, i lavori relativamente semplici e correnti di valore comparativamente modesto (ad esempio case d'abitazione) e i grandi lavori, complessi o estremamente specializzati e di valore comparativamente elevato. Il mercato geografico sul quale si incontrano la domanda e l'offerta è più limitato per il primo tipo di lavori.

D. FUNZIONAMENTO DEL SISTEMA UPR

a) **Notifica obbligatoria dell'intenzione di offrire un certo prezzo** (articolo 3 UPR)

(24) L'impresa che aderisce all'organizzazione associata a SPO deve notificare all'ufficio competente di SPO sia l'intenzione di offrire un prezzo in risposta alla domanda di un committente, che di rispondere ad un invito a trattare in ordine ad un contratto o l'intenzione di realizzare un progetto per proprio conto e a proprio rischio. Tale obbligazione riguarda tanto le gare pubbliche quanto gli appalti privati e gli inviti a presentare offerte nonché i contratti a trattativa privata e di supappalto.

La notifica deve contenere tutti i dati e le informazioni che l'ufficio ritiene utili e/o che sono necessari per l'esecuzione degli UPR. Il medesimo obbligo incombe al costruttore che, senza essere associato all'organizzazione SPO (e dunque non vincolato dagli UPR), è però vincolato dal codice deontologico data la sua adesione ad una associazione aderente alla Algemeen Verbond Bouwbedrijf (in appresso: «AVBB»).

Secondo la risposta collettiva alla comunicazione degli addebiti, dei destinatari della presente decisione, il numero delle imprese di tale categoria è di circa 2 000.

A richiesta l'ufficio comunica il numero delle altre imprese che hanno ugualmente notificato l'intenzione di concorrere con un prezzo per il medesimo contratto e che saranno invitate a partecipare alla riunione nel quadro dell'organizzazione SPO.

Il sistema di notifica obbligatoria consente a SPO, tramite il suo ufficio competente, da un lato di avviare tempestivamente la procedura di concertazione e dall'altro di controllare l'osservanza dei diritti e degli obblighi derivanti dalla regolamentazione.

L'ufficio è tenuto ad organizzare una riunione delle imprese interessate non appena ha ricevuto almeno due notifiche relative ad un medesimo contratto.

Le imprese aderenti alle associazioni membri di SPO che hanno effettuato un'eventuale notifica sono tenute a partecipare alla riunione. Sono escluse, tra le imprese non aderenti alle associazioni membri di SPO, quelle che hanno effettuato una notifica e che sono oggetto di una procedura disciplinare per «comportamento non conforme».

È vietato all'impresa che non ha adempiuto all'obbligo di partecipare alla riunione di concorrere con un prezzo (articolo 4 UPR). L'impresa che ha partecipato alla riunione è tenuta a concorrere con un prezzo, salvo recesso (articolo 15 UPRristr., articolo 17 UPRap.).

b) **Riunione degli imprenditori** (articolo 5 e seguenti UPR)

(25) La riunione convocata dall'ufficio è presieduta da un funzionario del medesimo. Il presidente verifica se tutte le imprese presenti hanno compilato il formulario attestante l'accettazione delle regole dell'organizzazione. L'impresa che non l'ha compilato è esclusa dalla riunione (articolo 5 UPR).

Il presidente fa un resoconto della riunione nella quale pone in evidenza le decisioni prese e gli accordi conclusi durante la medesima. In genere le imprese che partecipano alla riunione decidono a maggioranza semplice.

(26) b) 1) *Accordo sul principio di designazione di un'impresa prescelta* (articolo 6.1 UPR)

Il presidente pone la questione di principio della designazione di un soggetto prescelto, vale a dire dell'impresa che avrà in esclusiva il diritto di negoziare il contratto una volta fatta l'offerta. La decisione è adottata a maggioranza semplice che, nel caso dell'UPRristr., è di almeno dieci imprese se le imprese superano il numero di dieci e all'unanimità negli altri casi. Di fatto consta che un'impresa prescelta viene designata nella quasi totalità dei contratti che riguardano offerte considerate comparabili.

(27) b) 2) *Confronto degli elementi di costo dei contratti* (articolo 6.3 UPRristr., articolo 6.2 UPRap.)

Una volta adottata la decisione di designare un'impresa prescelta è aperta una discussione tra i partecipanti per stabilire in base a quali dati tecnici ed economici è opportuno confrontare i prezzi, visto che il soggetto prescelto può essere designato soltanto sulla base di offerte di prezzo comparabili. Tra tali dati figurano i vari elementi del contratto da prendere in considerazione, i vincoli specifici del capitolato degli oneri, ecc.

Sulla base del risultato di tale discussione ciascuno dei partecipanti alla riunione deve compilare il formulario indicando il suo importo che rappresenta «l'offerta prevista da un imprenditore».

(28) b) 3) *Consegna degli importi iniziali di offerta* (articolo 6.4 e articolo 7 UPR)

Le imprese che partecipano alla riunione debbono consegnare al presidente il formulario che indica l'importo dell'offerta iniziale.

Il presidente prende atto di tali importi e quindi del nome dell'impresa che ha proposto l'importo meno elevato.

La riunione può a questo punto decidere alla maggioranza di cui al considerando 26 b) 1:

— o di comunicare tutti gli importi a tutti i partecipanti,

— o di comunicare tali importi (o soltanto il loro ordine di successione ed eventualmente i nomi delle imprese corrispondenti) solo all'unico concorrente che ha proposto l'importo più basso,

— o di lasciare tali importi a sola conoscenza del presidente (articolo 7 UPR).

Il concorrente che desidera proporre per il medesimo contratto un'offerta di prezzo che comporta una proposta alternativa per alcuni prodotti o processi di costruzione è tenuto a comunicare il prezzo previsto nel medesimo formulario. Deve rivelare la sua intenzione immediatamente dopo la consegna degli importi di offerta pena il divieto di presentare tale offerta alternativa. Spetta alla riunione decidere il seguito da dare a tale intenzione.

Va rilevato che la consegna degli importi di offerta non è riservata ai soli casi in cui le offerte sono considerate comparabili. Detti importi sono compresi in tutti i casi (cioè anche in quelli di offerte non comparabili) fra gli elementi che permettono di stabilire l'importo dell'indennizzo delle spese di calcolo.

(29) b) 4) *Facoltà di revoca* (articolo 10 UPR)

Ciascuna impresa che partecipa alla riunione dopo aver preso conoscenza degli importi di offerta dei suoi concorrenti ha il diritto di revocare la proposta. Secondo l'UPRristr. tale impresa può allora recedere, vale a dire decidere di non concorrere o di concorrere con un prezzo più elevato del prezzo dei suoi concorrenti. Qualora abbia offerto l'importo più basso, le è fatto divieto di partecipare in qualsiasi maniera alla realizzazione del progetto di costru-

zione in oggetto. L'UPRap. in tal caso prevede inoltre una sanzione pecuniaria fino à 25 000 fiorini olandesi.

(30) b) 5) *La preferenza* (articolo 11 UPR)

Ciascun partecipante alla riunione prima di prendere conoscenza degli importi iniziali offerti dai suoi concorrenti ha il diritto di chiedere la preferenza. Se la riunione decide all'unanimità di dare la preferenza al richiedente, l'impresa interessata presenterà il prezzo più basso che sarà quello eventualmente fissato per l'impresa che ha fatto l'offerta più bassa.

Fissando offerte per gli altri partecipanti, viene mantenuto l'ordine di successione degli importi iniziali di offerta. Per l'impresa che ha presentato l'importo iniziale d'offerta più basso viene fissato un prezzo che tiene conto della preferenza concessa ad un altro partecipante.

La riunione può subordinare la concessione della preferenza a condizioni che tuttavia non possono mai comprendere una compensazione finanziaria a carico del partecipante che ottiene la preferenza e a vantaggio degli altri partecipanti.

Dagli accertamenti effettuati risulta che il numero dei casi in cui è stata concessa la preferenza è limitato.

(31) b) 6) *Gli aumenti di prezzo* (articoli da 12 a 14 UPRristr.; articolo 12, 15 e 16 UPRap.)

I prezzi definitivi di offerta delle imprese interessate derivano da una modificazione concordata degli importi iniziali offerti aggiungendo talune maggiorazioni.

Le maggiorazioni riguardano un indennizzo per spese di calcolo dei preventivi dei lavori e un contributo alle spese di funzionamento delle organizzazioni di categoria. Va osservato che la riunione può decidere di aumentare gli importi iniziali offerti aggiungendo tali maggiorazioni, indipendentemente dalla sua decisione per quanto riguarda la designazione di un soggetto prescelto.

(32) b) 6) i) Indennizzi per spese di calcolo (articolo 12 UPR)

L'importo dell'idennizzo per spese di calcolo — somma o percentuale identica per ciascun partecipante — è fissato nella riunione. Gli importi massimi figurano nell'elenco delle tariffe allegate agli UPR e sono espressi in termini di valore o in termini di percentuale massima in funzione del settore della costruzione, del valore del contratto, nonché della natura — sia esso standard o no — del capitolato degli oneri. Nel settore edilizio, il massimo dipende anche dal tipo (abitativo o non abitativo) dei fabbricati e dalla natura — manutenzione, ricostruzione, costruzione, ecc. — dei lavori da effettuare.

Il valore del contratto in oggetto viene calcolato sulla base della media degli importi iniziali di offerta presentati dalle imprese, ponderata in ragione del numero dei partecipanti e delle differenze tra tali importi. Questi ultimi sono aumentati, se del caso, aggiungendo la somma che rappresenta il valore dei materiali da fornire e i lavori da eseguire dal committente medesimo o da terzi. Il valore di tali materiali e lavori è stabilito dal presidente della riunione, previa consultazione delle imprese partecipanti; il valore massimo da aggiungere alla media degli importi di offerta è pari all'offerta più bassa quando si tratta dei materiali da utilizzare dall'impresa appaltatrice e pari al 25 % del valore reale stimato negli altri casi quando sono soddisfatte le condizioni complementari relative alla simultaneità di tutti i lavori.

In assenza dei dati necessari per stabilire la media degli importi iniziali di offerta, l'indennizzo per le spese di calcolo è computato in base al valore stimato del contratto in questione o mediante una percentuale dell'offerta di prezzo inferiore.

L'importo così computato dell'indennizzo per spese di calcolo di ciascuna impresa che partecipa alla riunione è moltiplicato per il numero di tali imprese. Il fattore di moltiplicazione è al massimo di 20 qualora il committente abbia bandito un invito pubblico a partecipare o una domanda d'offerta pubblica senza limite al numero di imprese. Tale limite massimo è previsto anche se si tratta di una gara per conto della NATO cui partecipano imprese straniere, sempreché tali imprese. intervengano anch'esse alla riunione in seno all'organizzazione SPO.

Qualora nel quadro della realizzazione dell'opera, altre imprese abbiano già presentato i loro prezzi, occorre aggiungere altresì l'importo totale dell'indennizzo per spese di calcolo fissato per tali concorrenti o quello ancora da fissare.

(33) Nel sistema UPRristr., salvo decisione contraria esplicita della riunione, l'aumento degli importi iniziali di offerta a titolo di indennizzo per spese di calcolo raggiunge sempre il massimo previsto.

Tuttavia alla maggioranza indicata al considerando 26 6) 1 la riunione può decidere prima della consegna degli importi iniziali di offerta:

— di rinunciare a qualsiasi aumento,

— di aumentare gli importi iniziali di offerta di una somma più bassa dell'importo massimo permesso,

— di lasciare all'impresa che ha presentato l'offerta più bassa o all'impresa successiva la decisione in ordine a tale aumento.

Nel sistema UPRap. in linea di massima spetta all'impresa che ha presentato l'offerta più bassa decidere tale aumento. La decisione di rinunciare a qualsiasi aumento a titolo di indennizzo per spese di calcolo deve essere adottata dalla riunione prima della consegna degli importi iniziali di offerta.

(34) b) 6) ii) Contributo alle spese di funzionamento delle organizzazioni professionali (articolo 14 UPRristr., articolo 16 UPRap.)

Gli UPR prevedono inoltre di aumentare anche gli importi di offerta di una somma dell'1,5 % al massimo dell'offerta più bassa a copertura:

— delle spese dell'ufficio interessato (0,4 %),

— del contributo all'associazione SPO (0,1 %),

— de contributo ad un'organizzazione professionale (0,3 %) riconosciuta dall'associazione AVBB o dall'associazione SPO,

— del contributo a fini di interesse generale nel settore della costruzione (0,7 %).

(35) Il contributo a fini di interesse generale nel settore dalla costruzione è corrisposto a cura dell'ufficio per un quarto ad una fondazione nazionale e per tre quarti a una fondazione regionale-settoriale (otto fondazioni regionali-settoriali, una per ciascun ufficio).

Le nove fondazioni citate sono state costituite e sono dirette congiuntamente dall'associazione AVBB e dall'assoziazione SPO. Le otto fondazioni regionali settoriali sono controllate da una commissione permanente nella quale cooperano queste due associazioni («Commissie Aanbestedingswezen en Prijsvorming»). I fini di interesse generale riguardano la formazione del personale, le misure di sicurezza, la ricerca e lo sviluppo, ecc.

Il contributo ad un'organizzazione professionale può essere destinato a vari enti come quelli aderenti a SPO e a AVBB.

(36) L'aumento delle offerte iniziali a titolo di contributo alle spese dell'ufficio interessato e a favore di SPO è previsto negli UPR come regola generale. Gli altri contributi vanno decisi dall'impresa che ha presentato l'offerta iniziale più bassa. L'aumento a titolo di contributo a fini di interesse generale nel settore della costruzione è consentito soltanto qualora l'importo massimo di indennizzo per spese di calcolo sia stato aggiunto alle offerte iniziali.

(37) Risulta dall'esame delle risposte alle domande di informazioni nonché dalla documentazione esaminata in sede di accertamenti che l'importo totale degli aumenti sopra menzionati in casi estremi può raggiungere quasi il 20 % dell'offerta più bassa. Secondo i destinatari della presente decisione, nella loro risposta collettiva alla comunicazione degli addebiti, per il periodo 1987-1988 l'importo complessivo di tali aumenti è stato in media del 3,1 % dell'offerta più bassa.

(38) b) 7) *Fissazione concordata dei prezzi definitivi di offerta* (articolo 15 UPRristr., articolo 17 UPRap.)

Dopo aver effettuato il confronto dei prezzi e aver stabilito gli importi di aumento di cui ai considerando da 31 a 37, per ciascuno dei partecipanti vengono fissati i prezzi definitivi di offerta al committente. L'ordine di successione di tali prezzi definitivi deve corrispondere a quello delle offerte iniziali.

La fissaszione dei prezzi di offerta ha luogo maggiorando ciascuna offerta iniziale dell'importo complessivo degli aumenti, fermo restando tuttavia che i prezzi di offerta iniziali di tutti i partecipanti, escluse le imprese che hanno fatto l'offerta più bassa e l'offerta successiva, debbono esere maggiorati di un importo tale che resti salvaguardato l'ordine di successione delle offerte iniziali medesime.

