

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate il 17 ottobre 2024 (1)

Causa C-452/23

Fastned Deutschland GmbH & Co. KG,
contro
Die Autobahn GmbH des Bundes,
con l'intervento di:
Autobahn Tank & Rast GmbH,
Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania)]

« Rinvio pregiudiziale — Appalti pubblici — Contratto di concessione — Direttiva 2014/23/UE — Modifica di una concessione durante il periodo della sua validità — Articolo 43 — Appalto pubblico affidato in house — Successiva perdita dei presupposti per un affidamento in house »

1. Dal 2014, l'Unione europea disponeva di uno strumento giuridico (2) volto ad attenuare l'impatto ambientale dei trasporti, mediante la riduzione della dipendenza dai combustibili fossili. In questo strumento era già previsto lo sviluppo di infrastrutture per la fornitura di combustibili alternativi (compresa l'energia elettrica) al trasporto stradale.
2. L'aumento dei veicoli elettrici a batteria e plug-in, lo sviluppo di combustibili alternativi e la preferibilità di questi ultimi rispetto ai combustibili fossili hanno determinato l'adozione di un nuovo quadro giuridico, stabilito nel regolamento (UE) 2023/1804 (3).
3. La controversia che dà origine al presente rinvio pregiudiziale verte sulla legittimità di una decisione adottata dalla società responsabile della gestione delle autostrade federali tedesche (Die Autobahn GmbH des Bundes; in prosieguo: la «Autobahn des Bundes») che, senza indire una procedura di gara, ha integrato alcuni contratti di concessione di aree di servizio autostradali affinché i rispettivi concessionari potessero installarvi punti di ricarica elettrici.
4. Questa decisione è stata contestata da due aziende operanti nell'installazione e nella gestione di infrastrutture di ricarica elettrica per veicoli. Secondo queste ultime, la realizzazione di nuovi punti di ricarica elettrica nelle aree di servizio delle autostrade tedesche gestite dagli attuali concessionari dovrebbe essere aperta, e non sottratta, alla concorrenza.

5. Nella presente controversia, la Corte di giustizia dovrà pronunciarsi sull'applicazione della direttiva 2014/23/UE (4) alle modifiche delle concessioni qualora tali concessioni non siano state, a loro volta, sottoposte a procedure di gara.

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione. Direttiva 2014/23

6. L'articolo 43 («Modifica di contratti durante il periodo di validità»), paragrafo 1, lettera c), dispone quanto segue:

«1. Le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione della concessione a norma della presente direttiva nei casi seguenti:

(...)

c) ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- i) la necessità di modifica è determinata da circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore diligente non ha potuto prevedere;
- ii) la modifica non altera la natura generale della concessione;
- iii) nel caso di concessioni aggiudicate dall'amministrazione aggiudicatrice allo scopo di svolgere un'attività diversa da quelle di cui all'allegato II, l'eventuale aumento di valore non è superiore al 50 % del valore della concessione iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare la presente direttiva».

B. Diritto nazionale

1. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (5)

7. Ai sensi dell'articolo 132 («Modifiche dell'appalto durante la vigenza del contratto»):

«(1) Eventuali modifiche sostanziali di un appalto pubblico durante la vigenza del contratto esigono l'espletamento di una nuova procedura di affidamento. Sono sostanziali quelle modifiche da cui derivi, come conseguenza, che l'appalto pubblico differisce notevolmente dall'appalto pubblico originariamente attribuito. (...)

(2) Salvo il disposto del paragrafo 1, la modifica di un appalto pubblico senza svolgimento di una nuova procedura di affidamento è ammissibile qualora:

(...)

3. la modifica sia divenuta necessaria a causa di circostanze che l'amministrazione aggiudicatrice non poteva prevedere nell'ambito del suo obbligo di diligenza, e la natura generale dell'appalto non cambi per effetto della modifica (...)

Nei casi previsti dalla prima frase, punti 2 e 3, del presente paragrafo, il prezzo non può essere aumentato in misura superiore al 50 per cento del valore dell'appalto originario (...).

8. L'articolo 135 («Inefficacia») afferma che:

«(1) Un appalto pubblico è sin dall'inizio inefficace qualora l'amministrazione aggiudicatrice:

(...)

2. abbia affidato l'appalto senza previa pubblicazione di un avviso nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, senza che ciò sia permesso per legge,

e tale violazione sia stata constatata in una procedura di riesame.

(2) L'inefficacia ai sensi del paragrafo 1 può essere constatata soltanto nel caso in cui essa sia stata fatta valere nel procedimento di riesame entro 30 giorni di calendario successivi alla comunicazione trasmessa dall'amministrazione aggiudicatrice agli offerenti e ai candidati interessati in merito alla conclusione del contratto, ma non oltre sei mesi dopo la conclusione di quest'ultimo. Nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice abbia reso noto l'affidamento dell'appalto nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, il termine per far valere l'inefficacia scade 30 giorni di calendario dopo la pubblicazione dell'avviso dell'affidamento dell'appalto nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

(...))».

9. Ai sensi dell'articolo 154 («Altre norme applicabili»):

«All'affidamento di concessioni (...) si applicano altresì in maniera corrispondente le seguenti norme:

(...)

3. articoli 131, paragrafi 2 e 3, e 132 (...),

4. articoli da 133 a 135

(...))».

2. *Schnellladegesetz 2021* (6)

10. Ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, prima frase, si deve offrire al titolare di una concessione per l'esercizio di un'azienda di servizi accessori con stazione di rifornimento carburanti la possibilità di acquisire in autonomia di esercizio le attività di creazione, manutenzione e gestione dei punti di ricarica rapida dei veicoli progettati in questo sito, se e in quanto ciò sia obbligatorio e non vi osti la Parte 4 del GWB (7).

II. Fatti, procedimento e questione pregiudiziale

11. La Autobahn des Bundes è una società di diritto privato, che è di inalienabile proprietà della Repubblica Federale di Germania. Il governo federale le ha affidato, con effetto a partire dal 1° gennaio 2021, la progettazione, la costruzione, la gestione, il mantenimento, il finanziamento e l'amministrazione in forma patrimoniale delle autostrade federali tedesche.

12. La rete autostradale federale comprende oltre 400 aree di servizio. In esse sono forniti servizi di assistenza agli utenti, con pompe di carburante, stazioni di sosta, toilette e ristoranti.

13. Dal 1951, il predecessore di diritto della Autobahn des Bundes ha affidato la gestione di queste aree di servizio alla società statale Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH, costituita lo stesso anno dalla Repubblica Federale di Germania.

14. Nel 1994, la Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen ha assunto la nuova denominazione Tank & Rast AG, rimanendone la Repubblica Federale di Germania azionista unico. Nello stesso anno, la Tank & Rast AG ha acquisito la società Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH.

15. Negli anni dal 1996 al 1998, il predecessore di diritto della Autobahn des Bundes, senza prima indire una gara, ha concluso con la società Tank & Rast AG circa 280 contratti di concessione di aree di servizio con una durata massima di 40 anni, che sono tuttora validi. All'epoca la Tank & Rast AG era ancora una società di proprietà dello Stato federale.

16. Tali contratti:

- hanno ad oggetto la gestione di infrastrutture di servizi accessori sulle autostrade federali, sulla base di un contratto tipo (8) che riconosce al concessionario il diritto di costruire e gestire, su una specifica area aziendale, un'infrastruttura per la fornitura di servizi accessori agli utenti. A fronte di ciò, detto concessionario è tenuto a pagare un canone commisurato al fatturato;
- contengono una formula aziendale che prevede un numero prestabilito di pompe di carburante e di spazi operativi, nonché una stazione di sosta e toilette pubbliche. L'infrastruttura di servizi accessori deve essere tenuta aperta 24 ore su 24.

