

Causa C-461/20**Domanda di pronuncia pregiudiziale****Data di deposito:**

24 settembre 2020

Giudice del rinvio:

Högsta förvaltningsdomstolen (Svezia)

Data della decisione di rinvio:

15 settembre 2020

Ricorrente:

Advania Sverige AB

Kammarkollegiet

Resistente:

Dustin Sverige AB

CORTE AMMINISTRATIVA SUPREMA	VERBALE	[...]
	15-09-2020	[...]
	Stoccolma	

[...]

RICORRENTI

1. Advania Sverige AB (...)
2. Kammarkollegiet (Agenzia per i servizi giuridici, finanziari e amministrativi)
Statens InköpsCentral (Centrale acquisti dello Stato)

[...]

RESISTENTE

Dustin Sverige AB, (...)

DECISIONE IMPUGNATA

Sentenza del Kammarrätten i Stockholm (Corte d'appello amministrativa di Stoccolma) del 16 ottobre 2019 (...)

OGGETTO:

Controllo della validità di un contratto; domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte di giustizia dell'Unione europea

[...]

[OR. 2]

L'Högsta förvaltningsdomstolen (Corte amministrativa suprema, Svezia) ha emanato la seguente:

DECISIONE

Una pronuncia pregiudiziale è chiesta alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 267 TFUE conformemente all'allegata domanda di pronuncia pregiudiziale (allegata al verbale).

[...]

[OR. 3]

ALLEGATO

Domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE sull'interpretazione dell'articolo 72, paragrafo 1, lettera d), ii), della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (in prosieguo: la «direttiva sugli appalti pubblici»).

Introduzione

1. Dopo la dichiarazione di insolvenza di un fornitore, il curatore fallimentare ha ceduto quattro contratti quadro ad un nuovo fornitore. Con la domanda di pronuncia pregiudiziale, lo Högsta förvaltningsdomstolen (Corte amministrativa suprema) si chiede se si possa ritenere che il nuovo fornitore sia succeduto al fornitore iniziale in circostanze tali da non rendere necessario l'avvio di una nuova procedura di gara.

Le disposizioni rilevanti del diritto dell'Unione Europea.

2. Conformemente all'articolo 72, paragrafo 1, lettera d), ii), della direttiva sugli appalti pubblici, gli accordi quadro possono essere modificati senza una nuova procedura d'appalto qualora un nuovo contraente sostituisca quello a cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa del fatto che all'aggiudicatario iniziale succede, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della direttiva.
3. Nel considerando 110 di tale decisione viene indicato quanto segue: in linea con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, l'aggiudicatario non dovrebbe essere sostituito da un altro operatore economico senza riaprire l'appalto alla concorrenza. Tuttavia, in corso d'esecuzione del contratto, l'aggiudicatario dell'appalto dovrebbe poter subire talune modifiche strutturali dovute, ad esempio, a riorganizzazioni puramente interne, incorporazioni, fusioni e acquisizioni *oppure* insolvenza [(enfasi aggiunta dallo Högsta förvaltningsdomstolen (Corte amministrativa suprema)]. Tali modifiche strutturali non dovrebbero automaticamente richiedere nuove procedure di appalto per tutti gli appalti pubblici eseguiti da tale offerente.

Normativa nazionale rilevante

4. Ai sensi del capo 17, articolo 13, primo comma, della lagen (2016: 1145) om offentlig uppestion [legge (2016: 1145) relativa agli appalti pubblici, In prosieguo: la «LOU»], «un contratto o un accordo quadro può essere modificato sostituendo un contraente con un altro contraente, senza una nuova aggiudicazione di appalto, qualora:
 1. il nuovo contraente succeda in via universale o parziale all'aggiudicatario iniziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, e
 2. la circostanza che un nuovo contraente succede in via universale o parziale all'aggiudicatario iniziale non comporti altre modifiche sostanziali del contratto o dell'accordo quadro».

[OR. 4.

Dal secondo comma del medesimo punto risulta che una tale sostituzione del contraente presuppone che il nuovo prestatore di servizi non sia escluso e che soddisfi le condizioni di qualificazione richieste nell'ambito dell'appalto iniziale.