Tuttavia con l'accordo dell'impresa che ha presentato l'offerta più bassa a della successiva, le offerte definitive delle imprese diverse da quella che ha presentato l'offerta iniziale più bassa possono essere diminuite purché non venga modificato l'ordine di successione delle offerte iniziali cosicché gli scarti di prezzo tra tali offerte destinate al committente non risultino ecessivi.

Qualora la riunione abbia accordato la preferenza ad uno dei partecipanti le offerte definitive possono essere aumentate dal presidente, previa consultazione dell'impresa che ha ottenuto la preferenza e dell'impresa che ha presentato l'offerta iniziale più bassa, in modo che gli scarti di prezzo tra tali offerte destinate al committente garantiscano una posizione preferenziale all'impresa designata di comune accordo.

Risulta inoltre dagli accertamenti che la fissazione dei prezzi non è limitata ai prezzi dell'insieme dell'appalto in questione. Sono anche fissati, se del caso, tenendo conto dell'ordine di successione delle offerte iniziali, i prezzi relativi a frazioni determinate del contratto, nonché i prezzi per unità. Inoltre la riunione decide, quando necessario, sulle altre condizioni della transazione diverse dal prezzo e sugli elementi costitutivi di quest'ultimo.

È vietato offrire al committente un prezzo diverso da quello fissato conformemente alla procedura sopra descritta.

c) **Protezione dell'impresa prescelta** (articolo 28 UPRristr., articolo 30 UPRap. combinato con l'articolo 5 del codice deontologico)

(39) A prescindere dal caso delle offerte non simultanee, l'«impresa prescelta» è l'impresa designata come tale dalla riunione o eventualmente dall'ufficio dopo la presentazione dell'offerta. In linea di massima tale impresa è quella che ha presentato l'offerta iniziale più bassa, tranne i casi di recesso o di applicazione della preferenza (vedi considerando 29 e 30). L'impresa prescelta è protetta da qualsiasi concorrenza presente o successiva degli altri costruttori che partecipano all'organizzazione SPO nella misura in cui in sede di presentazione ufficiale dell'offerta avrà il diritto esclusivo di negoziare col committente del contratto in questione.

(40) In effetti agli altri offerenti è sottratto il diritto di avere contatti col committente per negoziare il prezzo delle prestazioni o gli elementi del contratto in questione (articolo 28 UPRristr. e articolo 30 UPRap. combinato con l'articolo 5, paragrafo 2 del codice deontologico). Essi non possono dunque spuntare il contratto se non al prezzo che hanno offerto e in conformità del capitolato degli oneri.

(41) Nel caso di offerte non simultanee, la protezione dell'impresa prescelta si esercita anche nei confronti delle offerte ulteriori (vedi articolo 28 UPRristr., articolo 30 UPRap. e regolamento relativo alle offerte non simultanee combinato con l'articolo 5, paragrafo 3 del codice deontologico). È vietato alle imprese che sono state interpellate in seguito da un committente di presentare un'offerta di prezzo senza il benestare dell'impresa prescelta o, in caso di rifiuto, di una commissione ad hoc designata dall'ufficio competente. In linea di massima tale protezione mira a vietare qualsiasi successiva offerta inferiore al prezzo offerto dal soggetto prescelto. Tuttavia l'esistenza di uno scarto considerevole tra il prezzo dell'offerta successiva e il prezzo offerto dal soggetto prescelto rende possibile una decisione positiva della commissione ad hoc. Tale protezione del soggetto prescelto ha una durata di due o di cinque anni (secondo il valore del contratto in questione).

d) **Storno delle maggiorazioni** (articoli da 16 a 18 UPRristr.; articolo 13 e articoli da 18 a 20 UPRap.)

(42) In genere gli importi relativi all'indennizzo per spese di calcolo e quelli relativi ai vari contributi, anche di categoria, sono addizionati uniformemente a tutte le offerte. Il costo è totalmente a carico del committente ed è compreso nel prezzo totale dell'opera pagato al costruttore aggiudicatario.

Tali importi sono in seguito parzialmente retrocessi dall'impresa aggiudicataria all'ufficio di SPO, in genere tramite giroconto.

L'ufficio di SPO procede in seguito allo storno di tali somme con le modalità sotto indicate.

(43) d) 1) *Sistema previsto nell'UPRristr.* (gare ristrette)

L'ufficio procede ai singoli versamenti stornati contratto per contratto. Quando iniziano i lavori, esso invia all'aggiudicatario una fattura che indica il totale delle spese di calcolo e dei contributi di categoria concessi e/o decisi nella riunione, diminuito:

— dell'importo dell'indennizzo spettante all'aggiudicatario medesimo per spese di calcolo,

— dello sconto del 10% per liquidazione entro i termini impartiti (tale sconto è del 15% per il versamento entro i termini impartiti del contributo destinato alle spese di interesse generale nel settore della costruzione).

La somma riscossa dall'ufficio che corrisponde alle sole spese di calcolo è a questo punto così suddivisa:

— 3% a favore di un conto «Fondo di garanzia» destinato tra l'altro a indennizzare i partecipanti ad una riunione eventualmente estromessi da un outsider. Tale importo è limitato al 30% degli indennizzi per spese di calcolo quali sono stati decisi nella riunione ed è limitato a un massimo di 5 000 fiorini olandesi;

— il resto viene ripartito tra gli altri offerenti.

L'importo riscosso dall'ufficio a titolo di contributi professionali è riversato ai destinatari indicati ai precedenti considerando 34 e 35.

(44) d) 2) *sistema dell'UPRap.* (procedure aperte)

Nel sistema dell'UPRap. il versamento degli indennizzi per spese di calcolo ha luogo per anno civile e con le modalità seguenti.

Le imprese che hanno ottenuto i contratti posti in gara con procedura aperta pagano gli importi dovuti al conto «cassa di calcolo» tenuto dall'ufficio competente. Ad esse è assegnato un certo numero di punti in funzione delle modalità indicate nelle tabelle che figurano all'allegato III degli UPR, numero di punti che viene fissato sulla base del valore del contratto in questione.

L'ufficio paga, prelevando dalla cassa di calcolo un importo massimo di 2 500 fiorini olandesi all'anno a ciascuna impresa che ha partecipato a una o più riunioni organizzate nel quadro dell'UPRap., sempreché abbia ottenuto uno o più contratti di cui ai due UPR, di valore almeno uguale al valore complessivo dei contratti che hanno costituito oggetto delle riunioni interessate.

(45) Inoltre l'ufficio paga l'importo totale dell'indennizzo per spese di calcolo dell'impresa che ha presentato l'offerta iniziale più bassa in una riunione relativa ad un contratto compreso nell'ambito UPRap. quando tale contratto sia stato spuntato da un outsider, sempreché l'offerta iniziale dell'imprenditore interessato sia inferiore al prezzo presentato dall'outsider.

(46) Infine il saldo residuo della cassa di calcolo previa riduzione degli importi sopra indicati viene versato ai partecipanti che in conformità con le disposizioni degli UPRap. hanno ottenuto nel corso dell'anno i contratti in questione.

L'importo dovuto a ciascuno di loro è stabilito sulla base dei punti assegnati nel corso dell'anno. Per quanto riguarda il pagamento e lo storno delle somme per contributi di categoria, non esistono differenze tra il sistema UPRristr. e il sistema UPRap.

e) **Il controllo dell'adempimento delle operazioni derivanti dagli UPR**

(47) L'inadempimento delle disposizioni degli UPR costituisce un'infrazione al codice deontologico (vedi articolo 29 UPRristr. e articolo 31 UPRap. combinato con l'articolo 9 del codice deontologico) adottato il 3 giugno 1980 dall'assemblea generale di SPO. Le sanzioni previste dal codice deontologico vanno dal biasimo all'ammenda fino a 100 000 fiorini olandesi, importo maggiorabile fino al 15 % del valore stimato della costruzione in questione.

(48) L'infrazione al codice deontologico è oggetto di istruttoria da parte della Stichting Berechtigingsinstituut Erecode Bouwbedrijf le cui decisioni sono impugnabili previa decisione di una commissione disciplinare davanti ad un collegio d'appello. Le regole procedurali sono contenute nel *Berechtigingsreglement Erecode Bouwbedrijf.*

In particolare possono presentare reclamo alla commissione disciplinare le imprese vincolate dal codice deontologico, SPO e le sue associazioni aderenti. Gli uffici di cui al considerando 9, supra, sono incaricati caso per caso dalle associazioni aderenti di presentare reclamo in loro nome.

f) **Comportamento dell'organizzazione SPO nei confronti di costruttori non aderenti**

(49) Il sistema degli UPR prevede per gli imprenditori ad esso vincolati lo scambio di informazioni che consentono ai partecipanti di rispondere validamente o di sventare un'eventuale pressione della concorrenza esterna all'organizzazione.

(50) a) Nella riunione le imprese partecipanti ottengono informazioni comunicate o dall'ufficio o da un'altra impresa.

Da un lato si tratta delle informazioni comunicate nel quadro dell'applicazione del codice deontologico. In effetti quest'ultimo al pari degli UPR prevede l'obbligo di notifica all'ufficio di SPO dell'intenzione di fare un'offerta. Viceversa il codice non prevede l'obbligo di partecipare a una riunione nell'ambito dell'organizzazione SPO prima della aggiudicazione (tranne nel caso di offerte non simultanee).

Il codice deontologico non vincola soltanto le imprese aderenti all'organizzazione SPO, ma anche imprese che senza aderire ad una associazione collegata alla SPO, partecipano ad una associazione membro di AVBB.

In tal modo l'eventuale partecipazione all'appalto in questione da parte di un'impresa vincolata soltanto al codice deontologico e che non desidera partecipare alla riunione viene conosciuta grazie alla sua notifica all'ufficio. Tuttavia nel caso di offerte non simultanee, l'impresa in questione è tenuta a partecipare alla riunione di SPO.

D'altro lato si tratta delle informazioni che le imprese vincolate dagli UPR hanno ottenuto per loro conto e che comunicano in seguito all'ufficio al momento della notifica o ai concorrenti partecipanti nel corso della riunione. Le informazioni raccolte negli accertamenti mettono in luce che in un certo numero di casi concreti un'impresa aderente o l'ufficio di SPO ha cercato di ottenere da un concorrente esterno all'organizzazione la sua adesione agli UPR. Inoltre i resoconti delle riunioni indicano che in numerosi casi le imprese che intendevano astenersi dal partecipare ad una gara secondo la procedura aperta comunicavano la loro astensione a SPO.

(51) b) Sulla base di tali scambi di informazioni gli UPR organizzano una protezione flessibile ed efficace contro i rischi di una concorrenza esterna all'organizzazione. A fini di protezione non è da escludere nemmeno la rinuncia a designare un'impresa prescelta nell'ambito SPO e/o l'eventuale limitazione, o anzi persino la rinuncia, ad apportare qualsiasi maggiorazione alle offerte iniziali effettuate.

Inoltre i partecipanti, nel determinare la loro offerta iniziale, hanno interesse a tener conto del rischio di una concorrenza esterna.

Gli accertamenti effettuati nel presente caso in particolare l'analisi delle risposte alle domande C.1 d) ed e) delle richieste di informazioni del 14 novembre 1988 trasmesse agli uffici ha permesso di stabilire che un comportamento di questo tipo era effettivamente riuscito a sventare le offerte degli outsiders per almeno l'80 % dei casi (percentuale che differisce nei singoli settori).

g) **Regolamento relativo alle offerte non simultanee**

(52) Come esposto al considerando 41 la protezione dell'impresa prescelta riguarda altresì le offerte successive e si estende per un periodo di due o di cinque anni secondo il valore del contratto. In tale caso la qualità di impresa prescelta non risulta necessariamente da una riunione o da una decisione dell'ufficio (vedi precedente considerando 39), ma può essere la conseguenza del fatto che l'impresa — tenuta all'osservanza degli UPR o semplicemente del codice deontologico — dopo aver comunicato l'intenzione di fare un'offerta e al momento della sua presentazione, non è stata informata di offerte concorrenti.

(53) In tale caso la riunione organizzata dall'ufficio competente serve soltanto a porre in essere la procedura del consenso e a stabilire eventualmente gli aumenti dei prezzi nonché i prezzi medesimi. Se le differenze tra le caratteristiche del contratto quali definite e prescritte dal committente impediscono di confrontare o di rendere confrontabile l'offerta originaria (dell'impresa prescelta) e le offerte successive, permane il divieto di presentare offerte successive. Nella misura in cui tali offerte di prezzo sono confrontabili o sono divenute confrontabili, la presentazione delle offerte successive comporta il benestare espresso dell'impresa prescelta che resta sempre libera per quanto riguarda la sua decisione. Tuttavia la mancata partecipazione dell'impresa prescelta alla riunione o la sua rinuncia espressa ai diritti ed obblighi che derivano dagli UPR sono considerate tacito assenso ad una successiva offerta di un altro costruttore. Secondo i destinatari della presente decisione nella risposta collettiva alla comunicazione degli addebiti, l'applicazione del regolamento ha portato soltanto nel 10,5 % dei casi alla protezione del primo offerente contro le successive offerte più basse.

(54) L'obbligo di partecipare alla riunione di cui al considerando 53 incombe all'impresa vincolata dagli UPR nonché all'impresa che è vincolata soltanto dal codice deontologico. Tuttavia quest'ultima non è necessariamente informata delle regole di procedura degli UPR cui il codice deontologico fa soltanto un riferimento generale.

h) **Regolamento riguardante le offerte di prezzo nel subappalto**

(55) Nel caso in cui le imprese contraenti principali che partecipano ad una gara a loro volta decidano di appaltare alcune frazioni del contratto, il regolamento è applicabile nella misura in cui le imprese di subappalto invitate sono vincolate dagli UPR, sempreché facciano un'offerta di prezzo prima della presentazione dell'offerta da parte dell'impresa coordinatrice.

Qualora l'impresa coordinatrice inviti a presentare offerte dopo aver già fatto una propria offerta, gli UPR e il regolamento in materia di offerte non simultanee sono applicabili integralmente.

(56) Le imprese di subappalto sono tenute a comunicare all'ufficio competente l'intenzione di effettuare un'offerta, nonché il prezzo offerto.

L'ufficio organizza una riunione di tali imprese soltano dopo esser stato informato del risultato della gara alla quale partecipano le imprese coordinatrici. Sono invitate a partecipare a tale riunione soltanto le imprese di subappalto che hanno presentato un prezzo all'impresa principale che ha ottenuto l'aggiudicazione.

Durante tale riunione l'impresa prescelta viene designata sulla base delle offerte — se sono confrontabili — comunicate all'ufficio.