17. Nel 1998, è stato avviato un processo di privatizzazione della Tank & Rast AG, al quale hanno partecipato circa 50 soggetti nazionali ed esteri interessati (9).

18. Il processo di privatizzazione è stato completato il 29 ottobre 1998 con l'acquisizione della Tank & Rast AG da parte di un consorzio formato dalla LSG Lufthansa Service Holding AG, dalla Allianz Capital Partners GmbH e da tre società di gestione di fondi di investimento (10).

19. Successivamente alla privatizzazione della Tank & Rast AG, alla Autobahn Tank & Rast e alla Ostdeutsche Autobahntankstellen (11) sono state aggiudicate, tra il 1999 e il 2019, circa 80 ulteriori concessioni di aree di servizio, 19 delle quali, secondo queste società, mediante gara d'appalto.

20. Il 28 aprile 2022, la Autobahn des Bundes ha stipulato con la Autobahn Tank & Rast e la Ostdeutsche Autobahntankstellen un accordo integrativo dei contratti di concessione già esistenti, includendovi l'acquisizione in autonomia di esercizio delle attività di creazione, manutenzione e gestione di infrastrutture operative di ricarica elettrica ad alta potenza nelle aree di servizio interessate. La nuova clausola imponeva l'obbligo di messa a disposizione di un determinato numero di punti di ricarica per ciascun sito (12).

21. La Autobahn des Bundes ha pubblicato l'accordo di modifica dei contratti nel *supplemento alla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 6 maggio 2022 (13).

22. In tale avviso, la Autobahn des Bundes ha spiegato che la nuova clausola integrativa dei contratti di concessione non era soggetta a una procedura di gara e pertanto per l'integrazione si è proceduto ad un'aggiudicazione diretta. Non vi è stata una modifica sostanziale dei contratti di concessione esistenti ai sensi dell'articolo 132, paragrafo 1, del GWB e, anche se tale modifica fosse stata sostanziale, sarebbe contemplata dal paragrafo 2 dello stesso articolo. La messa a disposizione di infrastrutture di ricarica ad alta potenza sarebbe diventata necessaria quale prestazione di servizi integrativa nell'ambito dei contratti di concessione e non era prevedibile al momento della conclusione di tali contratti.

23. La Fastned Deutschland GmbH & Co KG (in prosieguo: la «Fastned») e la Tesla Germany GmbH (in prosieguo: la «Tesla») sono società che installano e gestiscono infrastrutture di ricarica per veicoli elettrici.

24. Con lettera del 20 maggio 2022, la Fastned e la Tesla hanno chiesto alla Vergabekammer des Bundes (Sezione amministrativa federale di controllo sugli affidamenti di appalti e concessioni, Germania) l'avvio di una procedura di riesame contro la modifica dei contratti di concessione.

25. A sostegno del loro ricorso, la Fastned e la Tesla hanno sostenuto che, ai sensi dell'articolo 135, paragrafo 1, punto 2, del GWB, l'accordo integrativo era inefficace, in quanto gli appalti originari erano stati assegnati senza previa pubblicazione di un avviso di gara a livello dell'Unione europea. La modifica non poteva trovare valido fondamento nell'articolo 132 del GWB, che sarebbe inapplicabile, poiché le concessioni esistenti non sono state assegnate nell'ambito di una gara d'appalto.

26. Il 15 giugno 2022, la Sezione amministrativa federale di controllo sugli affidamenti di appalti e concessioni ha respinto l'istanza di riesame (14).

27. Contro tale decisione di rigetto la Fastned e la Tesla (15) hanno proposto ricorso dinanzi all'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania), al quale si oppongono la Autobahn des Bundes, la Autobahn Tank & Rast e la Ostdeutsche Autobahntankstellen.

28. Secondo il giudice del rinvio (16), le tesi sostenute dinanzi ad esso sono le seguenti:

- La Fasnet e la Tesla escludono l'applicazione dell'articolo 132, paragrafi 1 e 2, del GWB, che non è applicabile a una modifica di appalti pubblici che in origine siano stati assegnati *in house*, vale a dire, senza gara d'appalto, come risulta dalla sentenza della Corte di giustizia Comune di Lerici (17). Ciò varrebbe, *a fortiori*, nel caso in cui la concessione sia stata a suo tempo assegnata in violazione della normativa sugli appalti pubblici: sarebbe inammissibile procedere con un affidamento *in house* nel momento in cui sia noto il fatto che interverrà una successiva privatizzazione.
- La Autobahn des Bundes, la Autobahn Tank & Rast e la Ostdeutsche Autobahntankstellen sostengono che le modifiche non sostanziali di appalti pubblici sarebbero sempre consentite. In ogni caso, l'articolo 72 della direttiva 2014/24 e l'articolo 132 del GWB contemplerebbero soltanto modifiche sostanziali, essendo norme che si applicano a prescindere dalle circostanze dell'affidamento originario. La sentenza Comune di Lerici riguarderebbe unicamente la questione se, in conseguenza del venir meno dei presupposti dell'affidamento *in house*, si debba procedere nuovamente all'indizione di una pubblica gara, per il fatto che ciò integra una modifica sostanziale e non rientrante in alcuna fattispecie di deroga.

29. È in tale contesto che l'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf) sottopone alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'articolo 72, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/24/UE debba essere interpretato nel senso che nel suo ambito di applicazione rientrano anche quegli appalti pubblici che in precedenza erano stati assegnati ad un organismo *in house* al di fuori della sfera di applicazione della direttiva 2014/24/UE, allorquando però al momento della modifica del contratto non sussistono più i presupposti per l'affidamento *in house*».

III. Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

30. La domanda di pronuncia pregiudiziale è pervenuta presso la cancelleria della Corte il 19 luglio 2023.

31. Hanno presentato osservazioni scritte la Fastned, la Tesla, la Autobahn des Bundes, la Autobahn Tank & Rast, nonché la Ostdeutsche Autobahntankstellen, il governo tedesco e la Commissione europea. Ad eccezione della Tesla (18), hanno partecipato tutte all'udienza svoltasi il 9 luglio 2024.

IV. Analisi

A. Direttiva applicabile

32. Concordo con tutte le parti e gli intervenienti nel procedimento che, essendo la controversia limitata alla modifica dei contratti di concessione, prevale l'applicazione dell'articolo 43 della direttiva 2014/23 rispetto all'articolo 72 («Modifica di contratti durante il periodo di validità») della direttiva 2014/24, su cui verte la questione del giudice del rinvio (19).

33. In ogni caso, tenuto conto del tenore letterale simile di queste due disposizioni, le considerazioni relative a una di esse sarebbero trasponibili all'altra.

B. Oggetto della questione pregiudiziale

34. Al fine di chiarire e focalizzare la trattazione, ritengo opportuno riflettere sul contenuto della questione pregiudiziale, esaminando sia gli elementi che include sia quelli che non include.

35. Il giudice del rinvio si concentra solo sull'interpretazione dell'articolo 72, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/24, al fine di determinare se esso riguardi i contratti che non erano soggetti a tale direttiva al momento della loro conclusione, ma che sono stati modificati dopo la sua entrata in vigore.

La corrispondente disposizione della direttiva 2014/23 è, come ho appena indicato, il suo articolo 43, paragrafo 1, lettera c).

36. Le premesse su cui si basa il giudice del rinvio sono le seguenti:

- si tratta di concessioni che, all'epoca, sono state assegnate ad un organismo *in house*, vale a dire ad un organismo dell'amministrazione aggiudicatrice stessa, soggetto al suo controllo, al di fuori dell'ambito di applicazione della parte 4 del GWB;
- al momento della modifica delle concessioni non sussistevano i presupposti per l'affidamento *in house*, in quanto il capitale del concessionario era detenuto al 100 % da investitori privati.