Fatti all'origine della controversia nella causa a qua

Contesto

5. Il caso in esame riguarda quattro contratti quadro con rimessa in concorrenza, ottenuti dal Kammarkollegiet mediante una procedura ristretta, conformemente alla lagen (2007: 1091) om offentlig upphandling [legge (2007: 1091) sugli appalti pubblici], oggi abrogata. I contratti quadro hanno ad oggetto l'acquisto di computer, schermi, tablet, ecc. Tre dei contratti quadro coprono diverse aree geografiche, mentre il quarto comprende l'intero territorio nazionale. Diciassette offerenti sono stati selezionati per la fase finale della gara. Qualora gli offerenti selezionati fossero stati più di nove, l'appalto sarebbe stato assegnato secondo la regola del maggiore valore aggiunto.
6. La Dustin Sverige AB (in prosieguo: la «Dustin») e la Misco AB (in prosieguo: la «Misco») erano tra i nove offerenti con il maggiore valore aggiunto che sono stati invitati a presentare un'offerta. La Advania Sverige AB (in prosieguo: la «Advania») non figurava tra tali nove offerenti, bensì tra i primi 17. Gli accordi quadro sono stati conclusi con un totale di sei fornitori in ciascun settore. Alla Misco sono stati assegnati appalti in tutti i settori. Alla Dustin sono stati assegnati appalti in due settori.
7. Con lettera del 4 dicembre 2017, la Misco ha chiesto al Kammarkollegiet di approvare il trasferimento degli accordi quadro all'Advania. Il 12 dicembre 2017 la Misco è stata dichiarata insolvente. Il 18 gennaio 2018 il curatore fallimentare ha sottoscritto con l'Advania un contratto di trasferimento degli accordi quadro. Tale trasferimento è stato approvato dal Kammarkollegiet nel febbraio 2018.

Domanda di dichiarazione di nullità dei contratti

8. La Dustin ha adito il Förvaltningsrätten i Stockholm (Tribunale amministrativo di Stoccolma) con una domanda diretta a far dichiarare l'invalidità degli accordi quadro conclusi dalla Advania con il Kammarkollegiet. La Dustin ha sostenuto che il trasferimento dei quattro accordi quadro dalla Misco all'Advania non costituiva una modifica autorizzata degli accordi quadro ai sensi del capo 17, articolo 13, della LOU, in quanto la Advania non era subentrata nella posizione della Misco a seguito di una ristrutturazione societaria. A sostegno della sua domanda, la Dustin ha presentato i seguenti elementi. Sarebbe difficile sapere se l'Advania abbia ripreso i contratti di subappalto della Misco. Si può constatare che, oltre a talune informazioni, l'Advania non ha ripreso alcun sistema, personale, impresa o contratto di gestione diverso dagli accordi quadro stessi. La cessione degli accordi quadro non ha quindi comportato un cambiamento strutturale sostanziale della Misco, come richiesto dalla LOU. Infatti, il fornitore esistente si è limitato a vendere gli accordi in questione e il trasferimento non costituisce una ristrutturazione societaria ai sensi di tale disposizione.

9. Il Kammarkollegiet ha presentato i seguenti elementi. Dalle informazioni ricevute dal Kammarkollegiet risulta che l'Advania ha acquistato tutte le attività della Misco relative all'esecuzione degli accordi quadro. Per quanto riguarda la domanda della Misco, il Kammarkollegiet ha sostenuto che il trasferimento in questione aveva avuto luogo a seguito dell'insolvenza della Misco e che vi era continuità personale tra la Misco, che aveva presentato le offerte, [OR. 5] aveva partecipato alla gara e firmato gli accordi quadro, e l'Advania, che eseguiva gli accordi quadro. Tale punto di vista era fondato sul fatto che l'Advania aveva ripreso tutti gli accordi quadro pubblici (compresi i contratti di compensazione con diritti e obbligazioni), il personale della Misco che svolgeva un ruolo determinante nell'esecuzione dei contratti (nella misura in cui tale personale desiderava essere trasferito all'Advania), i subappaltatori ai quali si era fatto ricorso per adempiere gli obblighi contrattuali della Misco nonché i sistemi ecc. necessari all'esecuzione di detti contratti da parte della Misco. L'Advania è succeduta alla Misco, universalmente per quanto riguarda gli obblighi degli accordi quadro e parzialmente per quanto riguarda gli acquisti effettuati.

Sentenza del Förvaltningsrätten

10. Il Förvaltningsrätten (Tribunale amministrativo) ha respinto la domanda di dichiarazione di nullità della Dustin. Per quanto riguarda la questione se le condizioni di sostituzione di un contraente enunciate all'articolo 13, primo comma, del capo 17 della LOU fossero soddisfatte, il Förvaltningsrätten ha indicato quanto segue. L'Advania e il curatore fallimentare della Misco hanno precisato al Kammarkollegiet gli acquisti dell'Advania e il Kammarkollegiet ne ha concluso che sussisteva un'identità tra l'Advania e la Misco, cosicché l'Advania poteva succedere alla Misco nella posizione di contraente dell'accordo quadro. È il Kammarkollegiet che assume un rischio con la sostituzione del fornitore e che dispone di un certo diritto di interpretazione nella situazione in esame. Tale giudice ritiene che le circostanze invocate dalla Dustin non costituiscano motivi sufficienti per contestare l'acquisizione da parte dell'Advania degli accordi quadro di Misco e di parti delle attività di quest'ultima ai fini dell'esecuzione degli accordi quadro nel senso richiesto dall'articolo 13 del capo 17 della LOU. Gli accordi quadro sono stati modificati sostituendo il contraente in un modo che rientra in ciò che può essere considerato una ristrutturazione societaria.