(57) L'offerta di un'impresa di subappalto deve comprendere un importo pari al 3 % per gli aumenti di cui ai considerando da 31 a 37. Se detta impresa ottiene il subappalto e risulta che è l'unica invitata dall'impresa principale interessata, deve versare all'ufficio un importo pari allo 0,5 % della sua offerta per le spese dell'uffico (0,4 %) e il contributo all'associazione SPO (0,1 %). Se viceversa tale impresa ottiene il contratto in concorrenza con altri subappaltatori invitati dall'impresa principale in questione, deve inoltre versare un importo pari al 2,5 % al massimo della sua offerta a copertura delle spese di calcolo delle imprese partecipanti.

(58) Da tale regolamento deriva che l'impresa di subappalto interpellata su una base di trattativa privata deve aumentare la sua offerta sistematicamente del 3 % per essere in grado in tempo debito, qualora l'impresas principale decida di procedere ad altre consultazioni, di effettuare il ristorno eventualmente necessario. Analogamente risulta da tale regolamento che l'indennizzo per spese di calcolo si applica soltanto alle imprese di subappalto che hanno effettuato un'offerta all'impresa principale aggiudicataria del contratto.

(59) Dagli accertamenti della Commissione risulta che SPO, nel settore della segnaletica — settore di elezione del subappalto — ha sospeso per il periodo 1° agosto 1988 - 1° agosto 1989 il regolamento relativo alle offerte di subappalto e ha deciso di applicare l'UPRristr.

i) **Contratti a trattativa privata** (articolo 16.1. d UPRristr.)

(60) In linea di massima i contratti a trattativa privata non sono oggetto di concertazione in seno all'organizzazione SPO. Tuttavia qualsiasi costruttore vincolato dagli UPR consultato da un committente su una base di trattativa privata deve notificare all'ufficio di SPO l'intenzione di rispondere all'invito e di presentare un'offerta. Se il committente non consulta in seguito nessun altro costruttore, il contratto è considerato da SPO come un contratto stipulato effettivamente a trattativa privata e non costituisce oggetto di nessun'altra modalità particolare. Se viceversa il committente consulta in seguito uno o vari altri costruttori, SPO dichiara applicabile il regolamento allegato agli UPR in materia di offerte non simultanee.

Nell'ipotesi in cui tale regolamento non possa più essere applicato in quanto il contratto è già stato concluso, gli UPR impongono al costruttore il pagamento di una somma pari al 3 % al massimo del valore del contratto ottenuto a titolo degli aumenti di prezzo di cui al regolamento (vedi articolo 16.1.d UPRristr.).

(61) Ne risulta che comunque un costruttore invitato ad una trattativa privata deve aumentare la sua offerta sistematicamente del 3 % per essere in grado eventualmente, qualora il committente decida di procedere ad altre consultazioni, di effettuare lo storno previsto dalla regolamentazione.

E. SITUAZIONE ANTERIORE AL 1° APRILE 1987

(62) Anteriormente al 1° aprile 1987, termine iniziale d'efficacia degli UPR attuali, le associazioni aderenti all'organizzazione SPO applicavano la rispettiva regolamentazione di disciplina dei prezzi. L'esecuzione delle relative disposizioni era garantita direttamente o indirettamente dall'associazione aderente.

Gli UPR adottati da SPO in data 9 ottobre 1986, con effetto dal 1° aprile 1987 sono manifestamente la prosecuzione di intese dello stesso tipo concluse in seno a ventinove associazioni di settore e nazionali o regionali di costruttori, ciascuna delle quali ha adottato per quanto la riguarda la propria regolamentazione di disciplina dei prezzi. Le strutture e il contenuto di tali varie regolamentazioni sono stati uniformati e approvati da SPO dopo il 1973.

Tuttavia i regolamenti precedenti agli UPR attualmente vigenti differivano da questi ultimi sotto taluni aspetti essenziali i cui elementi più importanti sono esposti sotto.

(63) a) I regolamenti precedenti prevedevano una procedura cosiddetta di «contronotifica».

L'ufficio comunicava all'impresa notificante i nomi delle altre imprese che avevano a loro volta notificato l'intenzione di fare un'offerta. Gli UPR attualmente vigenti vietano espressamente tale comunicazione. Tuttavia l'ufficio comunica su richiesta il numero delle altre imprese interessate che saranno invitate a partecipare alla riunione.

(64) b) I regolamenti precedenti prevedevano la possibilità di «migliorare» e di «rettificare» i prezzi. La «rettifica» del prezzo consisteva nell'aumento dell'offerta iniziale più bassa sulla base di un calcolo molto preciso e complesso. Il «miglioramento» del prezzo riguardava l'aumento di tutte le offerte iniziali con lo scopo di mantenere «un livello ragionevole dei prezzi». La relativa somma era destinata a fini di interesse generale del settore della costruzione.

Gli UPR attualmente in vigore non prevedono più la possibilità di rettifica dei prezzi. Il loro miglioramento è sostituito dal sistema dei contributi professionali.

(65) c) Il meccanismo della preferenza di cui ai precedenti regolamenti, dava luogo ad un aumento dei prezzi di tutti i partecipanti. In effetti l'offerta iniziale presentata dall'impresa che aveva ottenuto la preferenza era alla base di un calcolo analitico e complesso che permetteva di stabilire un'offerta modificata che, essendo considerata l'offerta più bassa, comportava l'aumento con modalità identiche delle offerte iniziali delle altre imprese.

F. PROVVEDIMENTI E PRASSI AMMINISTRATIVE STATALI

(66) Il regio decreto del 29 dicembre 1986 adottato in applicazione dell'articolo 10 della legge sulla concorrenza economica, in vigore il 1° aprile 1987 per un periodo di cinque anni e pubblicato nella Gazzetta ufficiale olandese n. 676 del 30 dicembre 1986 ha in particolare l'oggetto di limitare o di vietare talune disposizioni delle regolamentazioni precedenti, considerate restrittive della concorrenza. Tuttavia il regio decreto lascia intatto il nucleo essenziale delle disposizioni di tali regolamentazioni, quali riprese negli UPR attualmente vigenti.

(67) Il decreto ministeriale del 2 giugno 1986 (*Staatscourant* n. 118, del 24 giugno 1986) contiene l'Uniform Aanbestedingsreglement (in prosieguo: «UAR») — posto in vigore il 1° novembre 1986 che sostituisce un regolamento precedente del 21 dicembre 1971. Esso stabilisce le procedure imposte alle autorità pubbliche per la stipulazione dei contratti.

L'articolo 3 dell'UAR dispone in particolare che:

«l'ente aggiudicatore non ha il diritto di chiedere ad un concorrente o a un candidato interessato di:

— rinunciare ad ostacolare l'ente aggiudicatore nel tentativo di quest'ultimo di concludere un accordo con terzi per l'esecuzione dei lavori,

— non cercare di influenzare le offerte di terzi,

— non fare ostruzione all'esecuzione dei lavori.»

Ai sensi della nota esplicativa del decreto ministeriale citato tali disposizioni mirano a vietare agli enti aggiudicatori di esigere dai concorrenti di rinunciare a far valere i diritti ed obblighi derivanti dagli impegni assunti nel quadro di una organizzazione di disciplina dei prezzi.

(68) Poiché l'UAR è vincolante soltanto per lo Stato in qualità di ente aggiudicatore (vedi decreto reale del 6 aprile 1973 modificato dal decreto reale del 7 aprile 1987), gli altri enti aggiudicatori pubblici e privati, in particolare gli enti territoriali nonché gli organismi che si occupano di edilizia abitativa sociale, sono invitati se non addirittura spinti a rispettarne le disposizioni. Ad esempio in risposta a tale invito, l'associazione dei comuni olandesi, in base ad un accordo da essa concluso nell'aprile 1988 con l'organizzazione SPO, ha raccomandato ai suoi aderenti, vale a dire a tutti i comuni dei Paesi Bassi di applicare integralmente l'UAR.

Secondo SPO, l'UAR è in genere applicato su base volontaria degli enti pubblici territoriali e decentrati nei Paesi Bassi.

(69) I provvedimenti e la prassi amministrativa descritta in questa parte sono citati nella presente decisione a titolo meramente informativo e costituiscono oggetto di un procedimento ai sensi dell'articolo 169 del trattato.

II. VALUTAZIONE GIURIDICA

Sezione I

Articolo 85, paragrafo 1

(70) L'articolo 85 stabilisce che sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

Gli accordi e decisioni di cui ai considerando da 3 a 17 e da 24 a 65 ricadono sotto il divieto di cui all'articolo 85, paragrafo 1 poiché mirano ad organizzare il mercato dell'offerta e a modificare le condizioni delle transazioni commerciali su basi che non derivano dal libero gioco della concorrenza.

I. IL MERCATO DELLA COSTRUZIONE

(71) Secondo SPO il mercato della costruzione sarebbe diverso dagli altri mercati dei beni e servizi soprattutto per il carattere immobiliare del prodotto:

— esiste un unico acquirente per ciascun prodotto della costruzione (il committente) che stabilisce le condizioni alle quali deve soddisfare il prodotto, la sua forma, il suo contenuto, la qualità e i termini di consegna, costituendo così un tipo di mercato parziale con un unico richiedente,

— la costruzione non può condurre alla costituzione di giacenze, ciascun prodotto essendo unico e dovendo essere realizzato in un luogo determinato.

SPO afferma altresì che il lato dell'offerta sul mercato sarebbe strutturalmente in una posizione di debolezza rispetto al lato della domanda con la conseguenza che la concorrenza dei prezzi tra i costruttori sarebbe rovinosa. Le regolamentazioni private oggetto del presente procedimento avrebbero la funzione principale di garantire una formazione dei prezzi equilibrata ed economicamente sana e di evitare gravi turbative dell'offerta sul mercato.

La Commissione non può tuttavia accettare l'argomentazione per cui le caratteristiche dell'industria della costruzione possono avere l'effetto di escludere il settore dall'applicazione delle regole di concorrenza del trattato.

(72) Secondo SPO, la prima caratteristica del settore è la complessità e l'elevatissima specializzazione del prodotto che costituisce un problema particolare per il costruttore in quanto ciascun lavoro è in un certo modo diverso, anzi unico, in funzione della sua natura (fabbricato d'abitazione o a fini professionali, strade, ponti, ecc.), delle condizioni materiali e geografiche (ubicazione del cantiere, natura del suolo, ecc.) e delle condizioni prescritte dall'acquirente (descrizione dei lavori e capitolato d'oneri). Se la sua offerta non è accettata, il costruttore non può presentarla successivamente a nessun altro acquirente.

La Commissione osserva tuttavia che la maggior parte dei servizi professionali in linea di massima hanno carattere altamente individualizzato. Inoltre i costruttori hanno tendenza a specializzarsi in alcuni settori. Nei singoli settori i lavori sono frequentemente di natura analoga se non identica, mentre l'evoluzione dei metodi di costruzione evidenzia un

grado progressivo di standardizzazione. Se si tratta inoltre di un acquirente regolare di opere di questo tipo, i costruttori sanno spesso con quale tipo di condizioni e di specifiche possono essere confrontati. Per tali motivi un costruttore che in un'occasione si è visto respingere un'offerta, potrà in linea di massima utilizzare il know-how investito per la preparazione di una offerta successiva.

(73) Secondo SPO la seconda caratteristica riguarda la gara in quanto metodo applicato per ottenere l'offerta migliore: per ciascun prodotto esiste un unico richiedente (il committente), mentre esiste una molteplicità di concorrenti (un numero indeterminato in caso di procedura aperta e un numero determinato dal committente in caso di procedura ristretta). Per ottenere il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa, il committente può porre a confronto le offerte dei concorrenti. Viceversa l'offerente è vincolato dal prezzo che ha presentato.

Per la Commissione la tesi di SPO in base alla quale ciascun mercato costituirebbe un mercato parziale non potrebbe aver l'effetto di presupporre la mancanza di un mercato della costruzione.

Di fatto, le gare per i contratti di lavori sono praticamente ininterrotte. Molti costruttori quando ritengono di avere un numero sufficiente di commesse a breve e a medio termine, sono tentati di astenersi dalla presentazione di offerte (in una procedura aperta) o si daranno meno pena per offrire il prezzo più basso (in una procedura ristretta). In altri termini i contratti costituiscono per i costruttori alternative in linea globale equivalenti, il che dimostra sufficientemente l'esistenza di un mercato della costruzione in quanto tale. Altri costruttori, in particolare le maggiori imprese, dispongono per tutte le grandi categorie di lavori, o per la maggior parte di queste, di cognizioni e di un know-how all'incirca identici, di materiale e macchinario idoneo, di personale qualificato, ecc. Inoltre la maggior parte degli offerenti — in particolare i costruttori specializzati o di grandi dimensioni, non ha un atteggiamento passivo nei confronti del mercato, ma conduce una politica di attiva promozione per assicurarsi nella misura del possibile una quantità di lavoro sufficiente e regolare.

La Commissione non accoglie nemmeno l'argomento di SPO in base al quale la gara potrebbe avere l'effetto di «istituzionalizzare» il predominio della domanda sull'offerta e di conseguenza di provocare uno squilibrio strutturale sul mercato. Di fatto, tanto la domanda quanto l'offerta raggruppano categorie di persone ed imprese estremamente eterogenee. In numerosi casi, soprattutto quando l'ente aggiudicatore è un privato o una piccola impresa, le conoscenze e l'esperienza degli offerenti invitati prevarranno su quelle del richiedente. In altri casi, soprattutto quando l'ente aggiudicatore è un'impresa o un organismo che bandisce molti contratti, saranno in genere anche imprese di grandi dimensioni (o combinazioni di imprese) che effettuano le offerte.

Nemmeno l'affermazione di SPO secondo la quale la tecnica della gara porterebbe a prezzi artificiosamente bassi è accettabile. Ben lungi dal caratterizzare il settore della costruzione, le gare hanno l'effetto di consentire un confronto di offerte. Un sistema di gare è il luogo che permette per eccellenza il gioco della concorrenza [1]. Ciò vale a maggior ragione per i contratti pubblici: la direttiva 71/305/CEE del Consiglio [2] prevede obblighi procedurali per gli enti pubblici aggiudicatori al fine di accrescere la trasparenza relativa ai contratti per i quali è bandita una gara ponendo tutte le imprese interessate in grado di rispondervi in condizioni comparabili. La pari opportunità così posta in essere per gli offerenti non deve essere falsata da un sistema di concertazione tra i medesimi che prevede sistematicamente riunioni preventive alla presentazione delle offerte. Un tale sistema pregiudica lo strumento della gara in quanto tale.

Infine la Commissione non può accettare l'affermazione in base alla quale una gara darebbe luogo a una concorrenza rovinosa. Anzitutto non esiste un prezzo determinato che sia «il» prezzo economicamente sano in un caso concreto: un prezzo che consente a un'impresa di coprire i costi e di realizzare un margine di utile è un prezzo equo per la medesima, mentre questo stesso prezzo potrebbe comportare una perdita per un'altra impresa che lavora a costi superiori.