37. Il giudice del rinvio, tuttavia, *non* nutre alcun dubbio sulla *natura* delle modifiche apportate nel 2022 ai contratti di concessione ai sensi dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23.

38. Secondo detto giudice, tali modifiche sono, in linea di principio, *sostanziali* ai sensi dell'articolo 132, paragrafo 1, del GWB (20), ma soddisfano allo stesso tempo i requisiti del paragrafo 2, punto 3, di tale articolo, che corrispondono a quelli di cui all'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23, in quanto:

- alla data di rilascio delle concessioni, tra il 1996 e il 1998, non era possibile prevedere la necessità di infrastrutture di ricarica elettrica ad alta potenza nelle aree di servizio delle autostrade federali, né che sarebbe stato adottato un quadro giuridico che imponesse la realizzazione di tali infrastrutture;
- la modifica non altera la natura generale delle concessioni per la gestione di infrastrutture di servizi nelle aree di servizio delle autostrade.
- Il valore della concessione iniziale non viene aumentato di oltre il 50 %.

39. Ciò che interessa al giudice del rinvio non è, quindi, se le modifiche, anche se sostanziali, siano ammissibili riguardo al loro *contenuto* [vale a dire se soddisfino i requisiti di cui all'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23] (21), bensì se lo siano con riferimento all'*origine* dei contratti di concessione che vengono modificati.

40. Sebbene alcune delle parti e degli intervenienti abbiano espresso riserve sulla qualificazione del giudice del rinvio in merito alla natura delle modifiche contrattuali e, in particolare, all'inclusione di queste ultime nell'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23, ritengo che la Corte di giustizia debba attenersi ai termini rigorosi della questione pregiudiziale. Nelle loro osservazioni scritte, la Fastned e la Tesla ammettono espressamente che tale questione non riguarda la natura della modifica concordata (22).

41. Essendo quindi la questione circoscritta all'impatto che l'aggiudicazione iniziale della concessione potrebbe avere sulla sua successiva modifica, ritengo necessario distinguere due aspetti, che affronterò separatamente:

- Il primo (sezione C) si concentra sulle *modalità* di aggiudicazione della concessione originaria. Si tratta di stabilire se l'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23 riguardi, in linea di principio, solo le modifiche delle concessioni aggiudicate mediante gara d'appalto, il che escluderebbe quelle aggiudicate *in house*. Laddove queste ultime siano escluse, sarebbe comunque necessario esaminare gli effetti derivanti dall'assenza dei presupposti per l'affidamento *in house* al momento della modifica del contratto.
- Il secondo (sezione D) si concentra sulla rilevanza che l'eventuale *illegittimità* della concessione originaria potrebbe avere sul regime della sua successiva modifica. Occorre precisare se l'applicazione dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23 dipenda dalla condizione, non esplicita, che l'aggiudicazione iniziale della concessione (e di altri atti relativi alla concessione stessa, prima della sua modifica) (23) fosse stata lecita.

C. Applicazione dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23 alle modifiche di concessioni originariamente aggiudicate a organismi in house

42. A mio avviso, l'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23 non si applica alle modifiche delle concessioni aggiudicate *in house* fintanto che esse rimangono in vigore in quanto tali, vale a dire fintanto che continuano a mantenere la natura che ha giustificato la loro esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva citata.

1. Esclusione, in generale, degli affidamenti in house dall'ambito di applicazione della direttiva 2014/23

43. La direttiva 2014/23 definisce al titolo I il suo oggetto e il suo ambito di applicazione. Inserito nella sezione II («Esclusioni») del capo I di tale titolo, l'articolo 17 (24) stabilisce che le concessioni aggiudicate alle condizioni da esso stabilite non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva (25).

44. Il quarantacinquesimo considerando della direttiva 2014/23 afferma che, mediante essa, viene precisato «in quali casi i contratti conclusi nell'ambito del settore pubblico non sono soggetti all'applicazione delle norme stabilite nella presente direttiva». Orbene, né questo considerando, né l'articolo 17 operano una distinzione a seconda che le norme *la cui applicazione è esclusa* disciplinino l'aggiudicazione, l'esecuzione, la modifica o la risoluzione dei contratti di concessione (26).

45. L'articolo 17 della direttiva 2014/23 autorizza gli Stati membri a escludere dall'ambito di applicazione di detta direttiva un'«operazione interna» tra enti del settore pubblico (27). Rispetta in tal modo la libertà di questi Stati di esercitare le funzioni di loro competenza con risorse proprie, senza ricorrere al mercato (28).

46. Non sarebbe comprensibile che tale libertà si limiti alla sola aggiudicazione iniziale di una concessione effettuata dall'amministrazione aggiudicatrice a favore della persona giuridica da essa controllata. Quando si presenta la necessità di modificare in modo sostanziale la concessione affidata alle risorse proprie dell'amministrazione aggiudicatrice e che rimane a loro favore, sussistono, in linea di principio, le stesse ragioni che hanno giustificato l'aggiudicazione iniziale *in house*.

47. Orbene, quando esercita l'opzione *in house*, sia per l'aggiudicazione iniziale della concessione, sia per le sue successive modifiche sostanziali, l'amministrazione aggiudicatrice sarà, logicamente, soggetta alle condizioni (29) e ai limiti (30) che si applicano a questo tipo di affidamenti. In particolare, se intende apportare una modifica sostanziale sotto forma di cambio di concessionario, dovrà soddisfare i requisiti per il ricorso a risorse proprie (o a una cooperazione orizzontale). In caso contrario, sarà necessario indire una gara d'appalto.

48. Infatti, se la modifica sostanziale riguarda elementi soggettivi che, dopo aver reso possibile l'aggiudicazione *in house*, non sussistono più per un affidamento di questo tipo, la concessione passerebbe al regime normativo comune. Un cambiamento di tali caratteristiche (la sostituzione dell'aggiudicatario iniziale con un altro che non è sotto il controllo dell'amministrazione aggiudicatrice) obbliga ad indire una gara d'appalto in conformità alla direttiva 2014/23, in quanto la situazione non sarebbe più esclusa dal suo ambito di applicazione (31).

49. Pur ammettendo la specificità delle circostanze sottese a tale sentenza, ritengo che la sentenza Comune di Lerici confermi quanto sostengo quando dichiara che la modifica di un appalto inizialmente aggiudicato (senza gara) a un ente *in house* «non può rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 72 della direttiva 2014/24» (32) e, successivamente, inquadra l'analisi di tale modifica nell'articolo 12 della stessa direttiva (analogo all'articolo 17 della direttiva 2014/23) (33).

50. In questa seconda fase, la Corte di giustizia:

- in primo luogo, esamina se, a seguito delle modifiche subite dalla società affidataria *in house* di un appalto di servizi, le condizioni di cui all'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 fossero ancora soddisfatte;

- afferma che, poiché ciò non sembra essere il caso, la suddetta società potrebbe continuare ad eseguire il contratto solo se lo stesso le venisse affidato a seguito di una procedura conforme alla direttiva 2014/24.

2. *Esclusione, in particolare, delle modifiche alle concessioni quando queste ultime, a loro volta, non rientrano sin dalla loro origine nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/23: articolo 43, paragrafo 1, lettera c)*

51. L'esame dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23, che riguarda specificamente il regime giuridico delle modifiche alle concessioni durante il loro periodo di validità, non modifica la conclusione che ho esposto.

52. Da un punto di vista letterale, la disposizione non fornisce alcuna indicazione riguardo alle concessioni alle quali essa si applica. Tale mancanza di indicazioni non è sufficiente a sostenere che l'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23 riguarda solo le concessioni escluse da tale direttiva. In altre parole, la disposizione non ha un proprio ambito di applicazione indipendente, distinto da quello generale indicato dalla direttiva.