Appello dinanzi al Kammarrätten

11. La Dustin ha impugnato la sentenza del Förvaltningsrätten (Tribunale amministrativo) dinanzi al Kammarrätten i Stockholm (Corte amministrativa d'appello di Stoccolma), facendo valere quanto segue. L'indagine nel caso di specie non consente di concludere che l'acquisizione degli attivi della Misco da parte dell'Advania sia stata effettuata nella misura assunta dal Kammarkollegiet nella sua decisione di approvazione del trasferimento. Tale agenzia non ha evidenziato alcuna circostanza che consentisse di affermare che dipendenti della Misco fossero stati effettivamente trasferiti all'Advania, né che fossero stati

trasferiti taluni sistemi, ad eccezione di alcuni elenchi di dati. Dei sette contratti di subappalto presentati dinanzi ai giudici, quattro sono stati conclusi prima del contratto di trasferimento, vale a dire nell'attività iniziale dell'Advania, e nessuno di essi menziona la Misco, né indica che il contratto implicherebbe la ripresa, da parte dell'Advania, di un rapporto contrattuale esistente. L'Advania non avrebbe neppure ripreso altri accordi quadro con clienti pubblici. Tali circostanze dimostrerebbero che, ad eccezione di taluni elenchi informativi, l'Advania si è limitata ad acquistare gli accordi quadro e non ha quindi ripreso alcun settore di attività. Non si può ritenere che un trasferimento così limitato dia luogo ad una successione dell'Advania nella posizione della Misco risultante da una ristrutturazione societaria.

12. Il Kammarkollegiet ha chiesto il rigetto dell'appello nel merito e ha indicato quanto segue. Molti elementi confortano la tesi secondo cui l'esame dovrebbe riguardare unicamente la questione se abbia avuto luogo una ristrutturazione societaria. Il fatto che il trasferimento risulti da un'insolvenza, esplicitamente menzionato nel testo della LOU, indicherebbe che tale condizione è soddisfatta. A suo avviso, poiché l'insolvenza è un fatto straordinario, la liquidazione è un tipo particolare di ristrutturazione societaria. È improbabile che la Misco abbia dichiarato il proprio stato di insolvenza per [OR. 6] negoziare gli accordi quadro.
13. L'Advania ha sostenuto che l'appello doveva essere respinto nel merito e ha presentato i seguenti elementi. Nell'ambito del fallimento, la Misco ha liquidato tutte le sue attività per quanto riguarda le parti che non hanno potuto essere trasferite, in particolare, all'Advania. La natura precisa dell'acquisizione della massa fallimentare da parte dell'Advania è quindi irrilevante.

Sentenza del Kammarrätten

14. Il Kammarrätten (Corte amministrativa d'appello) ha accolto l'appello della Dustin e ha dichiarato invalidi i quattro contratti quadro conclusi tra l'Advania e il Kammarkollegiet. Il Kammarrätten ha constatato che l'approvazione da parte del Kammarkollegiet del trasferimento degli accordi quadro era stata concessa a causa dell'insolvenza della Misco. Il Kammarrätten ha altresì indicato quanto segue. Ai sensi del contratto di cui trattasi, la Misco ha trasferito, oltre agli accordi quadro, il diritto di accedere ai dati del personale, dei clienti e dei fornitori dell'azienda, alle statistiche dei prodotti e alla storia, nonché il diritto di rilevare i subappaltatori dell'azienda e l'Advania si è dichiarato disposta ad offrire un certo numero di posti di lavoro «chiave» in condizioni di mercato. Dall'indagine svolta in tale causa risulta che un lavoratore è stato successivamente trasferito all'Advania. Ne risulta altresì che, secondo l'Advania, l'elenco dei clienti della Misco non era né totalmente aggiornato né pertinente e che i clienti della Misco avevano già cambiato fornitore. Nulla indica che, grazie al contratto di cessione, taluni subappaltatori della Misco siano stati rilevati dall'Advania. Inoltre, nulla indicherebbe che altri accordi quadro pubblici siano stati oggetto di un trasferimento. Al contrario, la Dustin avrebbe presentato elementi di prova che dimostrano che la Misco era parte di almeno un altro accordo quadro pubblico e