In secondo luogo anche se non è escluso che, soprattutto in periodi di congiuntura sfavorevole, taluni costruttori non siano in grado di realizzare l'opera al prezzo offerto, tale rischio che esiste anche nel settore dei prodotti industriali in caso di vendita in perdita, non può giustificare l'introduzione di un meccanismo di concertazione tra costruttori. Spetta all'organismo aggiudicatore o di negoziare il prezzo limite per ottenere l'offerta più favorevole, o di accettare un prezzo più elevato valutando se l'offerta è la più vantaggiosa sotto il profilo degli elementi costitutivi diversi dal prezzo, ad esempio la qualità, il termine di consegna, ecc. — sempreché le regolamentazioni pubbliche in materia di gare, quando sono applicabili, consentano all'ente in questione di procedere a una tale valutazione.

(74) Secondo SPO la terza caratteristica dell'attività della costruzione consiste nel fatto che l'elaborazione di un'offerta comporta in genere spese di studio spesso

[1] Vedi sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 1975, Suikerunie e.a., Raccolta 1975, pag. 1663, punto 559 e seguenti della motivazione.

[2] GU n. L 185 del 25. 8. 1971, pag. 5; modificata da ultimo dalla direttiva 90/531/CEE (GU n. L 297 del 29. 10. 1990, pag. 1).

elevate. Tali spese non possono essere traferite sull'acquirente a meno che l'offerente ottenga il contratto.

Tuttavia la Commissione ritiene che in teoria esistano due modi di recuperare le spese di calcolo: o il richiedente prevede una remunerazione separata per le offerte o il costruttore comprende tali spese tra le spese generali della sua impresa. La prima possibilità non è utilizzabile in linea di massima nella misura in cui, nel campo del diritto civile, l'invito a effettuare un'offerta e la presentazione di un'offerta non comportano obblighi contrattuali di corrispettiva. La seconda possibilità è dunque il modo appropriato e in genere applicato nell'insieme della Comunità per recuperare le spese di calcolo, al pari delle spese di promozione e di commercializzazione dei prodotti che rientrano tra le spese generali di un'impresa.

Nella risposta collettiva alla comunicazione degli addebiti SPO ha presentato la «teoria delle spese di transazione» secondo la quale quando è bandita una gara per un'opera di costruzione, tanto i richiedenti che gli offerenti si espongono a spese di transazione spesso elevate.

Se è vero che tali spese possono essere elevate, non se ne vede peraltro nella fattispecie la conseguenza giuridica: il richiedente è il solo resonsabile per le sue spese elevate; se l'offerente ha spese elevate, non per questo deve essere limitata l'applicazione delle regole di concorrenza del trattato al settore della costruzione. Sotto questo profilo è significativo osservare che le autorità nazionali competenti di vari Stati membri, tra cui le autorità olandesi [1] e francesi [2] hanno applicato il loro diritto nazionale in materia di concorrenza anche alle intese in materia di appalti.

SPO ha inoltre sottolineato che l'offerente sul mercato della costruzione non disporrebbe di nessuna possibilità di confronto dei prezzi a causa dell'insufficiente trasparenza delle transazioni dal suo punto di vista. Per effetto di tale circostanza, unitamente all'elevatezza dei costi, la presentazione di un'offerta sul mercato della costruzione costituirebbe un'operazione «molto più rischiosa» dell'analoga operazione in un settore industriale diverso.

Sotto questo profilo va constatato che una modesta trasparenza sembra essere la caratteristica comune a tutti i settori dei servizi per i quali in particolare mancano listini dei prezzi. Inoltre la trasparenza tra offerenti (contrariamente alla trasparenza dal punto di vista dell'utilizzatore) non potrebbe essere considerata una condizione preliminare di una concorrenza effettiva; viceversa una elevata trasparenza sarebbe piuttosto un elemento atto a dar luogo ad una concertazione illecita se il numero di offerenti è limitato.

[1] Vedi supra considerando 66 e seguenti.

[2] Decisione n. 89-D-34 del Conseil de la concurrence relativa a pratiche di intesa constatate nel settore dei lavori stradali, BOCCRF dell'8. 11. 1989, pag. 257.

II. IL MERCATO OLANDESE DELLA COSTRUZIONE

(75) Senza pretendere che il mercato olandese della costruzione si differenzi notevolmente da quello degli altri Stati membri, SPO ha tuttavia segnalato una serie di fattori che considera peculiari: l'organizzazione del settore e l'assenza di una regolamentazione pubblica che vieti agli organismi aggiudicatori di negoziare i prezzi offerti. La Commissione non può tuttavia accettare le argomentazioni di SPO.

Per quanto riguarda l'organizzazione del settore è vero che nei Paesi Bassi «l'imprenditore principale» è in genere responsabile dell'esecuzione dell'insieme del lavoro, mentre i subappaltatori lavorano sotto la sua responsabilità nei confronti dell'organismo aggiudicatore. Tale situazione tuttavia non è specifica dei Paesi Bassi, ma esiste anche in altri Stati membri, ad esempio in Belgio e in Francia, come d'altronde ha riconosciuto la medesima SPO.

Per quanto riguarda l'altro fattore, se è vero che le regolamentazioni nazionali di alcuni Stati membri limitano, o persino vietano espressamente o implicitamente qualsiasi trattativa posteriore alla gara tra l'organismo aggiudicatore e i candidati od offerenti e riguardante gli elementi essenziali dei contratti, quale il prezzo offerto, tali limitazioni si collocano sempre in una regolamentazione obiettiva che riguarda l'insieme del comportamento degli enti aggiudicatori in tutte le fasi della procedura di aggiudicazione. Inoltre tali regolamentazioni non sono in genere applicabili se non ai contratti pubblici, mentre le regolamentazioni poste in essere da SPO si applicano a tutti i contratti oggetto di procedure di gare, siano essi privati o pubblici. Inoltre nel documento intitolato «Precisazioni relative alla domanda di attestazione negativa o di esenzione» (pag. 38) del 13 luglio 1989 SPO medesima apparentemente limita la necessità di una regolamentazione privata (UPR e codice deontologico) ai soli contratti privati.

(76) SPO ha anche indicato una serie di fattori di ordine macroeconomico affermando in particolare che il livello medio dei prezzi della costruzione nei Paesi Bassi non sarebbe più elevato rispetto a quello dei paesi limitrofi, mentre la redditività dell'industria della costruzione olandese sarebbe modesta, anche in periodo di alta congiuntura, tentando così di giustificare in particolare il sistema di recupero delle spese di calcolo come previsto negli UPR.

Per la Commissione le affermazioni di SPO non sono pertinenti quando si tratti di dimostrare che per le ragioni da essa addotte, le sue regolamentazioni non rientrerebbero nell'ambito di applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1 del trattato. Pertanto, in mancanza di un effetto sul livello dei prezzi, un accordo, una decisione di un'associazione di imprese o una

pratica concordata può avere l'oggetto di restringere o di falsare la concorrenza. L'effetto eventualmente benefico di un tale accordo che può consistere in particolare in un livello di prezzi meno elevato, può essere preso in considerazione solo sotto il profilo dell'articolo 85, paragrafo 3.

(77) Risulta dai considerando 71 e successivi che malgrado il settore della costruzione abbia talune caratteristiche specifiche, queste non sono tali da escludere o limitare l'applicazione dell'articolo 85 al settore in questione.

III. NATURA RESTRITTIVA DELL'ACCORDO E DELLE DECISIONI AI SENSI DELL'ARTICOLO 85, PARAGRAFO 1

1. Statuto di SPO (vedi considerando 3 e 4, supra)

(78) Le associazioni di costruttori interessate dal presente procedimento hanno costituito l'organizzazione SPO alla quale statutariamente sono affidati compiti di disciplina nell'ambito della categoria in materia di concertazione dei prezzi e di offerte sul mercato. Lo statuto costituisce di conseguenza un accordo tra associazioni di imprese ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 1. La costituzione da parte di imprese concorrenti di una associazione di associazioni professionali (SPO) equivale in effetti alla conclusione di un accordo orizzontale di cooperazione. Nella fattispecie il fatto che talune imprese o associazioni di imprese abbiano costituito un'entità giuridica autonoma alla quale hanno assegnato talune funzioni regolamentari non basta a consentire loro di eludere l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1.

Lo statuto di SPO ha l'oggetto di restringere o di falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune nella misura in cui rende vincolanti per le associazioni aderenti a SPO e i loro membri (permanenti o puntuali) le regolamentazioni di cui ai considerando da 5 a 13 e da 24 a 61. Trattasi di regolamentazioni che costituiscono decisioni di associazioni di imprese ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 1 e hanno l'oggetto e l'effetto di restringere e di falsare la concorrenza in quanto:

— prevedono scambi di informazioni prima delle aggiudicazioni,

— concertano le offerte e fissano in modo diretto e indiretto la totalità o parte dei prezzi di vendita ed altre condizioni di transazione dei contratti di costruzione,

— ripartiscono tra i loro membri il mercato della domanda grazie alla predesignazione delle imprese aggiudicatarie, la tutela dell'impresa prescelta, nonché la facoltà di recesso o di trattamento preferenziale nelle condizioni sotto descritte.

2. Decisioni adottate nel quadro SPO

A. *Restrizioni della concorrenza tra i costruttori che partecipano all'organizzazione SPO*

(79) 1° Notifica dell'intenzione di presentare un'offerta (vedi considerando 24)

Il meccanismo della notifica ha l'oggetto di restringere o di falsare la concorrenza a causa dell'impegno che esso implica da parte dell'impresa notificante di limitare la sua libertà d'azione nei confronti dei suoi concorrenti e del committente.

In tal modo i membri dell'intesa rinunciano a un comportamento indipendente fin dallo stadio della determinazione dell'intenzione di effettuare un'offerta. Tale restrizione è rafforzata dalla clausola degli UPR che vieta agli aderenti di non conformarsi agli obblighi derivanti da tale regolamentazione professionale tranne quando l'impresa notificante sia l'unico concorrente (fatta salva l'approvazione e il controllo dell'ufficio).

Inoltre la comunicazione del numero dei concorrenti che saranno invitati a partecipare alla riunione rafforza tale restrizione in quanto consente ai partecipanti, tra l'altro, di prevedere gli aumenti di prezzo e pianificare conseguentemente il loro comportamento.

(80) 2° Accordo sul principio della designazione di un'impresa prescelta (vedi considerando 26)

Il fatto che la riunione degli imprenditori possa designare nel suo ambito l'imprenditore che avrà la qualità di soggetto prescelto, vale a dire l'esclusiva del diritto di negoziare le condizioni con il committente, implica che questo imprenditore sia posto al riparo dalla concorrenza degli altri partecipanti.

In realtà la designazione dell'impresa prescelta è basata sulla decisione adottata in comune dai concorrenti di considerare o di rendere comparabili le offerte.

È modesto il numero di casi in cui la riunione degli imprenditori decide di rinunciare a tale designazione consentendo in tal modo alla concorrenza di operare correttamente. Ma la concertazione tra imprese che sfocia nella designazione o nella mancata designazione di un'impresa prescelta costituisce senza ombra di dubbio una limitazione della capacità individuale di accesso al mercato delle imprese che partecipano all'organizzazione SPO.

(81) 3° Confronto degli elementi di costo del contratto
(vedi precedente considerando 27)

Gli elementi di costo che consentono di stabilire le offerte iniziali costituiscono oggetto di un confronto durante la riunione degli imprenditori. Benché secondo l'opuscolo pubblicato da SPO (citato al considerando 16), «l'offerta iniziale (sia) il prezzo previsto da un imprenditore e basato sulla propria valutazione» di fatto essa è stabilita da ciascun partecipante nel corso della riunione sulla base, tra l'altro, degli scambi di informazioni tra concorrenti. La valutazione ha luogo dunque a partire da elementi di informazione che non sono stati tutti raccolti in modo indipendente ed autonomo sul mercato. Come risulta dagli accertamenti effettuati dalla Commissione, la riunione consente a ciascun imprenditore partecipante di prendere in considerazione non soltanto gli elementi che possono determinare i costi dei suoi concorrenti e la scelta del committente, ma anche varie informazioni su condizioni del mercato, quali la partecipazione eventuale di concorrenti outsider e delle specificità del contratto in questione, informazioni che in mancanza di tali scambi non sarebbe stato possibile forse ottenere.

La concertazione impedisce o almeno falsa e restringe la concorrenza tra i partecipanti. Essa mira a sopprimere per quanto possibile i rischi connessi con un comportamento concorrenziale autonomo.

(82) 4° Presentazione delle offerte iniziali
(vedi considerando 28)

Le offerte iniziali decise da ciascun partecipante sono consegnate al presidente della riunione.

L'ordine di successione di tali offerte determina l'ordine di successione dei prezzi definitivi offerti dai partecipanti (salvo recesso e preferenza). Inoltre una volta consegnate, le offerte non possono essere modificate.

Decidendo così su base comune le offerte iniziali che a loro volta determinano l'ordine di successione dei prezzi definitivi, i partecipanti sostituiscono una cooperazione pratica e reciproca ai rischi della concorrenza.

Poiché è garantito l'ordine di successione iniziale, i partecipanti non assumono alcun rischio nei rispettivi confronti per quanto riguarda gli eventuali aumenti di prezzo. L'effetto restrittivo di tale cooperazione è rafforzato dal divieto di presentare un'offerta alternativa senza informare la riunione di questa intenzione sottraendo così alla medesima la possibilità di decidere in merito.

(83) 5° Facoltà di revoca
(vedi considerando 29)

L'eventuale decisione di revoca della proposta è presa in piena cognizione delle offerte iniziali di tutti gli altri partecipanti.

La circostanza che consente a ciascun partecipante di prendere conoscenza dei prezzi proposti dai suoi concorrenti e di decidere sulla base del loro confronto di revocare la prima proposta è dunque esclusivamente lo scambio di informazioni nell'ambito dell'intesa al momento della riunione.

Sono così artificiosamente modificate le condizioni normali di concorrenza tanto da consentire ai partecipanti di prendere una decisione di mantenimento o di revoca della loro offerta che non avrebbero potuto prendere in mancanza di concertazione, in quanto soltanto il committente sarebbe stato in grado di effettuare tale confronto.

(84) Benché la SPO nella notifica e nella risposta collettiva alla comunicazione degli addebiti sembri riservare l'esercizio del diritto di revoca alle ipotesi di errore di calcolo grave e manifesto, gli UPR non prevedono alcuna condizione particolare per il suo esercizio.

L'argomento avanzato nella risposta, in base al quale il meccanismo sarebbe utilizzato soltanto in tali casi, non è convincente e d'altronde è contraddetto dalle informazioni raccolte durante la procedura che di fatto evidenziano alcuni esempi di revoca per altre cause, come la mancanza di interesse.

Del resto la possibilità di revoca in funzione del confronto delle offerte iniziali conferma la conclusione che tali valori sono fissati tra l'altro sulla base di elementi di informazione economici o contabili atti a determinare i prezzi scambiati fra i partecipanti alla riunione.