53. L'interpretazione contestuale della disposizione conferma che essa è limitata alle modifiche apportate alle concessioni originariamente assegnate mediante una procedura di aggiudicazione aperta alla concorrenza. Ciò è quanto emerge da altri paragrafi dell'articolo 43, in particolare:

- dal suo paragrafo 1, lettera d), ii), che fa riferimento alla sostituzione del concessionario iniziale con un «operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente»;
- dal suo paragrafo 2 sulla regola *de minimis*: una modifica il cui valore non supera determinate soglie non richiede «una nuova procedura di aggiudicazione di una concessione»;
- dal suo paragrafo 4, lettera a), che qualifica come «modifica sostanziale» una modifica che introduce nel contratto «condizioni che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione».

54. Come ho già rilevato, dalla sentenza Comune di Lerici discende che l'articolo 72 della direttiva 2014/24 non si applica *nel suo complesso* agli appalti aggiudicati inizialmente a risorse proprie. Ciò si evince dai paragrafi 1, lettera d), ii), e 4, di tale articolo, che sono identici ai corrispondenti paragrafi dell'articolo 43 della direttiva 2014/23.

3. *Conclusione intermedia*

55. Da quanto sopra esposto derivano due conseguenze rilevanti per la presente controversia, in merito all'interpretazione dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23:

- tale disposizione non si applica, in linea di principio, alle modifiche sostanziali delle concessioni aggiudicate *in house*, fintanto che esse rimangono in vigore in quanto tali, vale a dire nella misura in cui tali concessioni continuano a mantenere la natura che ha giustificato la loro esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva;
- la perdita sopravvenuta delle condizioni di una tale aggiudicazione, a seguito di una modifica sostanziale delle clausole la quale comporta la sostituzione dell'aggiudicatario originario con un altro non soggetto al controllo dell'amministrazione aggiudicatrice, fa rientrare la concessione nell'ambito della direttiva 2014/23, della quale diventa applicabile l'articolo 43.

D. *Legittimità dell'aggiudicazione iniziale (e degli atti successivi precedenti la modifica) come condizione di applicazione dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23*

56. La Fastned e, con alcune sfumature, la Commissione (34), sostengono che l'applicazione dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23 è subordinata al presupposto, non esplicito, che l'aggiudicazione iniziale (35) della concessione fosse conforme alla normativa in materia di appalti pubblici in vigore al momento in cui è stata effettuata.

57. Il fulcro della loro argomentazione è costituito dalla difesa dei principi che regolano gli appalti pubblici. A loro avviso, quando un'aggiudicazione è illegittima *ab origine*, autorizzare una successiva modifica (sostanziale) della concessione, senza una procedura di gara, equivale a perpetuare la violazione iniziale di tali principi.

58. Esse sostengono, tuttavia, e lo hanno ribadito in udienza, che l'accertamento di una violazione iniziale della normativa sugli appalti pubblici non inciderebbe sulla validità delle concessioni in vigore (36), ma solo sulla loro successiva modifica, che richiederebbe l'avvio di una procedura di aggiudicazione (37).

59. Non ritengo che tale interpretazione (in prosieguo: la «tesi Fastned-Commissione») sia sostanzialmente corretta.

60. Innanzitutto, la tesi Fastned-Commissione trova difficilmente supporto nella direttiva 2014/23. Da un punto di vista *letterale*, l'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della stessa non indica il requisito della regolarità dell'aggiudicazione iniziale o di qualsiasi altro atto precedente alla modifica del contratto. L'ammissibilità di una modifica sostanziale senza gara d'appalto viene valutata, conformemente alla disposizione, in considerazione di:

- circostanze decisive per giudicare se un'amministrazione aggiudicatrice diligente «non ha potuto prevedere», nella fase iniziale, gli eventi che in seguito hanno portato alla necessità di riadeguare le clausole della concessione;
- elementi della concessione iniziale che devono in ogni caso essere mantenuti: la sua «natura generale» e un determinato valore.

61. La tesi Fastned-Commissione non è supportata nemmeno dagli *antecedenti legislativi* (38). Al contrario, rispetto alla normativa precedente, quella attuale ha una portata più ampia per quanto riguarda le modifiche contrattuali da essa previste. Le condizioni per la loro attuazione sono più flessibili (39).

62. Da un punto di vista *contestuale*, il requisito della regolarità dell'aggiudicazione iniziale, quale condizione imprescindibile per una successiva modifica senza indizione di gara, non è presente in nessuno degli altri casi previsti dall'articolo 43 della direttiva 2014/23 (40).

63. La tesi Fastned-Commissione mal si concilia con una norma che ha come presupposto una concessione in corso e che, guardando al futuro, tende a consentire che la sua esecuzione sia prorogata. Non sembra coerente agevolare l'adeguamento di una concessione in modo che possa continuare ad essere eseguita e, allo stesso tempo, condizionare il beneficio della flessibilità a un evento del passato che, sebbene avesse potuto impedire all'epoca che il contratto producesse i suoi effetti, non lo ha impedito.

64. L'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23, parte da una concessione in vigore, la cui legittimità: i) o deriva dal fatto che la sua aggiudicazione è avvenuta in conformità alla legge; ii) o non è stata impugnata entro i termini previsti dal sistema di ricorsi; iii) o è stata impugnata, ma l'esito di tale ricorso non ha costretto alla risoluzione della concessione stessa.

65. A mio avviso, non ha senso collegare tale disposizione a una finalità sanzionatoria (41) quando, in realtà, si tratta di una norma abilitante: entro certi margini, consente di apportare modifiche alla concessione che altrimenti sarebbero possibili solo attraverso una procedura di gara.

66. Una lettura in chiave sanzionatoria della disposizione relativa alle modifiche delle concessioni (42) comporterebbe, oltre all'introduzione di un elemento estraneo nella direttiva 2014/23,

un'alterazione indiretta del sistema di ricorsi a cui la stessa direttiva fa riferimento e che affronterò in seguito.

67. Infine, dal punto di vista dei principi *sostanziali* che regolano il diritto degli appalti pubblici (43), potrebbe effettivamente entrare in gioco in questo tipo di situazioni il principio dell'apertura delle concessioni alla concorrenza, come sottolineato dal trentaduesimo considerando del regolamento n. 2023/1804 (inapplicabile *ratione temporis* alla presente controversia) (44).

68. Tuttavia, al fine di promuovere la concorrenza, non sarebbe indispensabile dichiarare la nullità della modifica sostanziale effettuata: tanto meno, se il giudice del rinvio stabilisce che sono soddisfatte le condizioni di applicazione dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23. Il risultato potrebbe essere conseguito in altri modi (45): ad esempio, attribuendo agli attuali concessionari la titolarità delle funzioni riconosciute loro dal Schnellladegesetz 2021, ma imponendo che a loro volta essi offrano agli operatori di ricarica (come la Fastned) la possibilità di aggiudicarsi, previa gara d'appalto, la fornitura di questo servizio accessorio nelle aree di servizio dei primi.(46)

69. La tesi Fastned-Commissione deve far fronte, inoltre, a due obiezioni che richiedono un'analisi più ampia: quella relativa alla certezza del diritto e quella che pone l'accento sull'applicazione delle direttive sui ricorsi.

1. *Certezza del diritto*

70. In mancanza di un'indicazione all'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23 che non lasci dubbi su una diversa intenzione del legislatore, ragioni di certezza del diritto impediscono, a mio avviso, di accogliere la tesi Fastned-Commissione.

71. Infatti, è difficilmente compatibile con la certezza del diritto mettere in discussione la legittimità di un'aggiudicazione iniziale sulla base di un evento futuro e incerto, come la necessità di modificare l'appalto a causa di circostanze successive che, al momento di tale aggiudicazione, non erano prevedibili per un'amministrazione aggiudicatrice diligente.

72. La certezza del diritto richiede in generale «che le norme giuridiche siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in particolare qualora esse possano comportare conseguenze sfavorevoli in capo ai singoli e alle imprese» (47). Per quanto riguarda i termini di decadenza del ricorso, «per adempiere alla loro funzione di garantire la certezza del diritto, essi devono essere stabiliti in anticipo» ed «essere sufficientemente prevedibili» (48). Non hanno tali caratteristiche, per definizione, i termini di un'azione per accertare l'irregolarità di un contratto che iniziano a decorrere in occasione di un evento futuro e incerto, indipendente dalla volontà dei contraenti.

73. L'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23 non si applica agli appalti aggiudicati prima del 18 aprile 2016 (49). Accogliere la tesi Fastned-Commissione equivarrebbe ad ammettere che si possa contestare (50) la regolarità di concessioni precedenti alla direttiva 2014/23, al cui fine sarebbe sufficiente che siano state modificate (sostanzialmente) dopo tale data (51).

74. La Corte di giustizia ha sottolineato che il diritto dell'Unione europea non obbliga uno Stato membro a intervenire, su domanda di un singolo, in rapporti giuridici esistenti duraturi o instaurati a tempo indeterminato, anche se sono stati creati in modo non conforme a una determinata direttiva, qualora siano stati posti in essere prima della scadenza del termine di trasposizione di tale direttiva (52).

75. Essa ha inoltre ricordato, con giurisprudenza costante, che il principio della certezza del diritto si oppone all'applicazione retroattiva di una nuova regola di diritto, vale a dire a una situazione già acquisita prima della sua entrata in vigore (53).

76. Sempre per motivi di certezza del diritto, la Corte di giustizia ha ritenuto non accettabile una normativa nazionale che consenta di avviare procedimenti al fine di controllare la legittimità di modifiche di contratti di appalto pubblico, quando il termine di decadenza previsto dalla normativa in base alla quale sono state apportate tali modifiche è già scaduto (54).

77. In termini di certezza del diritto per l'amministrazione aggiudicatrice e per l'aggiudicatario di una concessione in corso, le affermazioni della sentenza Hungeod (relative alla riapertura, da parte di una norma, dei termini di ricorso stabiliti da una legge precedente che già erano scaduti) sono trasponibili ai casi come quello di specie. In casi del genere, l'effetto *sostanziale* della riapertura dei termini scaduti si ricollega a circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice diligente non avrebbe potuto prevedere al momento dell'indizione della gara d'appalto (ma che richiedono in seguito l'adeguamento di tale contratto).

78. La Fastned cerca di confutare l'argomento della certezza del diritto (55) sostenendo che, nell'ambito di un ricorso diretto contro la modifica della concessione, la constatazione, in via incidentale, che l'aggiudicazione iniziale ha violato le norme in materia di appalti pubblici non avrebbe lo scopo di dichiarare inefficace la concessione né di imporre una sanzione (56). Aggiunge che detto ricorso non inciderebbe sugli obblighi contrattuali ancora da adempiere, ma solo sulla mera modifica del contratto (57).

79. Posso ammettere che, in linea di principio, le esigenze di mantenimento della certezza del diritto (inerente a situazioni giuridicamente già consolidate) abbiano meno peso se non si chiede direttamente la dichiarazione di inefficacia di una concessione, ma solo quella delle clausole che l'hanno modificata per adattarla alle nuove circostanze (58).

80. Ciò non implica tuttavia che, in questa seconda ipotesi (contestazione della legittimità della concessione originaria, in via incidentale), non sia in gioco la certezza del diritto. Quando la modifica è dovuta a circostanze non prevedibili inizialmente ed è indispensabile per mantenere la continuità della concessione senza alterare il suo equilibrio finanziario, non si può escludere che l'accoglimento della censura dedotta in via incidentale porti di fatto alla risoluzione del contratto.

81. In tale contesto, impugnare la modifica sulla base della pretesa illegittimità dell'aggiudicazione iniziale equivale a riaprire un dibattito su una situazione che, proprio per ragioni di certezza del diritto, beneficiava già di una tutela (*pace giuridica*) incontestabile. Si creerebbe una sorta di minaccia permanente all'esecuzione della concessione, anche se, a causa del decorso del tempo, l'inefficacia di questa stessa concessione non può più essere dichiarata in via principale.

82. La certezza del diritto non si esaurisce con la certezza di sapere da quando e fino a quando ci si può attendere un ricorso inteso a rendere inefficace la concessione. Essa comprende anche la certezza di non essere esposti *sine die* a censure fondate su argomenti relativi all'aggiudicazione iniziale che, se dedotte in tempo utile, avrebbero potuto portare a risultati negativi per i concedenti e i concessionari.

2. *Direttive sui ricorsi*

83. La tesi Fastned-Commissione contrasta anche con le direttive sui ricorsi. Laddove la si accolga, gli operatori giuridici interessati avrebbero a disposizione non solo un meccanismo per contestare la validità delle clausole che modificano la concessione in quanto tali, ma anche per far sì che il giudice si pronunci tardivamente sulla legittimità dell'aggiudicazione iniziale, in occasione di tale modifica (59).

84. Attraverso le direttive sui ricorsi, il legislatore europeo stabilisce il quadro minimo comune all'interno del quale i giudici nazionali esaminano la legittimità degli atti adottati per aggiudicare un appalto pubblico (o una concessione) e traggono le conseguenze dell'illegittimità riscontrata.

85. Nella loro formulazione attuale, le direttive sui ricorsi non obbligano gli Stati membri a prevedere un meccanismo come quello auspicato dalla tesi Fastned-Commissione. L'assenza di un tale obbligo è un argomento in più per dubitare della correttezza di tale tesi: ciò vale a maggior ragione in quanto il legislatore non ha ommesso di garantire il rapporto tra tali direttive e la direttiva 2014/23, come attesta il titolo IV di quest'ultima.

86. Nelle direttive sui ricorsi, la garanzia procedurale della corretta applicazione delle norme sugli appalti pubblici si basa sulla reazione degli operatori economici direttamente interessati dalla violazione di queste stesse norme (60). Ciò risulta dal loro articolo 1, paragrafo 3. Gli Stati membri non hanno l'obbligo di consentire agli altri operatori l'accesso ai mezzi di ricorso giurisdizionali (61).

87. Per ragioni di efficacia e di certezza del diritto, le direttive sui ricorsi esigono che la reazione degli operatori interessati sia rapida. Ai sensi del loro articolo 1, paragrafo 1, gli Stati membri garantiscono che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono in contrasto con il diritto dell'Unione, o con le norme nazionali che lo recepiscono, possano essere oggetto di ricorsi «efficac[i]» e «quanto più rapid[i] possibile». A tale obbligo corrisponde la fissazione di termini di ricorso (ragionevoli) a pena di decadenza (62).

88. La tesi Fastned-Commissione non si attiene a questo schema: essa implica, al contrario, che la decisione adottata nel corso della procedura di aggiudicazione possa essere, nel merito, contestata da operatori economici che non hanno partecipato a tale procedura né sono stati lesi, in quanto tali, dalla presunta violazione commessa in quel momento.