L'esercizio del diritto di revoca provoca la presentazione di prezzi diversi da quelli che sarebbero stati offerti ai committenti in mancanza di concertazione, in particolare perché si astengono gli imprenditori che esercitano tale diritto, cosicché l'aggiudicazione finale è diversa da quella che sarebbe prevalsa in un sistema in cui i costruttori presentano autonomamente la loro offerta.

(85) 6° Preferenza (vedi considerando 30)

Il diritto di preferenza permette di modificare l'ordine iniziale di successione dei prezzi di offerta in modo da sostituire l'offerta più bassa

del «primo turno» con quella del concorrente che beneficia della preferenza. La disposizione mira dunque a rafforzare la cooperazione tra costruttori a scapito di una vera concorrenza. Il sistema consente ai partecipanti di ripartire i contratti.

L'aggiudicatore riceve così offerte la cui struttura è conforme alla scala dei prezzi registrati al momento della presentazione della prima offerta, ma i cui titolari possono essere diversi per effetto dell'eventuale sostituzione dovuta ad una concertazione tra i membri dell'intesa. Una sostituzione dei soggetti offerenti non potrebbe aver luogo in un regime di concorrenza che lascia a ciascuna impresa concorrente l'esclusiva responsabilità della sua offerta.

(86) 7° Aumenti dei prezzi
(vedi considerando da 31 a 37)

Il fatto di maggiorare in comune i prezzi costituisce una diretta determinazione dei prezzi di vendita o quantomeno di una loro parte ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 1, lettera a). Inoltre gli aumenti di prezzo portano ad un'aggiudicazione dei contratti diversa da quella che sarebbe risultata se ciascuno dei partecipanti avesse determinato autonomamente i prezzi dell'offerta.

Poiché in linea di massima il rispetto dell'ordine di successione delle offerte iniziali è garantito, i partecipanti non assumono reciprocamente alcun rischio maggiorando singolarmente la loro offerta iniziale nel modo previsto.

Il sistema impedisce agli imprenditori più competitivi, con i costi più bassi per la progettazione e il calcolo del preventivo, di trarre vantaggio da tale circostanza nella misura in cui gli aumenti forfettari dei prezzi non tengono conto della situazione singola di ciascun partecipante. Viceversa il sistema pone le imprese meno valide al riparo della concorrenza e le dissuade dal migliorare la loro produttività.

Il fatto di prendere in considerazione il valore dei materiali da fornire e/o dei lavori da realizzare a cura del committente o di terzi per calcolare l'importo di base che serve a stabilire l'entità dell'indennizzo per le spese di calcolo rende ancora più restrittivo il sistema.

(87) Le maggiorazioni concordate dei prezzi hanno l'effetto supplementare di incitare le imprese a elaborare offerte di semplice copertura il cui obiettivo è solo il recupero dell'importo redistribuito delle somme versate a SPO, ma anche di incitare i committenti a invitare un numero estremamente limitato di costruttori a fare un'offerta dovendo sostenere per ciascun contratto le spese di progettazione dell'insieme dei concorrenti.

Un sistema di questo tipo ha l'effetto di limitare il numero degli offerenti per ciascun contratto e quindi di restringere la concorrenza nel settore della costruzione.

L'importo globale degli aumenti di prezzo così pattuiti in seno all'organizzazione SPO nei settori del mercato della costruzione di cui al precedente considerando 6 è tutt'altro che trascurabile: nel periodo 1987-1988 ha raggiunto somme annue stimate a 300 milioni di fiorini olandesi al netto dell'IVA a titolo di indennizzo per spese di calcolo e a 100 milioni di fiorini olandesi al netto dell'IVA a titolo di contributi di categoria (50 % e oltre dei quali è destinato a coprire i costi dell'organizzazione del cartello — uffici e associazione SPO).

(88) 8° Determinazione concordata dei prezzi definitivi di offerta
(vedi considerando 38)

Il fatto che i costruttori stabiliscano di concerto le offerte da presentare al committente costituisce anche una restrizione della concorrenza ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 1, tra gli offerenti che partecipano alla riunione.

Ancorché i prezzi definitivi da presentare all'organismo aggiudicatore siano stabiliti in modo da rispettare l'ordine di successione delle prime offerte (salvo modifiche dovute alla revoca o alla preferenza), essi non derivano tuttavia dalla semplice addizione degli aumenti di prezzo alle offerte iniziali. Così i prezzi più elevati che deriverebbero da tale addizione possono essere modificati da una diminuzione globale (anche fino a scendere al di sotto le corrispondenti offerte iniziali) per evitare la presentazione al committente di differenze eccessive di prezzo.

L'eliminazione degli scarti eccessivi tra i prezzi serve a proteggere alcuni concorrenti considerati «troppo cari» contro il rischio di una esclusione aprioristica da ulteriori contratti, in procedura ristretta o a trattativa privata.

Viceversa al momento di accordare la preferenza a un costruttore i prezzi definitivi degli altri partecipanti possono essere aumentati in modo da presentare al committente un insieme caratterizzato da scarti che rafforzano la posizione del costruttore che ha beneficiato della preferenza.

In entrambi i casi il sistema degli UPR restringe la libertà di scelta degli organismi aggiudicatori e falsa la scelta medesima. In effetti la presen-

tazione all'organismo aggiudicatore dei prezzi definitivi così concordati e predeterminati gli fornisce un'informazione artificiosa sul loro livello, ingannevole sullo stato reale del mercato e delle offerte (anche per quanto riguarda il confronto dei prezzi presentati da outsiders) che possono anche indurlo ad errori di valutazione rilevanti per gare o trattative private successive.

(89) La medesima valutazione vale per quanto riguarda la fissazione concordata dei prezzi relativi a parti determinate del contratto e dei prezzi unitari, ecc. Nella misura in cui la riunione lo considera necessario, tali prezzi sono fissati per ciascun costruttore partecipante in modo da garantire la posizione del costruttore che offrirà il prezzo più basso. Quindi l'organismo aggiudicatore è dissuaso dal procedere ad un'aggiudicazione per lotti del contratto a vari costruttori o all'aggiudicazione del contratto intero ad un altro costruttore che ha presentato il prezzo più basso.

(90) Dagli accertamenti condotti dalla Commissione risulta che la concertazione tra costruttori può anche riguardare condizioni contrattuali diverse dal prezzo e dai suoi elementi costitutivi, ad esempio il termine di esecuzione da indicare nell'offerta.

(91) Infine, la concertazione sul contenuto delle informazioni che i costruttori debbono comunicare con la loro offerta di prezzo e che riguardano gli elementi costitutivi del prezzo, nonché le maggiorazioni applicate, costituisce altresì una restrizione della concorrenza avente l'oggetto di falsare il confronto delle offerte. Dagli accertamenti della Commissione risulta che non è raro constatare la comunicazione al committente di informazioni deliberatamente ingannevoli.

(92) In definitiva il fatto di stabilire di concerto i prezzi offerti secondo il sistema dell'UPR costituisce di per sé una restrizione o un'alterazione della concorrenza ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 1, lettera a).

Secondo la Commissione la fissazione concordata dei prezzi relativi a lotti determinati del contratto, dei prezzi unitari, ecc., degli elementi costitutivi dei prezzi, nonché delle condizioni diverse dal prezzo e del contenuto delle informazioni complementari da trasmettere al committente nelle offerte non è inerente alla fissazione concordata dei prezzi definitivi quale è espressamente prevista negli UPR. Trattasi viceversa di restrizioni autonome della concorrenza che, ancorché non previste espressamente dagli UPR, derivano necessariamente dalla fissazione dei prezzi definitivi e ne sono in qualche modo complementari.

(93) 9° Protezione dell'impresa prescelta (vedi considerando da 39 a 41 e da 52 a 59)

La designazione dell'impresa prescelta impedisce di per sé o quantomeno falsa e restringe il gioco della concorrenza. Va ricordato che in definitiva spetta alla riunione dei concorrenti decidere se le offerte sono comparabili o meno, vale a dire se il richiedente ha formulato la sua domanda in modo identico rispetto a ciascuno degli offerenti invitati. La riunione sottrae all'organismo aggiudicatore la libertà di scelta e la capacità di negoziazione con vari offerenti sostituendovi una decisione presa in comune dai concorrenti e vincolante per l'organismo aggiudicatore nella misura in cui impedisce a quest'ultimo di ampliare il numero dei concorrenti comprendendovi i vari costruttori che hanno presentato un'offerta.

Analogamente gli offerenti privano i concorrenti dell'impresa prescelta del diritto di negoziare con il committente una volta presentata l'offerta.

Qualora si tratti di offerte non simultanee, il sistema mira ad impedire ai concorrenti di presentare un prezzo inferiore a quello presentato dall'impresa prescelta.

Tale sistema conferisce di fatto all'impresa prescelta un monopolio temporaneo di due o cinque anni per un contratto determinato e impedisce quindi il gioco della concorrenza.

Se il committente decide di non stipulare il contratto per un motivo qualsiasi e di procedere ad una nuova gara o alla stipulazione di un contratto a trattativa privata, il sistema di protezione dell'impresa prescelta rende totalmente illusoria la sua libertà di scelta ed impedisce in realtà il gioco della concorrenza tra i costruttori.

(94) Per quanto riguarda il sistema di protezione dell'impresa prescelta, quale è previsto dagli UPR e dal codice deontologico, nella risposta collettiva alla comunicazione degli addebiti si sostiene che lo scopo perseguito dalle regolamentazioni di diritto privato in questione, che disciplinano le relazioni tra i costruttori, è identico allo scopo perseguito dalle regolamentazioni di diritto pubblico in vigore in Stati membri diversi dai Paesi Bassi nonché dalla regolamentazione comunitaria di cui alla direttiva 71/305/CEE che disciplina il comportamento degli enti aggiudicatori. Di conseguenza il sistema privato non potrebbe essere qualificato contrario all'articolo 85, paragrafo 1 del trattato.

Inoltre i destinatari della presente decisione sostengono che il sistema avrebbe l'unico scopo di creare le condizioni più favorevoli ad una concorrenza effettiva ed efficace sul mercato della costruzione e di evitare una concorrenza rovinosa.

(95) La Commissione considera inaccettabili tali argomenti. Le regolamentazioni comunitarie e nazionali cui SPO fa riferimento, per le ragioni già esposte al considerando 75 non sono comparabili col sistema di protezione dell'impresa prescelta che fa astrazione da tutti gli elementi costitutivi che presiedono al comportamento degli enti aggiudicatori. D'altronde SPO non è riuscita a dimostrare che in assenza di protezione a favore dell'impresa prescelta, l'ente aggiudicatore cerca di ridurre le offerte mediante pratiche di «mercanteggiamento». Inoltre non ha fornito elementi di prova sulla pretesa rovinosità della concorrenza che ne risulterebbe.

(96) 10° Ristorno delle somme derivanti dalle maggiorazioni dei prezzi (vedi considerando da 42 a 46)

Il sistema e le modalità di ristorno degli indennizzi per spese di calcolo e dei contributi di categoria hanno l'oggetto o l'effetto di restringere o almeno di falsare la concorrenza in quanto gli imprenditori che spuntano il contratto traggono vantaggi ben superiori dal ristorno di tali somme rispetto ai concorrenti che non hanno ottenuto l'aggiudicazione. La loro posizione sotto il profilo della concorrenza è quindi artificiosamente avvantaggiata rispetto a questi ultimi.

(97) 11° Controllo del rispetto degli obblighi derivanti dagli UPR (vedi considerando 47 e 48)

Le disposizioni degli UPR e del codice deontologico (compreso il regolamento disciplinare) che prevedono l'imposizione di sanzioni in caso di mancata osservanza dei relativi obblighi hanno l'oggetto di rafforzare, tra l'altro, gli impegni restrittivi della concorrenza assunti dai partecipanti all'organizzazione SPO (ivi comprese le associazioni aderenti).

B. *Misure di tutela dell'organizzazione SPO nei confronti dei costruttori non aderenti* (vedi considerando da 49 a 51)

(98) Lo scambio sistematico d'informazioni in seno all'organizzazione SPO riguardanti i costruttori non aderenti, al pari della risposta concordata dell'organizzazione alle offerte di outsiders, costituiscono pratiche aventi l'oggetto di impedire o di falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 1.

In effetti lo scambio di informazioni in seno all'organizzazione SPO consente di esercitare pressioni spesso efficaci nei confronti di imprese non aderenti per indurle a sottomettersi in modo più o meno permanente agli UPR.

Tali pressioni si esercitano tanto nei confronti delle imprese vincolate dal codice deontologico, ma non aderenti a SPO e quindi soggette in linea di massima ai soli obblighi di notificare la loro intenzione di fare un'offerta e di rispettare la posizione dell'impresa prescelta, quanto delle imprese del tutto esterne all'organizzazione SPO, vale a dire non assoggettate né alle regole del codice deontologico né a quelle di SPO.

Lo scambio di informazioni al quale si procede durante la riunione dei costruttori organizzata dall'ufficio consente loro anche di prendere in considerazione il rischio di un'eventuale concorrenza esterna al momento in cui sono determinate le offerte iniziali nonché le offerte definitive, concorrenza atta a indurli a rinunciare alla designazione di un'impresa prescelta e/o alle maggiorazioni quali descritte ai considerando da 31 a 37. Inversamente, quando è manifesto che non esiste alcun rischio di intervento di outsiders noti, la riunione può decidere di aumentare le offerte iniziali dell'importo massimo delle maggiorazioni in questione.

(99) Un costruttore che non partecipa all'organizzazione SPO e desidera presentare un'offerta non riesce a misurare la sua capacità economica concorrenziale nel quadro normale di un'offerta frammentata, ma deve affrontare un'offerta concordata e flessibile atta a limitare o a ostacolare la sua capacità di entrare sul mercato.

Se si tratta di un costruttore estero che non partecipa all'organizzazione SPO, la sua posizione è peggiorata dalla circostanza che in genere può partecipare al mercato della costruzione nei Paesi Bassi solo cooperando con un costruttore insediato nel territorio di tale Stato membro che in linea di massima è vincolato dagli UPR e deve quindi rispettare il meccanismo dell'intesa.

La restrizione è tanto più sensibile in quanto l'organizzazione SPO dei costruttori permette una protezione rigorosa delle imprese prescelte e dispone di mezzi economici rilevanti in ragione delle maggiorazioni concordate di prezzo ristornate all'intesa.

Gli accertamenti hanno dato modo di constatare che il numero di contratti oggetto di concertazione in seno all'organizzazione SPO che peraltro sono stati spuntati da imprese non aderenti all'intesa è estremamente modesto. Tale numero varia nei singoli settori

e zone geografiche considerate (dallo 0,7 % al 10,5 % del numero dei contratti transitati attraverso SPO, dallo 0,8 al 6,6 % in termini di valore).

C. *Contratti a trattativa privata* (vedi considerando 60 e 61)

(100) Il committente che ricorre al sistema della trattativa privata con un solo costruttore subisce tuttavia le conseguenze delle restrizioni di concorrenza imposte dall'organizzazione SPO.