89. Se la tesi Fastned-Commissione dovesse essere accolta, qualsiasi operatore economico interessato all'accordo integrativo alla concessione iniziale potrebbe impugnarlo chiedendo al giudice di riesaminare, anche in via incidentale, la legittimità dell'aggiudicazione iniziale (63). Tale possibilità sarebbe dunque indipendente dalla legittimazione ad attivare il controllo giurisdizionale diretto e dal fatto che i termini fissati a tal fine siano o meno scaduti (64). Ciò equivarrebbe a *risuscitare* un difetto attribuito all'aggiudicazione iniziale che, dal punto di vista delle direttive sui ricorsi, deve essere considerato come sanato.

90. La tesi Fastned-Commissione consentirebbe di conseguenza di mettere in discussione la legittimità dell'aggiudicazione iniziale di una concessione in vigore, anche se, come ho già rilevato (65), non è stato presentato un ricorso entro il termine previsto a tal fine contro la (presunta) violazione commessa; oppure, tale ricorso è stato presentato e respinto; o ancora, una volta accertata la violazione, l'organo competente a decidere sul ricorso non ha disposto la risoluzione del contratto (66).

91. Pertanto, non ritengo che questa tesi sia conforme al contenuto delle direttive sui ricorsi né che il richiamo ai principi che regolano gli appalti pubblici sia sufficiente per accettarla:

- da un lato, la formulazione dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23 riflette una decisione legislativa sulla forma e sulla portata del rispetto di tali principi, a seguito della modifica di una concessione, che si traduce nelle condizioni esplicite imposte a tale modifica, se è sostanziale;
- dall'altro lato, le scelte adottate dal legislatore dell'Unione in attuazione di questi stessi principi determinano come, per chi e quando effettuare il controllo del rispetto delle norme sugli appalti pubblici nell'aggiudicazione di una concessione.

3. *Seconda conclusione intermedia*

92. Le considerazioni che precedono mi portano a sostenere che l'applicabilità dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23 alla modifica sostanziale di una concessione non è subordinata alla regolarità della sua aggiudicazione iniziale.

93. Tale affermazione non osta a che gli operatori economici che hanno interesse a contestare la modifica del contratto siano legittimati ad impugnarla, qualora ritengano che, sebbene sostanziale, le condizioni che consentono, in forza dell'articolo 43 della direttiva 2014/23, di realizzarla senza avviare una nuova procedura di aggiudicazione non siano soddisfatte. A tal fine, non si può pretendere che essi abbiano partecipato alla procedura iniziale di aggiudicazione (67).

V. **Conclusioni**

94. Alla luce di quanto precede, propongo alla Corte di giustizia di rispondere all'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania) nei seguenti termini:

«L'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione,

deve essere interpretato nel senso che:

non si applica alle modifiche sostanziali delle concessioni aggiudicate *in house*, fintanto che esse rimangono in vigore in quanto tali, vale a dire fintanto che tali concessioni continuano a mantenere la natura che ha giustificato la loro esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva 2014/23.

Si applica, invece, alle modifiche sostanziali di dette concessioni, se tali modifiche sono state apportate dopo la sopravvenuta perdita delle condizioni per un'aggiudicazione *in house*, a seguito della sostituzione dell'aggiudicatario iniziale con un altro aggiudicatario che non è sotto il controllo dell'amministrazione aggiudicatrice.

L'applicabilità dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23 alla modifica sostanziale di una concessione non è subordinata alla regolarità della sua aggiudicazione iniziale».

[1](#) Lingua originale: lo spagnolo.

[2](#) Direttiva 2014/94/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, sulla realizzazione di un'infrastruttura per i combustibili alternativi (GU 2014, L 307, pag. 1).

[3](#) Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 settembre 2023, sulla realizzazione di un'infrastruttura per i combustibili alternativi, e che abroga la direttiva 2014/94/UE (GU 2023, L 234, pag. 1). Inapplicabile *ratione temporis* alla presente controversia.

[4](#) Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1).

[5](#) Legge contro le limitazioni della concorrenza (BGBl 2016 I, pagg. 203 e segg.) (in prosieguo: il «GWB»).

[6](#) Gesetz über die Bereitstellung flächendeckender Schnellladeinfrastruktur für reine Batterieelektrofahrzeuge (Schnellladegesetz) (legge recante misure per la ricarica rapida dei veicoli elettrici) (BGBl 2021 I, pag. 2141 e segg.) (in prosieguo: lo «Schnellladegesetz 2021»).

[7](#) Questo titolo contiene le norme in materia di affidamento di appalti pubblici e concessioni.

[8](#) Il contratto di concessione tipo è stato pubblicato nella Parte ufficiale del *Verkehrsblatt*, il foglio legale del Ministero federale dei trasporti e delle infrastrutture digitali, dell'anno 1997, nel n. 226, pagg. 825 e segg.

[9](#) Ai punti 15 e 16 delle sue osservazioni scritte, la Autobahn Tank -Rast GmbH afferma che l'operazione di privatizzazione è stata pubblicizzata mediante giornali tedeschi, l'agenzia France-Presse e il giornale Financial Times.

[10](#) Le imprese appartenenti al consorzio hanno notificato la prevista acquisizione alla Commissione delle Comunità europee. Il 7 dicembre 1998, la Commissione ha dichiarato, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU 1989, L 395, pag. 1), che nulla ostava all'operazione, considerandola compatibile con il mercato comune (caso IV/M.1361).

[11](#) Secondo l'ordinanza di rinvio (punto 4), «a seguito di modifiche della denominazione sociale, la Tank & Rast AG ha dato origine» agli attuali concessionari delle aree di servizio, vale a dire, la Autobahn Tank & Rast e la Ostdeutsche Autobahntankstellen.

[12](#) L'integrazione dei contratti era conforme all'articolo 5, paragrafo 3, prima frase, dello Schnellladegesetz 2021, applicabile ai veicoli elettrici puri ai sensi dell'articolo 4 del regolamento (UE) 2018/858 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, relativo all'omologazione e alla vigilanza del mercato dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, dei componenti e delle entità tecniche indipendenti destinati a tali veicoli, e che modifica i regolamenti (CE) n. 715/2007 e (CE) n. 595/2009 e abroga la direttiva 2007/46/CE (GU 2018, L 151, pag. 1).

[13](#) *Supplemento alla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, S 89/2022, 06/05/2022, numero di comunicazione 2022/S 089-245969.

[14](#) Ha sottolineato che l'articolo 132 del GWB si applica alle concessioni in questione e che la modifica introdotta per effetto dell'accordo integrativo del 28 aprile 2022 non sarebbe sostanziale ai sensi dell'articolo 132, paragrafo 1, del GWB. Le aziende a margine servirebbero a consentire agli automobilisti di far rifornimento, laddove sotto tale nozione comunque ricadrebbe, sulla scorta di un'analisi funzionale, anche la ricarica di corrente elettrica. Detta modifica sarebbe comunque ammissibile ai sensi dell'articolo 132, paragrafo 2, prima frase, punto 3, del GWB, in quanto nel 1998 la necessità di una infrastruttura di ricarica rapida non era prevedibile.

[15](#) V., *infra*, nota 18 sulla successiva rinuncia da parte della Tesla.

[16](#) Punti 10 e 11 dell'ordinanza di rinvio.

[17](#) Sentenza del 12 maggio 2022 (C-719/20, EU:C:2022:372; in prosieguo: la «sentenza Comune di Lerici»). In quella causa, la Corte di giustizia ha interpretato la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65).

[18](#) Il 5 luglio 2024, la Corte di giustizia ha ricevuto una lettera con cui veniva informata della rinuncia della Tesla alla controversia nazionale.

[19](#) È pacifico che, da un punto di vista cronologico, alla modifica del contratto si applica la norma in vigore alla data in cui essa interviene. La Corte di giustizia aveva già chiarito questo punto nella sentenza del 2 settembre 2021, *Sisal e a.* (C-721/19 e C-722/19, EU:C:2021:672), punto 28.

[20](#) Punto 18 dell'ordinanza di rinvio. Al punto 20, il giudice del rinvio ribadisce la stessa affermazione sulla natura sostanziale delle modifiche introdotte dagli accordi integrativi ai contratti di concessione. Sembra dunque dissentire dalla premessa accolta dalla Sezione amministrativa federale di controllo sugli affidamenti di appalti e concessioni nella sua decisione del 15 giugno 2022.

[21](#) In un contesto temporale diverso da quello della presente causa, il giudice del rinvio sarebbe obbligato a prendere in considerazione il nuovo quadro giuridico che disciplina la realizzazione delle infrastrutture di ricarica, vale a dire il regolamento 2023/1804. Il trentaduesimo considerando di detto regolamento afferma che «[a] fine di (...) consentire l'ingresso di nuovi operatori sul mercato, ove possibile e nel rispetto della [direttiva 2014/23], gli Stati membri dovrebbero cercare di aggiudicare in modo concorrenziale nuove

concessioni specificamente per stazioni di ricarica nelle aree di sosta autostradali esistenti o nelle relative adiacenze».

22 V. punto 15 delle osservazioni scritte della Fastned e punto 16 delle osservazioni della Tesla: «Da es für den Fall, dass der Gerichtshof vorliegend Art. 43 Abs. 1 lit. c RL 2014/23/EU für anwendbar halten sollte, für die Entscheidung des Rechtsstreits auf die Auslegung von dessen Tatbestandsmerkmalen ankommt, bittet die ASt. zu 2. [Tesla] den Gerichtshof (...) *trotz fehlender Vorlage um weitergehende Auslegungshinweise*» (il corsivo è mio). Il dibattito su tali questioni si è svolto davanti al giudice del rinvio, che tuttavia non sembra avere dubbi al riguardo e, in ogni caso, non interroga la Corte di giustizia su di esse.

23 Come avviene, nella presente causa, per la privatizzazione della Tank & Rast AG nel 1998. A partire da essa, le concessioni aggiudicate *in house* sono state trasferite ad imprese private. La Commissione sostiene che, per questo motivo, l'operazione era soggetta a un obbligo di pubblicità preventiva che non è stato adeguatamente adempiuto.

24 L'articolo 17, paragrafo 1, della direttiva 2014/23 disciplina le condizioni in cui le concessioni aggiudicate da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a un'altra persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientrano nell'ambito di applicazione di tale direttiva.

25 Coerentemente con tale proclamazione, gli articoli 46 e 47 della direttiva 2014/23, che modificano, rispettivamente, la direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU 1989, L 395, pag. 33), e la direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU 1992, L 76, pag. 14), si occupano di adeguare l'ambito di applicazione di queste due direttive, in modo che esse non riguardino né gli appalti pubblici, né le concessioni aggiudicate *in house* conformemente alle direttive sugli appalti pubblici «classiche». Di seguito, mi riferirò alle direttive 89/665 e 92/13 come «direttive sui ricorsi».

26 L'interpretazione dell'articolo 17 della direttiva 2014/23 in tal senso è confermata dalla sentenza Comune di Lerici. V. la nota 32 e i paragrafi 49 e segg. delle presenti conclusioni.

27 V., per quanto riguarda l'articolo 12 della direttiva 2014/24, corrispondente all'articolo 17 della direttiva 2014/23, le sentenze del 3 ottobre 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829), punti da 43 a 45); e del 28 maggio 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395), punto 33; e ordinanza del 6 febbraio 2020, Rieco (da C-89/19 a C-91/19, EU:C:2020:87), punto 32.

28 Articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2014/23: «[l]a presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi (...)».

29 Prescritte all'articolo 17 della direttiva 2014/23.

30 Vale a dire, nel rispetto «delle regole fondamentali del trattato FUE, segnatamente, la libertà di circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che

ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza»: sentenza del 3 ottobre 2019 Irgita, (C-285/18, EU:C:2019:829) punto 48, ordinanza del 6 febbraio 2020, Rieco (da C-89/19 a C-91/19, EU:C:2020:87), punto 37. V. altresì sentenza del 28 maggio 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395), punti 68 e 69.

[31](#) È quanto ha dichiarato la Corte di giustizia nell'ambito dell'interpretazione del regime precedente alle attuali direttive sugli appalti pubblici, per quanto riguarda i cambiamenti degli enti aggiudicatori, quando, a seguito di tali modifiche, l'amministrazione aggiudicatrice non esercitava più su tali enti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. V. sentenze del 6 aprile 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237), punti da 30 a 32; e del 10 settembre 2009, Sea (C-573/07, EU:C:2009:532), punto 53. Tale soluzione è ripresa, nel contesto della direttiva 2014/24, dalla sentenza Comune di Lerici.

[32](#) Sentenza Comune di Lerici, punto 43. La prospettiva di analisi della Corte di giustizia è diversa dalla mia, poiché, ai punti da 40 a 41 della sentenza, essa pone l'accento sull'articolo 72 della direttiva 2014/24. Tuttavia, il ragionamento di fondo è analogo: per applicare la disposizione relativa alle modifiche degli appalti durante la loro validità, la procedura di aggiudicazione iniziale doveva essere aperta alla concorrenza degli operatori economici. Al punto 43 trae le conseguenze da tale premessa.

[33](#) Punti da 44 a 53.

[34](#) V. punti 37 e da 48 a 50 delle osservazioni scritte della Fastned e punti 44 e segg. delle osservazioni della Commissione.

[35](#) In realtà, si riferiscono anche alla legittimità di atti successivi al rilascio della concessione, ma precedenti la modifica del contratto. Per motivi di chiarezza espositiva, questi ultimi sono raggruppati nella nozione di «aggiudicazione iniziale».

[36](#) Osservazioni scritte della Fastned, punti 18 e 49.

[37](#) Nelle sue osservazioni scritte, ai punti 44, 45 e 47, la Commissione limita questa impossibilità di modifica *sostanziale* successiva alle aggiudicazioni soggette, per ragioni di tempo, alle norme sugli appalti pubblici, ed effettuate in *grave* violazione della legislazione sugli appalti pubblici. Nelle stesse osservazioni, qualifica tale impossibilità, che avrebbe la funzione di impedire l'estensione o il prolungamento dell'illegittimità iniziale, come una *sanzione*. In udienza, essa ha tuttavia indicato che la qualificazione come sanzione potrebbe non essere la più appropriata.

[38](#) La normativa in materia di appalti pubblici si è concentrata sull'azione dell'amministrazione aggiudicatrice nella fase che precede la conclusione del contratto. Con l'eccezione menzionata nella nota 39, le direttive precedenti a quelle attualmente in vigore non prevedevano la modifica dei contratti. D'altro canto, la Corte di giustizia si era pronunciata su tale questione, sia in risposta alle questioni pregiudiziali, sia nell'ambito di ricorsi in cassazione o per inadempimento: v., per quanto riguarda adeguamenti a seguito di circostanze sopravvenute durante la vigenza del contratto, le sentenze del 18 marzo 1992, Commissione/Spagna (C-24/91, EU:C:1992:134); del 28 marzo 1996, Commissione/Germania (C-318/94, EU:C:1996:149); del 29 aprile 2004, Commissione/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236); del 19 giugno 2008, presstext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351); e del 7 settembre 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634). Per ragioni di certezza giuridica, la Commissione ha proposto di

includere la regolamentazione sulla modifica dei contratti nelle tre proposte sugli appalti pubblici del 2011, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia. Né quest'ultima, né la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione [COM(2011) 897] hanno subordinato la possibilità di modificare sostanzialmente una concessione alla legittimità dell'aggiudicazione iniziale.