I costruttori intendono infatti premunirsi contro i rischi di un versamento del 3 % del prezzo dell'opera mediante un corrispondente aumento della loro offerta qualora, avendo ottenuto il contratto, l'ufficio di SPO riveli loro che anche altri costruttori erano stati consultati.

Un meccanismo di questo tipo (riscontrabile anche nel contesto del subappalto: vedi considerando da 55 a 59) provoca dunque un aumento generalizzato ed uniforme di tutti i prezzi dei contratti a trattativa privata, siano essi negoziati con uno o con vari costruttori.

Gli accertamenti condotti dalla Commissione hanno consentito di accertare numerosissimi esempi di applicazione della regola sopra descritta che ha dato luogo al versamento a posteriori del 3 % del prezzo dei contratti da parte dei costruttori ai vari uffici.

D. *Conclusioni*

(101) Le restrizioni della concorrenza sopra descritte sono dovute a ciascuno degli elementi costitutivi del sistema e all'insieme del sistema. Secondo dichiarazioni dirette di SPO le sue regolamentazioni formano un insieme i cui elementi principali sono la protezione dell'impresa prescelta e la ripartizione delle spese di calcolo. Tali restrizioni sono estremamente sensibili in quanto la quasi totalità dei contratti oggetto di procedure di gara nel settore della costruzione olandese ricade sotto le regolamentazioni di SPO. Come è stato affermato al precedente paragrafo 87 l'importo complessivo degli aumenti di prezzo concordati nel quadro di SPO è tutt'altro che trascurabile. O elemento determinante è l'effetto cumulativo di tutti i contratti di lavori assoggettati alle regolamentazioni.

IV. INCIDENZA SUGLI SCAMBI INTRACOMUNITARI

(102) Tenuto conto delle considerazioni sopra esposte, la Commissione ritiene che l'applicazione degli UPR nonché delle analoghe regolamentazioni precedenti e del codice deontologico possano incidere sugli scambi tra Stati membri nel modo seguente:

1. Incidenza sull'offerta proveniente dagli altri Stati membri

A. *Interpenetrazione dei mercati della costruzione*

(103) Anzitutto la Commissione intende ricordare che il mercato dei lavori pubblici e privati oggetto di procedura di gara in uno Stato membro della CEE non è e non deve essere riservato alle sole imprese appartenenti a tale Stato membro. Inoltre per quanto riguarda il mercato dei lavori pubblici, esistono direttive, ad esempio la direttiva 71/305/CEE, che obbligano gli Stati membri ad aprire tali mercati alle imprese di tutti gli Stati membri.

(104) Di fatto nel settore della costruzione l'interpenetrazione dei mercati dei vari Stati membri pur essendo ancora relativamente modesta, è però reale [1]. Tra gli elementi che contribuiscono a limitare tale interpenetrazione figurano le attuali condizioni specifiche del mercato della costruzione a livello comunitario, quali le diverse prescrizioni in materia di costruzione e le norme diverse dei singoli Stati membri, nonché le caratteristiche particolari delle imprese di costruzione, ancorché questi elementi non siano di per sé tali da impedire l'interpenetrazione medesima.

(105) SPO ha asserito nella risposta collettiva alla comunicazione degli addebiti che il limite fissato nella direttiva 71/305/CEE indicherebbe che l'eventuale interesse delle imprese di costruzione per contratti fuori dal proprio Stato membro di valore inferiore a tale limite, attualmente di 5 milioni di ecu, sarebbe irrilevante ai fini del funzionamento del mercato comune. Essa ha altresì sostenuto che il numero dei contratti, messi in gara e soggetti a tali regolamentazioni, il cui valore unitario supera il limite di 5 milioni di ecu sarebbe troppo modesto per incidere sul funzionamento del mercato. Si tratterebbe in effetti di 199 contratti per l'insieme degli anni 1987 e 1988 pari allo 0,35 % del numero totale dei contratti transitati attraverso SPO nel periodo in questione.

La Commissione ritiene inaccettabili tali argomentazioni. In primo luogo l'applicabilità della direttiva 71/305/CEE non implica l'inapplicabilità delle regole di concorrenza in quanto si tratta di due categorie di norme giuridiche diverse che perseguono obiettivi paralleli, ancorché distinti. In secondo luogo l'importanza o l'irrilevanza dell'incidenza sugli scambi intracomunitari di tali restrizioni della concorrenza non deve essere valutata rispetto al semplice

[1] «Estimates in the EEC construction business indicate that at the most 5 % of all construction activities within the countries of Europe are exported, respectively imported, and that it will remain like this» da: *Dutch export opportunities on EC-markets up to the year 2000 — prospects for the Dutch construction sector in the EC single market*, studio realizzato da Prognos Base (pag. 4) — Relazione elaborata su richiesta del ministero degli affari economici dei Paesi Bassi, gennaio 1989.

numero dei contratti individuali interessati, ma rispetto al valore complessivo di tali contratti nel loro complesso.

Ora, secondo le dichiarazioni di SPO nel corso dell'audizione del 12 giugno 1990 i predetti 199 contratti rappresenterebbero tuttavia oltre il 23 % del valore totale, percentuale che difficilmente si potrebbe qualificare come «trascurabile». Infine va precisato che il limite di 5 milioni di ecu è stato introdotto dalla direttiva 89/440/CEE del Consiglio [1], dunque dopo il periodo preso in considerazione da SPO. Durante tale periodo il limite era ancora fissato a 1 milione di ecu.

B. *Partecipazione delle imprese estere all'organizzazione SPO*

(106) Dopo aver indicato nella notifica del 13 gennaio 1988 la mancanza di dati statistici sulla partecipazione di imprese di costruzione appartenenti ad altri Stati membri al mercato olandese, SPO ha peraltro comunicato alcuni dati relativi alla partecipazione di tali imprese alle riunioni che due uffici considerati come rappresentativi hanno organizzato nel 1987. Trattasi dell'ufficio ZNAV (settori edilizia e idraulica, zona sud del paese) e dell'ufficio WAC (settori costruzioni stradali, ecc. e segnaletica, totalità del territorio).

I dati sono i seguenti:

— ZNAV: 5 200 contratti che sono stati oggetto di riunioni, a 32 delle quali hanno partecipato imprese estere. Tale numero rappresenta il 5,9 % (117 milioni di fiorini olandesi) del valore complessivo dei contratti;

— WAC: 6 900 contratti che hanno costituito oggetto di riunioni a 19 delle quali hanno partecipato imprese straniere (= 3,5 %, per 77 milioni di fiorini olandesi, del valore totale dei contratti).

Secondo i destinatari della presente decisione nella loro risposta collettiva alla comunicazione degli addebiti, per gli anni 1986-1988 (fino al 1° ottobre) 241 contratti con una partecipazione di imprese straniere sono stati oggetto di una riunione in seno all'organizzazione SPO vale a dire 3,6 % (1 172 milioni di fiorini olandesi) del valore totale dei contratti.

Va altresì precisato che la partecipazione di imprese appartenenti ad altri Stati membri alle riunioni ha avuto un risultato positivo per tali imprese soltanto in un numero di casi molto più limitato.

(107) Ancorché tali dati non comprendano la totalità delle attività di costruzione di imprese appartenenti ad altri Stati membri nei Paesi Bassi — sono ad esempio esclusi i dati relativi alle trattative private, al subappalto e ai contratti banditi mediante gara e ottenuti da un'impresa straniera outsider — essi confermano tuttavia la realtà dell'interpenetrazione.

La modestia di tale interpenetrazione rispetto alle attività dei costruttori con sede nei Paesi Bassi (o in genere in uno Stato membro) è dovuta alle caratteristiche specifiche del mercato e del prodotto in questione. Tale circostanza non potrebbe essere interpretata, alla luce dell'articolo 85 del trattato CEE, come un elemento che dimostra la trascurabilità della percentuale degli scambi intracomunitari. Viceversa le pratiche restrittive sopra descritte sono tanto più nocive in quanto intervengono in uno spazio relativamente limitato d'interpenetrazione dei mercati nazionali, incidendo così in modo ancora più sensibile sugli scambi infracomunitari.

(108) L'esame delle informazioni raccolte nel corso degli accertamenti evidenzia che circa 150 imprese con sede in altri Stati membri ottemperano in modo più o meno permanente agli UPR. Tali imprese sono insediate principalmente in Germania e in Belgio e tra di loro figurano tutte le maggiori imprese tedesche e belghe, seguite dalle imprese francesi, lussemburghesi o italiane. È accaduto che la Syndicale Kamer voor de Bouwnijverheid in Antwerpen (Camera sindacale interprofessionale della costruzione di Anversa), (o una organizzazione rappresentata presso tale Camera sindacale) comunicasse a un ufficio di SPO l'intenzione di imprese belghe vincolate dagli UPR di presentare un'offerta nei Paesi Bassi.

C. *Posizione delle imprese straniere outsiders*

(109) In linea più generale le imprese appartenenti ad altri Stati membri che desiderano ottenere un contratto nei Paesi Bassi, ma rifiutano di aderire all'organizzazione SPO, oltre agli ostacoli naturali all'entrata sul mercato dovuti alla loro lontananza, debbono affrontare un considerevole ostacolo supplementare derivante dall'esistenza di tale organizzazione olandese che raggruppa la quasi totalità delle imprese di costruzione del paese interessate alle gare, alle quali si aggiungono anche costruttori di altri Stati membri. L'offerta concorrente non risulta più frammentaria e molteplice, ma concordata e collettiva e quindi tanto più difficile da affrontare. Nella misura in cui i meccanismi posti in essere da SPO dissuadono di fatto i pubblici poteri e gli organismi aggiudicatori privati dal ricorrere alla procedura della gara aperta,

[1] GU n. L 210 del 21. 7. 1989, pag. 1.

essi hanno l'effetto di restringere almeno indirettamente le possibilità di accedere al mercato olandese per i costruttori di altri Stati membri.

D. *Importanza degli effetti sugli scambi tra Stati*

(110) Secondo la Commissione gli scambi tra Stati membri sono notevolmente pregiudicati dall'accordo e dalle decisioni di associazioni d'imprese sopra descritte. Nella fattispecie tali regolamentazioni per la loro natura intrinseca hanno l'effetto di incidere sul flusso degli scambi tra Stati membri della CEE. Di fatto gli UPR funzionano efficacemente soltanto se tutte le imprese (o quasi) che possono esservi vincolate fanno effettivamente parte dell'intesa. Per tale motivo gli UPR sono aperti alle imprese che appartengono ad altri Stati membri.

L'organizzazione SPO e le sue associazioni aderenti esercitano un'attività promozionale verso tali imprese per ottenere la loro adesione all'intesa.

(111) In tale contesto l'incidenza sugli scambi infracomunitari è tanto maggiore in quanto nella fattispecie l'organizzazione SPO raggruppa la quasi totalità dei costruttori di tale Stato membro che si interessano alle gare d'appalto e copre la quasi totalità di questi contratti. A tale fatto si aggiunge la circostanza che l'impresa di costruzione appartenente ad un altro Stato membro e desiderosa di esercitare le sue attività nei Paesi Bassi cerca di cooperare per varie ragioni pratiche, sporadicamente o stabilmente con un partner olandese. Poiché quest'ultimo in genere ottempera agli UPR, l'impresa appartenente all'altro Stato membro non può eluderli.

2. Incidenza sulla domanda proveniente dagli altri Stati membri

(112) Poiché gli UPR si applicano ai contratti aggiudicati nei Paesi Bassi, qualsiasi organismo straniero aggiudicatore (nonché qualsiasi organismo aggiudicatore nazionale che agisce per conto di un committente estero) interessato a bandire una gara per un contratto di costruzione in tale Stato membro non può sfuggire all'applicazione degli UPR imposti nel quadro di SPO. Solo il ricorso alla trattativa privata garantisce l'inapplicabilità delle misure concertate in seno all'organizzazione SPO. Ma nemmeno il ricorso a tale procedura costituisce una protezione contro l'aumento generalizzato e uniforme dei prezzi quale è stato descritto nei considerando 60, 61 e 100.

Altrettanto può essere affermato per quanto riguarda i contratti appaltati nei Paesi Bassi dagli (o per conto degli) organismi internazionali quali NATO e Eurocontrol in ottemperanza alla rispettiva regolamentazione in materia di gare internazionali.

3. Incidenza sull'offerta delle imprese aderenti al sistema SPO negli altri Stati membri

(113) Secondo la Commissione gli scambi tra Stati membri possono anch'essi essere pregiudicati in misura sensibile sui mercati della costruzione degli altri Stati membri per effetto dell'esecuzione dell'accordo e delle decisioni di cui alla presente decisione.

In effetti le imprese (olandesi) che aderiscono all'organizzazione SPO possono recuperare per effetto dell'applicazione degli UPR, quantomeno in parte, le spese di calcolo dei lavori di cui ai contratti appaltati nei Paesi Bassi e che non sono stati loro aggiudicati. In tal modo esse ottengono tramite l'organizzazione citata un vantaggio economico che corrisponde al finanziamento dei loro uffici studi e quindi ad una correlativa diminuzione delle spese generali e dispongono così di un vantaggio concorrenziale rispetto ai costruttori concorrenti degli altri Stati membri per quanto riguarda i contratti appaltati negli altri paesi della Comunità.

V. REGOLAMENTAZIONI PRECEDENTI GLI UPR

(114) Nella misura in cui gli UPR attualmente applicati in sostanza sono semplicemente la prosecuzione delle regolamentazioni precedenti quali descritte nei considerando da 62 a 65, la valutazione giuridica di cui ai considerando da 70 a 76 e da 79 a 113 vale anche, mutatis mutandis, per le predette regolamentazioni.

Sezione II

Articolo 85, paragrafo 3

(115) Le regolamentazioni UPR e il codice deontologico, al pari delle regolamentazioni precedenti in materia di prezzi, non possono beneficiare di una esenzione a titolo dell'articolo 85, paragrafo 3, per le ragioni seguenti.

1. Regolamentazioni notificate

(116) Va anzitutto esaminato se le regolamentazioni attualmente vigenti notificate il 13 gennaio 1988 soddisfano alle condizioni di cui all'articolo 85, paragrafo 3.

A. *Contributo per migliorare la distribuzione dei prodotti o promuovere il progresso tecnico o economico*

(117) Tanto nel contesto dell'articolo 85, paragrafo 1 che in quello dell'articolo 85, paragrafo 3 i destinatari della presente decisione hanno asserito che le regole pubbliche applicabili alle gare sarebbero atte a creare uno squilibrio tra i richiedenti e gli offerenti sul mercato della costruzione, sotto il profilo della trasparenza delle transazioni.

Tale squilibrio consentirebbe agli organi aggiudicatori, secondo le associazioni interessate, di imporre la fissazione di prezzi di vendita a livelli troppo bassi o rovinosi per i costruttori. Una situazione di questo tipo potrebbe altresì provocare a lungo termine perturbative gravi dell'offerta sul mercato e renderebbe necessarie le misure così adottate dai costruttori per compensarne gli effetti.

(118) Il sistema della protezione dell'impresa prescelta, quale instaurato dagli UPR e dal codice deontologico, secondo i destinatari della presente decisione nella loro risposta collettiva alla comunicazione degli addebiti, avrebbe l'unico obiettivo di integrare la struttura transattiva della gara in modo che l'esercizio della concorrenza tra imprenditori possa esprimersi appieno senza dar modo all'organismo aggiudicatore di abusare della posizione particolare che occupa nel quadro della struttura medesima.

Secondo la Commissione, lungi dall'essere il complemento di una struttura transattiva, il sistema di protezione dell'impresa prescelta previsto dagli UPR e dal codice deontologico sostituisce il principio delle decisioni unilaterali prese in comune dai concorrenti al confronto delle offerte individuali di ciascuno di loro. In effetti va sottolineato che la riunione dei concorrenti si riserva il diritto di designare o di non designare un'impresa prescelta. Il sistema di protezione di questa prevede tuttavia la designazione dell'imprenditore aggiudicatario prima della presentazione delle offerte per tutti i contratti il cui appalto rientra nel campo d'applicazione delle regolamentazioni, che si tratti di contratti pubblici o privati, di valore modesto o rilevante e indipendentemente dal rischio effettivo di «mercanteggiamenti» dell'ente aggiudicatore.

Il sistema protegge di conseguenza non soltanto gli imprenditori contro gli eventuali «mercanteggiamenti» dell'organismo aggiudicatore, ma anche contro il normale gioco della concorrenza. La protezione dell'impresa prescelta non è dunque atta a contribuire al mantenimento né al miglioramento dell'offerta sul mercato olandese della costruzione.

(119) Per quanto riguarda in particolare il sistema di indennizzo delle spese di calcolo previsto dagli UPR, le parti notificanti hanno sostenuto che gli UPR favoriscono la partecipazione dei costruttori alle gare di appalto promuovendo così la concorrenza.

Nondimeno l'argomento delle notificanti non contiene elementi che consentano di credere all'idoneità degli UPR a promuovere la concorrenza reale favorendo la partecipazione dei costruttori alle gare d'appalto. Viceversa le maggiorazioni concordate hanno l'effetto di incitare i committenti ad invitare soltanto un numero estremamente limitato di costruttori perché presentino offerte in quanto sanno di dover sostenere per ciascun contratto, oltre ai contributi di categoria, le spese di progettazione dell'insieme dei concorrenti. On effetti l'obiettivo allegato del sistema delle maggiorazioni, vale a dire la riduzione delle spese di calcolo, tanto a livello macroeconomico che microeconomico, può essere realizzato soltanto mediante la riduzione del numero di costruttori invitati dall'organismo aggiudicatore a presentare un'offerta. Inoltre tale sistema incita gli imprenditori a preparare offerte di semplice copertura il cui obiettivo è il solo recupero delle spese di calcolo. Le decisioni di cui al presente procedimento sono dunque in realtà atte a limitare in misura sensibile la gara in condizioni di concorrenza di numerosi offerenti per un medesimo contratto.

B. *Congrua parte dell'utile riservata agli utenti*

(120) Secondo SPO e i suoi aderenti l'utile riservato agli utenti deriverebbe in particolare dal meccanismo delle decisioni che consente una più equilibrata formazione dei prezzi e sfocia a lungo termine in una scelta ragionevole di qualità dei lavori tra un maggior numero di offerenti interessati a partecipare alle gare.

La Commissione ritiene che se anche l'applicazione delle regolamentazioni può produrre effetti benefici per gli utenti, gli svantaggi sono superiori ai vantaggi.

(121) Per quanto riguarda la protezione dell'impresa prescelta gli svantaggi sono dovuti sostanzialmente al fatto che l'ente aggiudicatore, quando non sono presenti offerenti diversi dalle imprese aderenti al sistema SPO, ha soltanto la scelta fra tre possibilità: o negoziare (e accettare) l'offerta dell'impresa prescelta; o accettare l'offerta di un altro partecipante in quanto tale senza poter negoziare nessuno degli elementi costitutivi; o non accettare nessuna delle offerte presentate.

(122) Per quanto riguarda il recupero delle spese di calcolo nemmeno in questo caso si tratta di un vantaggio per gli utenti. Il carattere forfettario e globale dell'indennizzo per spese di calcolo in particolare fa sì che tutti gli imprenditori le cui spese sono inferiori all'importo previsto ricevono un indennizzo superiore alle loro spese effettive, il cui totale è a carico dell'organismo aggiudicatore. È comunque poco probabile che l'insieme delle spese di calcolo trasferite su quest'ul-

timo sia meno elevato dell'importo del quale il costruttore che ottiene il contratto avrebbe ridotto la sua offerta facendo assegnamento in anticipo sull'indennizzo. L'entità degli indennizzi è tanto maggiore in quanto sono calcolati sulla base delle offerte iniziali aumentate dell'importo che rappresenta il valore dei materiali da fornire e dei lavori da eseguire a cura del committente medesimo o di terzi. (vedi considerando 32).

(123) A maggior ragione le medesime considerazioni valgono per gran parte degli altri elementi costitutivi delle regolamentazioni oggetto del presente procedimento. Così, il confronto degli elementi di costo dei contratti (vedi considerando 23) suscita dubbi sulla pretesa autonomia della fissazione delle offerte iniziali. La preferenza, anche se è abbinata a condizioni relativamente rigorose (vedi considerando 30) impedisce all'organismo aggiudicatore di conoscere il costruttore che ha presentato l'offerta iniziale più bassa. La fissazione concordata dei prezzi da presentare può falsare le offerte presentate in modo ingiustificabile mediante il meccanismo della «diminuzione globale» che tende a celare gli scarti effettivi tra le offerte iniziali. Nemmeno l'aumento generalizzato ed uniforme di tutti i prezzi dei contratti a trattativa privata (vedi considerando 60 e 61) potrebbe essere considerato un «vantaggio» per l'utente.

C. *Indispensabilità delle restrizioni*

(124) Anche nell'ipotesi che le regolamentazioni possono essere conformi alle due prime condizioni dell'articolo 85, paragrafo 3, non è tuttavia accertato che una situazione di questo tipo sia tale da giustificare le misure intese a concordare l'offerta, a modificare artificiosamente il livello dei prezzi offerti e a predesignare il costruttore aggiudicatario. SPO ha ribadito che la soppressione delle sue regolamentazioni, totale o parziale, farebbe rinascere i cosiddetti cartelli selvaggi tra costruttori. Comunque sia, la Commissione non potrebbe accettare che un'infrazione alle regole della concorrenza venga giustificata dal solo rischio di un'altra infrazione, sia essa altrettanto grave o anche più grave.

(125) La tutela dell'impresa prescelta non è indispensabile già a causa del fatto che questa può essere designata indipendentemente dal rischio reale di «mercanteggiamenti» da parte dell'organismo aggiudicatore. Va inoltre osservato che non ha luogo la designazione di un'impresa prescelta quando le offerte non sono comparabili, vale a dire soprattutto nei casi in cui l'organismo aggiudicatore ha lasciato ai costruttori ampia libertà di precisare l'opera. In tale ipotesi le spese di calcolo, secondo SPO medesima, sono spesso proporzionalmente elevate.

Il fatto che la protezione dell'impresa prescelta non sia dunque affatto garantita in tali casi — nei quali i rischi finanziari dei costruttori dovrebbero in linea di massima essere maggiori — fornisce un altro indizio che tale tutela non è affatto indispensabile.

(126) Per quanto riguarda l'indennizzo delle spese di calcolo esso ha carattere forfettario e globale che non è giustificato dalla situazione singola delle imprese interessate. Di conseguenza può comportare restrizioni alla concorrenza che esorbitano da quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito. Tale valutazione vale a maggior ragione nei confronti del recupero (almeno parziale) delle spese di calcolo qualora un concorrente non aderente spunti il contratto. In questa ipotesi in effetti le imprese aderenti al sistema SPO si avvantaggiano di una difesa collettiva grazie al versamento di un indennizzo del fondo di garanzia o della cassa di calcolo di SPO.

Inoltre il regolamento applicabile alle offerte nel contesto del subappalto (vedi considerando da 55 a 59) prevede l'indennizzo delle spese di calcolo solo per i subappaltatori dell'impresa generale aggiudicataria, mentre i subappaltatori che hanno presentato un'offerta alle altre imprese principali concorrenti non ricevono alcun indennizzo e ciò mostra che le stesse parti notificanti non ritengono un sistema di questo tipo realmente indispensabile.

(127) Gli elementi esposti al paragrafo 123 vanno al di là di quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi perseguiti dalle regolamentazioni. Altrettanto si può affermare per il confronto delle offerte iniziali durante la riunione, nella misura in cui tale confronto consentirebbe ai partecipanti di verificare se la loro offerta di prezzo è «anormalmente bassa».

D. *Impossibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi*

(128) Anche prendendo in considerazione la totalità del mercato dei lavori di costruzione (ivi compresi i contratti a trattativa privata) le regolamentazioni danno la possibilità ai partecipanti di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti e servizi di cui trattasi nel seguente modo. In effetti l'impresa prescelta è al riparo dalla concorrenza fatta dagli altri partecipanti. Anche accettando l'affermazione di SPO in base alla quale il gioco dalla concorrenza sarebbe appunto rispettato fino alla riunione preaggiudicazione, nondimeno la concorrenza tra i partecipanti è esclusa nella fase dell'aggiudicazione medesima. Inoltre la fissazione concordata delle maggiorazioni di prezzo è tale da eliminare la concorrenza a livello delle spese di calcolo. Anche se tali spese costituiscono solo una percentuale limitata dell'offerta, nondimeno sono spesso le differenze

dell'ordine dell'1 o del 2% che determinano quale imprenditore spunta un contratto. Da ultimo il fatto di astenersi intenzionalmente dal maggiorare i prezzi nei casi in cui i partecipanti alla riunione preaggiudicazione sono informati di uno o vari outsiders invitati a concorrere, è anch'essa una circostanza atta ad eliminare la concorrenza. Va osservato inoltre che quest'ultima ipotesi consente di dubitare ancora di più della pretesa indispensabilità del meccanismo di indennizzo delle spese di calcolo.

2. Regolamentazioni precedenti gli UPR

(129) Le regolamentazioni precedenti gli UPR attualmente vigenti non sono state notificate secondo l'articolo 4 del regolamento n. 17. Contrariamente a quanto affermato da SPO, tali regolamentazioni al pari peraltro degli stessi UPR non erano esentate dall'obbligo di notifica in virtù dell'articolo 4, paragrafo 1, punto 1 del regolamento n. 17 nella misura in cui vi ottemperano imprese stabilite in Stati membri diversi dai Paesi Bassi e sono applicabili anche ai contratti da eseguire nei Paesi Bassi previa gara bandita da organismi aggiudicatori appartenenti ad altri Stati membri o per loro conto. Anche se tali precedenti regolamentazioni fossero state notificate, non avrebbero comunque potuto beneficiare di un'esenzione ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3 per ragioni identiche a quelle valide per le regolamentazioni attualmente vigenti.

3. Statuto di SPO

(130) Lo statuto di SPO non è stato notificato in conformità dell'articolo 4 del regolamento n. 17. Tuttavia anche se fosse stato notificato non avrebbe potuto beneficiare di una esenzione a norma dell'articolo 85, paragrafo 3 per ragioni identiche a quelle esposte nei considerando da 116 a 129 e riguardanti gli UPR e il codice deontologico attualmente vigenti, nonché le regolamentazioni precedenti gli UPR.

4. Conclusioni

(131) Per tali motivi la Commissione non può concedere una esenzione in conformità dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato. In tale contesto non può nemmeno accogliere l'affermazione di SPO in base alla quale avrebbe omesso «di prestare la sua collaborazione attiva a SPO per ottenere un'esenzione chiesta a titolo alternativo». In effetti secondo la giurisprudenza costante della Corte [1], in primo luogo spetta alle imprese interessate presentare alla Commissione gli elementi di prova destinati a motivare sul piano economico un'esenzione.

[1] Vedi sentenze della Corte di giustizia del 17 gennaio 1984, VBVB e VBBB (cause 43/82 e 63/82, Raccolta 1984, pag. 19) e dell'11 luglio 1985, Remia (causa 42/84, Raccolta 1985, pag. 2545), punto 45 della motivazione.

Sezione III

Articolo 3 del regolamento n. 17

(132) Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1 del regolamento n. 17, se constata un'infrazione alle disposizioni dell'articolo 85, la Commissione può obbligare mediante decisione le imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata.

La decisione che obbliga gli interessati a porre fine alla infrazioni non si applica alle regolamentazioni precedenti e analoghe agli UPR quali descritte nei considerando da 55 a 59, dato che tali regolamenti sono venuti a scadenza il 1° aprile 1987 e da quella data sono stati sostituiti dagli UPR.

(133) In virtù dell'articolo 3, la Commissione può anche adottare una decisione ancorché il comportamento in questione sia già cessato. Ciò è possibile non soltanto per infliggere un'ammenda in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2 del regolamento n. 17, ma anche perché il provvedimento risulta necessario, nell'interesse pubblico, per prevenire infrazioni identiche o analoghe, anche su mercati diversi da quelli qui considerati [2].

(134) Di conseguenza, nella decisione è opportuno inserire l'obbligo formale per le associazioni di imprese che esercitano le loro attività nei settori della costruzione nei Paesi Bassi elencate al considerando 6, di cessare le infrazioni e di astenersi in futuro da qualsiasi pratica collusiva avente un oggetto o un effetto simile.

Sezione IV

Articolo 15, paragrafo 2 del regolamento n. 17

(135) In conformità dell'articolo 15, paragrafo 2, lettera a) del regolamento n. 17, la Commissione può emanare decisioni che infliggono ammende, varianti da un minimo di 1 000 ad un massimo di 1 milione di ecu con facoltà di aumentare quest'ultimo importo fino al 10% del volume d'affari realizzato durante l'esercizio sociale precedente, alle imprese ed alle associazioni di imprese che intenzionalmente o per negligenza commettano un'infrazione alle disposizioni dell'articolo 85, paragrafo 1 del trattato. Per determinare l'ammontare dell'ammenda occorre tener conto, oltre che della gravità dell'infrazione, anche della sua durata.

(136) La Commissione ritiene che l'attuazione di un sistema di scambi di informazioni come quello in questione, di concertazione dei prezzi e di ripartizione dei mercati nell'ambito dell'organizzazione

[2] Sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 1983, GVL (causa 7/82, Raccolta 1983, pag. 483).

SPO, quale è stato predisposto dagli UPR e dal codice deontologico, nonché dalle regolamentazioni precedenti e analoghe agli UPR costituisce un'azione deliberata per eludere uno dei principali obiettivi del trattato, la creazione di un mercato unico fondato sul libero gioco della concorrenza per il fatto in particolare che vi partecipano imprese appartenenti ad altri Stati membri e che il sistema si applica alle gare bandite da richiedenti insediati in altri Stati membri o per loro conto. In tali condizioni la Commissione ritiene che le imprese ed associazioni di imprese in causa hanno commesso intenzionalmente o almeno per negligenza grave le infrazioni descritte.