[39](#) L'articolo 31, paragrafo 4, lettera a), della direttiva n. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114), costituisce il precedente della normativa attuale. La disposizione consentiva solo la modifica consistente nell'aggiunta di «lavori o servizi supplementari». La restrizione di detti lavori e servizi a quelli che non erano separabili dall'appalto iniziale, o che erano strettamente necessari al suo perfezionamento, è stata sostituita dal requisito più permissivo secondo cui l'adeguamento non deve alterare la natura generale della concessione.

[40](#) Né figura all'articolo 72, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/24 o all'articolo 89, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (GU 2014, L 94, pag. 243).

[41](#) Come ha fatto la Commissione nelle sue osservazioni scritte: *supra*, nota 37.

[42](#) Contrariamente a quanto potrebbe sembrare a prima vista, l'articolo 44 («Risoluzione delle concessioni») della direttiva 2014/23 non stabilisce direttamente le conseguenze di un'aggiudicazione illegittima sulla successiva vita dell'appalto. Ciò che prevede è che sia data all'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di porre termine alla concessione in determinate circostanze ivi elencate.

[43](#) Gli stessi principi, dal punto di vista procedurale del diritto dell'Unione, saranno trattati in seguito.

[44](#) V. *supra*, la nota 21. Occorre tuttavia rilevare che tale considerando non ha trovato alcun riflesso normativo negli articoli del regolamento 2023/1804, come confermato dalla Commissione in udienza.

[45](#) Compreso quello che, come hanno esposto in dettaglio in udienza, la Autobahn Tank & la Rast e Ostdeutsche Autobahntankstellen hanno utilizzato in relazione alle aree di servizio che gestiscono. Secondo questo modello, il concessionario dell'area di servizio stipula contratti di cooperazione con gli operatori di ricarica (attualmente quattro), che seleziona mediante una procedura concorrenziale. In realtà, come è stato dichiarato in udienza, la Fastned è stata invitata a partecipare a tale procedura e alla fine ha scelto di non presentare un'offerta.

[46](#) Tale modello esiste attualmente in Francia, come evidenzia l'autorità garante della concorrenza di questo paese nel suo parere 24-A-03, del 30 maggio del 2024, relativo al settore delle infrastrutture di ricarica per veicoli elettrici, punti 554 e seguenti. Al punto 549 espone che, per gestire tali infrastrutture sulla rete autostradale in concessione, gli operatori di ricarica o ricorrono a una procedura di consultazione avviata dalla società concessionaria (caso 1), o vengono selezionati, senza una gara pubblica, o mediante un accordo che consente loro di gestire i punti di ricarica nell'area di servizio di cui sono subconcessionari, oppure mediante la stipula di un contratto quale «operatore terzo» con il subconcessionario presente in tale area (caso 2). Ai punti 595 e seguenti, l'autorità critica il modello di selezione senza gara degli operatori della rete di ricarica elettrica nelle aree autostradali. Una critica simile appare nel rapporto della Monopolkommission tedesca del 2023 «Energie 2023: Mit Wettbewerb aus der Energiekrise», punti 314 e seguenti. Nelle relazioni precedenti, la Monopolkommission aveva già raccomandato di consentire l'accesso alle strutture di ricarica elettrica a più operatori del settore.

-
- [47](#) Tra le altre, sentenze del 16 febbraio 2023, DGRFP Cluj (C-519/21, EU:C:2023:106), punto 105; e del 26 marzo 2020, Hungeod e a. (C-496/18 e C-497/18, EU:C:2020:240; in prosieguo: la «sentenza Hungeod»), punto 93, con ulteriori riferimenti.
-
- [48](#) Sentenza Hungeod, punto 95, e quelle ivi citate. In materia di appalti pubblici, questo modello trova uno specifico riscontro nelle direttive sui ricorsi: v. articoli 2 *bis* e 2 *quater* di tali direttive, nonché il venticinquesimo e il ventisettesimo considerando della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici (GU 2007, L 335, pag. 31); e *infra*, paragrafi 87 e da 89 a 91 delle presenti conclusioni.
-
- [49](#) Termine per il recepimento della direttiva 2014/23, ai sensi dell'articolo 51 della stessa.
-
- [50](#) Nella misura che ho riportato al paragrafo 58, sempre secondo la tesi Fastned-Commissione.
-
- [51](#) *Supra*, nota 19 sulla data della modifica quale elemento determinante del suo regime giuridico.
-
- [52](#) Sentenze del 24 settembre 1998, Tögel (C-76/97, EU:C:1998:432), punto 54; e del 5 ottobre 2000, Commissione/Francia (C-337/98, EU:C:2000:543), punto 38.
-
- [53](#) Sentenza del 25 gennaio 2022, VYSOČINA WIND (C-181/20, EU:C:2022:51), punto 47.
-
- [54](#) Sentenza Hungeod, in risposta alla prima, terza e quarta questione pregiudiziale sollevate in tale causa.
-
- [55](#) Punti da 47 a 49 delle sue osservazioni scritte. La Commissione, invece, ammette la difficoltà che rappresenta. Per risolverla, ai punti 45 e 47 delle sue osservazioni scritte, limita i casi a cui si applicherebbe la sua interpretazione: *supra*, nota 37.
-
- [56](#) Punto 48. Fa specifico riferimento alla sentenza Hungeod, in cui si trattavano tali sanzioni.
-
- [57](#) La Commissione condivide quest'ultima affermazione, come ho già esposto.
-
- [58](#) In maniera analoga a quanto accade con l'azione che non ha per oggetto una dichiarazione di inefficacia del contratto, ma il risarcimento dei danni: v. sentenza dell'8 maggio 2014, Idrodinamica Spurgo Velox e a. (C-161/13, EU:C:2014:307), punti 45 e 46.
-
- [59](#) Il giudizio tardivo incontrerebbe inoltre difficoltà pratiche di qualsiasi natura, inerenti ad ogni esame su decisioni adottate diversi decenni fa, soggette ad un regime giuridico diverso da quello attuale e riguardanti entità che potrebbero anche essere estinte. Gli intervenienti hanno fatto riferimento a tale circostanza in udienza, per quanto riguarda la concessione originale.
-
- [60](#) O sulla reazione della Commissione dinanzi a una violazione grave del diritto dell'Unione: v. articolo 3 delle direttive sui ricorsi. Queste ultime non ostano, del resto, a che gli ordinamenti nazionali estendano la cerchia dei soggetti legittimati a ricorrere.

[61](#) Il cento ventiduesimo considerando della direttiva 2014/24 riconosce che anche altri soggetti hanno «un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto». Tali soggetti «[d]ovrebbero pertanto avere la possibilità, *con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE* e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente». Il corsivo è mio.

[62](#) Sentenza del 24 febbraio 2022, Alstom Transport (C-532/20, EU:C:2022:128), punti 21 e 22.

[63](#) È inclusa la decisione di un'amministrazione aggiudicatrice di non avviare una procedura di aggiudicazione: sentenza dell'11 gennaio 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5), punti 33, 36 e 37.

[64](#) In pratica, le azioni che gli interessati alla concessione iniziale potevano intentare per violazione della normativa applicabile saranno di solito prescritte.

[65](#) *Supra*, paragrafo 64.

[66](#) Ai sensi delle direttive sui ricorsi, l'inosservanza della normativa in materia di appalti pubblici non è necessariamente sanzionata con l'inefficacia del contratto stipulato. Rinvio alle mie conclusioni nella causa CROSS Zlín (C-303/22, EU:C:2023:652), paragrafi da 78 a 87.

[67](#) Sentenza del 2 settembre 2021, Sisal e a. (C-721/19 e C-722/19, EU:C:2021:672), punto 3 del dispositivo.