(137) Per quanto riguarda lo statuto di SPO, secondo la Commissione la costituzione e il funzionamento di una associazione di associazioni di imprese di costruzione avente l'obiettivo di regolamentare la concertazione dei prezzi e delle offerte sul mercato costituisce un'infrazione all'articolo 85, paragrafo 1.

(138) Tali infrazioni sono state commesse nel corso di un periodo di tempo che risale almeno al 1° ottobre 1980 per l'associazione SPO; per le 29 associazioni che nel quadro dell'organizzazione SPO hanno preso decisioni dette di disciplina dei prezzi il periodo è compreso tra il 1973 e il 1979; queste decisioni sono state modificate e unificate in seguito negli UPR adottati il 9 ottobre 1986 dall'associazione SPO. In tale contesto la Commissione prende in considerazione il fatto che da un lato il sanzionamento uniformato dei comportamenti non conformi alle regolamentazioni private si applica dal 1° ottobre 1980 in forza della decisione dell'associazione SPO che ha reso vincolante per le imprese aderenti il codice deontologico e che, d'altro lato, le infrazioni rappresentate dalle decisioni notificate sono sostanzialmente la continuazione delle infrazioni rappresentate dalle analoghe regolamentazioni precedenti.

(139) Tali infrazioni non sono ancora cessate e si sono dunque protratte su un arco di tempo estremamente lungo. Tuttavia, per il periodo che decorre dalla data della notifica delle regolamentazioni in oggetto (13 gennaio 1988) alle imprese e alle associazioni di imprese interessate si applicano le disposizioni dell'articolo 15, paragrafo 5, lettera a) del regolamento n. 17.

(140) La Commissione ritiene che SPO abbia commesso tali infrazioni intenzionalmente o quantomeno per negligenza. In effetti le concertazioni sui prezzi e l'assegnazione dei contratti fanno parte delle infrazioni più gravi, perseguite, vietate e punite dalla Commissione secondo una prassi consolidata e ben nota alle imprese e costantemente confermata dalla Corte di giustizia.

Il fatto che tali infrazioni siano state commesse nel quadro di organizzazioni ed associazioni di categoria che raggruppano la maggior parte delle imprese olandesi le quali esercitano la loro attività nel settore dei lavori di costruzione appaltati nei Paesi Bassi, in particolare le più importanti di tali imprese, non può che convalidare la convinzione della Commissione secondo la quale i loro autori non potevano ignorare che i comportamenti incriminati avevano ed hanno l'oggetto di restringere la concorrenza.

Inoltre secondo la costante prassi decisionale della Commissione e la giurisprudenza della Corte di giustizia [1], un'intesa che si estende all'insieme del territorio di uno Stato membro può avere per la sua natura intrinseca l'effetto di consolidare la compartimentazione nazionale ostacolando così l'interpenetrazione economica perseguita dal trattato e garantendo una protezione alla produzione nazionale.

Di conseguenza è irrilevante accertare se gli autori delle infrazioni sopra descritte fossero o meno consapevoli del fatto che queste ultime incidevano o potevano incidere sugli scambi tra Stati membri.

(141) Fissando l'ordine generale delle ammende da infliggere la Commissione ha anche tenuto conto delle seguenti considerazioni:

— la concertazione istituzionalizzata riguardava e riguarda la quasi totalità dei contratti nei settori elencati al considerando 6 appaltati nei Paesi Bassi;

— SPO ha notificato gli UPR e il codice deontologico solo dopo avvio del procedimento da parte della Commissione.

La Commissione accetta tuttavia di tener conto, nello stabilire l'importo delle ammende, delle circostanze seguenti:

— la concertazione non ha avuto carattere clandestino, vista la pubblicità data alle regolamentazioni professionali di cui trattasi;

— SPO, sia di per se stessa che in quanto rappresentante delle sue associazioni aderenti ha cercato fin dall'inizio dell'indagine di fornire attivamente e volontariamente tutte le informazioni necessarie ed utili che hanno consentito di accertare gli addebiti nei suoi confronti e nei confronti delle associazioni aderenti;

— si può ritenere che l'intervento delle autorità dei Paesi Bassi con il regio decreto del 29 dicembre 1986 abbia ingenerato presso le imprese di costruzione e le loro associazioni una certa

[1] Decisione 72/22/CEE della Commissione (Vereniging van Cementhandelaren) (GU n. L 13 del 17. 1. 1972, pag. 34) e sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 1972, Vereniging van Cementhandelaren (causa 8/72, Raccolta 1972, pag. 977, in particolare pag. 992). Sentenza della Corte di giustizia del 26 novembre 1975, Groupement des papiers peints de Belgique (causa 73/74, Raccolta 1975, pag. 1491).

ambiguità in merito alla compatibilità della loro concertazione con le regole comunitarie di concorrenza;

— si tratta infine del primo caso in cui la Commissione si trova ad applicare l'articolo 85, paragrafo 1 al mercato della costruzione.

Per determinare l'importo dell'ammenda da infliggere a ciascuna delle diverse associazioni, la Commissione ha tenuto conto del valore complessivo dei contratti oggetto delle gare e della concertazione in seno a ciascuna associazione durante il periodo in oggetto. Per quanto riguarda l'associazione NAC la Commissione ritiene di non poterle infliggere l'ammenda, vista la funzione meramente amministrativa svolta a favore delle imprese associate, mentre la concertazione sopra menzionata delle imprese medesime si manifestava e si manifesta in seno ad altre associazioni aderenti a SPO,

HA ADOTTATO LA PRESENTE DECISIONE:

Articolo 1

1. Lo statuto della Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid, del 10 dicembre 1963, con le successive modificazioni, costituisce un'infrazione dell'articolo 85, paragrafo 1 del trattato.

2. Costituiscono parimenti infrazione dell'articolo 85, paragrafo 1 del trattato gli Uniforme Prijsregelende Reglementen per l'aggiudicazione con procedura ristretta e con procedura aperta rispettivamente, compresi i regolamenti e gli allegati adottati, da Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid il 9 ottobre 1986, vigenti dal 1° aprile 1987 e modificati il 23 giugno 1988, nonché l'Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf, escluso l'articolo 10, nella versione resa vincolante, con decisione del 3 giugno 1980 di detta associazione, per le imprese iscritte alle organizzazioni ad essa aderenti.

3. Costituiscono parimenti infrazione dell'articolo 85, paragrafo 1 del trattato i regolamenti precedenti e analoghi agli Uniforme Prijsregelende Reglementen di cui al paragrafo 2, come adottati, sotto il controllo di Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid, da ciascuna delle organizzazioni ad essa aderenti, tra il 1973 e 1979, e applicati almeno dal 1° ottobre 1980 fino alla data della loro sostituzione effettiva con i citati Uniforme Prijsregelende Reglementen.

Articolo 2

La domanda di esenzione in forza dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato a favore delle decisioni di cui all'articolo 1, paragrafo 2 è respinta.

Articolo 3

1. Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid e le organizzazioni ad essa aderenti sono tenute a cessare immediatamente le infrazioni di cui all'articolo 1, paragrafi 1 e 2. È fatto loro divieto di adottare qualsiasi provvedimento avente il medesimo scopo o il medesimo effetto di quelli di cui all'articolo 1.

2. Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid e le organizzazioni ad essa aderenti sono tenute a informare per iscritto le imprese membri delle organizzazioni aderenti, nonché le altre imprese che partecipano all'applicazione e all'esecuzione delle regolamentazioni di cui all'articolo 1, paragrafi 1 e 2, che è stata adottata la presente decisione e che sono cessate le infrazioni di cui all'articolo 1, paragrafi 1 e 2, precisando le conseguenze pratiche che ne deriveranno, ad esempio la libertà di ciascuna di queste imprese di sottrarsi in qualsiasi momento alle regolamentazioni predette.

3. Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid e le organizzazioni ad essa aderenti sono tenute entro due mesi dalla ricezione della presente decisione a comunicare alla Commissione l'informazione trasmessa alla imprese in conformità del paragrafo 2.

Articolo 4

Per le infrazioni di cui all'articolo 1, sono inflitte le seguenti ammende alle associazioni elencate nella presente decisione:

1) Amsterdamse Aannemers Vereniging:
un'ammenda di 1 451 250 ecu;

2) Algemene Aannemersvereniging voor Waterbouwkundige Werken:
un'ammenda di 436 500 ecu;

3) Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers:
un'ammenda di 436 500 ecu;

4) Aannemersvereniging Velsen, Beverwijk en Omstreken:
un'ammenda di 202 500 ecu;

5) Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek:
un'ammenda di 337 500 ecu;

6) Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders:
un'ammenda di 445 500 ecu;

7) Combinatie van Aannemers in het Noorden:
un'ammenda di 198 000 ecu;

8) Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken:
un'ammenda di 180 000 ecu;

9) Delftse Aannemers Vereniging:
un'ammenda di 162 000 ecu;

10) Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken:
un'ammenda di 184 500 ecu;

11) Aannemersvereniging «Gouda en Omstreken»:
un'ammenda di 249 750 ecu;

12) Gelderse Aannemers Vereniging inzake Aanbestedingen:
un'ammenda di 996 750 ecu;

13) Goolse Aannemers Vereniging:
un'ammenda di 270 000 ecu;

14) 's-Gravenhaagse Aannemersvereniging:
un'ammenda di 1 188 000 ecu;

15) Leidse Aannemersvereniging:
un'ammenda di 317 250 ecu;

16) Vereniging Markeer Aannemers Combinatie:
un'ammenda di 38 250 ecu;

17) Nederlandse Aannemers- en Patroonsbond voor de Bouwbedrijven (NAPB Dordrecht):
un'ammenda di 324 000 ecu;

18) Noordhollandse Aannemers Vereniging voor Waterbouwkundige Werken:
un'ammenda di 238 500 ecu;

19) Oostnederlandse-Vereniging-Aanbestedings-Regeling:
un'ammenda di 1 116 000 ecu;

20) Provinciale Vereniging van Bouwbedrijven in Groningen en Drenthe:
un'ammenda di 474 750 ecu;

21) Rotterdamse Aannemersvereniging:
un'ammenda di 2 103 750 ecu;

22) Aannemersvereniging «de Rijnstreek»:
un'ammenda di 96 750 ecu;

23) Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Friesland:
un'ammenda di 384 750 ecu;

24) Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en Omstreken:
un'ammenda di 200 250 ecu;

25) Samenwerkende Patroons Verenigingen in de Bouwbedrijven Noord-Holland-Noord:
un'ammenda di 670 500 ecu;

26) Utrechtse Aannemers Vereniging:
un'ammenda di 1 055 250 ecu;

27) Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland:
un'ammenda di 4 792 500 ecu;

28) Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging:
un'ammenda di 3 948 750 ecu.

Articolo 5

Il pagamento delle ammende di cui all'articolo 4 è eseguito entro tre mesi dalla notificazione della presente decisione mediante versamento al seguente conto bancario:

Conto n. 310-0933000-43
Banque Bruxelles-Lambert
Agence européenne
Rond Point Schuman, 5
B-1040 Bruxelles

A partire dalla scadenza del termine di cui al primo comma l'ammenda produce di diritto interessi al tasso applicato dal Fondo europeo di cooperazione monetaria alle sue operazioni in ecu il primo giorno feriale del mese nel quale è adottata la presente decisione e maggiorato di 3 punti e mezzo, cioè il 13,75 %.

Articolo 6

Sono destinatarie della presente decisione:

Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid,
Koningin Wilhelminalaan 15,
NL-3818 HN Amersfoort;

Amsterdamse Aannemers Vereniging,
Muzenplein 9,
NL-1077 WC Amsterdam-Zuid;

Algemene Aannemersvereniging voor Waterbouwkundige Werken,
Europalaan 101,
NL-3526 KR Utrecht;

Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers,
Middelwijkstraat 23 – 25,
NL-3764 CD Soest;

Aannemersvereniging Velsen, Beverwijk en Omstreken,
Velserdijk 32,
NL-1981 AA Velsen Zuid;

Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek,
Van Merlenlaan 1,
NL-2103 GA Heemstede;

Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders,
Zwolseweg 290,
NL-7315 GZ Apeldoorn;

Combinatie van Aannemers in het Noorden,
Prins Hendrikstraat 6,
NL-8911 BK Leeuwarden;

Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken,
Prins Hendrikstraat 6,
NL-8911 BK Leeuwarden;

Delftse Aannemers Vereniging,
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken,
Europalaan 101,
NL-3526 KR Utrecht;

Aannemersvereniging «Gouda en Omstreken»,
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Gelderse Aannemers Vereniging inzake Aanbestedingen,
Roëllstraat 1,
NL-6814 JC Arnhem;

Gooise Aannemers Vereniging,
De Ruyterstraat 31,
NL-1271 SR Huizen;

's-Gravenhaagse Aannemersvereniging,
Van Stolkweg 11,
NL-2585 JL 's-Gravenhage;

Leidse Aannemersvereniging,
Rijnsburgerweg 159,
NL-2334 BP Leiden;

Vereniging Markeer Aannemers Combinatie,
Utrechtseweg 44,
NL-3704 HD Zeist;

Nederlandse Aannemers- en Patroonsbond voor de Bouwbedrijven (NAPB Dordrecht),
Singel 91,
NL-3311 PB Dordrecht;

Noordhollandse Aannemers Vereniging voor Waterbouwkundige Werken,
Von Liebigweg 39,
NL-1097 RL Amsterdam;

Oostnederlandse-Vereniging-Aanbestedings-Regeling,
Almelosestraat 22,
NL-7495 TH Ambt-Delden;

Provinciale Vereniging van Bouwbedrijven in Groningen en Drenthe,
Heresingel 19,
NL-9711 ER Groningen;

Rotterdamse Aannemersvereniging,
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Aannemersvereniging «de Rijnstreek»,
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Friesland,
Prins Hendrikstraat 6,
NL-8911 BK Leeuwarden;

Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en Omstreken,
Groesbeekseweg 14,
NL-6524 DB Nijmegen;

Samenwerkende Patroons Verenigingen in de Bouwbedrijven Noord-Holland-Noord,
Justus van Effenstraat 7-9,
NL-1813 KW Alkmaar;

Utrechtse Aannemers Vereniging,
Ramstraat 20,
NL-3581 HJ Utrecht;

Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland,
Utrechtseweg 44,
NL-3704 HD Zeist;

Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging,
Jan Deckersstraat 45,
NL-5591 HP Heeze;

Vereniging Nederlandse Aannemers Combinatie,
P/a TRN-groep,
Zoeterwoudsesingel 62,
NL-2313 EL Leiden.

La presente decisione costituisce titolo esecutivo in forza dell'articolo 192 del trattato.

Fatto a Bruxelles, il 5 febbraio 1992.

Per la Commissione
Leon BRITTAN
Vicepresidente