che tale accordo quadro non è stato trasferito all'Advania. Dall'indagine risulta che la Misco, per la maggior parte, non ha trasferito alcuna attività all'Advania, ad eccezione degli accordi quadro controversi. Non si può quindi ritenere che la società Advania, secondo il Kammarrätten, sia universalmente o parzialmente succeduta nella posizione della Misco ai sensi dell'articolo 13 del capitolo 17 della LOU. Si tratta quindi di una modifica importante. Il Kammarkollegiet non avrebbe dovuto approvare la sostituzione del fornitore. Si tratta quindi di un appalto diretto, non autorizzato.

Argomenti delle parti

Advania

15. L'Advania chiede l'annullamento della sentenza del Kammarrätten (Corte amministrativa d'appello) e la conferma della sentenza del Förvaltningsrätten (Tribunale amministrativo) e sostiene quanto segue. L'Advania non rimette in discussione la valutazione del Kammarrätten relativa all'inclusione nella cessione della massa fallimentare. Nel caso di specie, si tratta di una ristrutturazione del precedente contraente a causa di un'insolvenza e di una successiva liquidazione, il che implica che il curatore fallimentare ha venduto all'Advania una parte dell'attività esistente. Le restanti parti delle attività dell'impresa fallita sono state liquidate. L'Advania ha accettato di assumere tutte le obbligazioni contrattuali della Misco ed è quindi universalmente succeduta alla Misco per quanto riguarda gli accordi quadro. Né la LOU né la direttiva sugli appalti pubblici impongono che attività di una certa natura o estensione siano trasferite al nuovo contraente. È evidente che non si tratta di un caso in cui sia stato trasferito solo un contratto di appalto e l'attività dell'aggiudicatario iniziale sia proseguita come prima. **[OR. 7]**

Il Kammarkollegiet

16. Il Kammarkollegiet conclude per la cassazione della sentenza del Kammarrätten (Corte d'appello amministrativa) nonché per la dichiarazione di validità degli accordi quadro e fa valere i seguenti elementi. La questione centrale è quella dell'interpretazione da dare all'espressione «successione in via universale o parziale all'aggiudicatario iniziale». Il Kammarkollegiet ritiene che essa debba essere interpretata nel senso che il contraente acquirente succede all'aggiudicatario iniziale per quanto riguarda i diritti e gli obblighi enunciati nell'accordo quadro o nel contratto trasferito. Infatti, se essa fosse interpretata nel senso di esigere un qualsiasi tipo di trasferimento di attività o di beni, l'ambito di applicazione di tale disposizione ne risulterebbe fortemente limitata. È molto improbabile che un nuovo appaltatore prosegua la propria attività nello stesso modo del contraente precedente. Ciò che rileva è che il nuovo contraente sia in grado di eseguire l'appalto conformemente alle condizioni e ai requisiti inizialmente previsti. La ripresa parziale di un accordo non implica necessariamente che siano apportate altre modifiche sostanziali all'accordo.

Dustin

17. La Dustin contesta l'accoglimento del ricorso e fa valere quanto segue. Il fatto che il nuovo contraente sia succeduto in via universale o parziale all'aggiudicatario iniziale a seguito di ristrutturazione societaria non può ragionevolmente riguardare la ripresa, da parte del nuovo contraente, dell'appalto aggiudicato. Se così fosse, sarebbe possibile subentrare in appalti aggiudicati individualmente senza riprendere simultaneamente una parte dell'attività interessata da tali contratti. Un siffatto approccio consentirebbe di negoziare praticamente senza alcun limite gli appalti aggiudicati. Con tale interpretazione sarebbe altresì possibile assumere solo parzialmente i diritti e gli obblighi derivanti dall'appalto, il che sarebbe difficilmente conciliabile con il requisito secondo cui la sostituzione del contraente non comporta altre modifiche sostanziali del contratto. Si può ritenere che l'eccezione riguardante la sostituzione dell'aggiudicatario in ristrutturazione societaria sia subordinata alla condizione che la transazione abbia come obiettivo principale il rilevamento della totalità o di una parte delle attività oggetto dell'appalto e che il trasferimento dell'appalto stesso, vale a dire la successione all'aggiudicatario, sia accessorio al trasferimento delle attività. Il fatto che il nuovo contraente subentri nell'appalto in questione è la conseguenza di tale modifica e non ne costituisce il presupposto.

Sulla necessità di una pronuncia pregiudiziale

18. Nella causa pendente dinanzi allo Högsta förvaltningsdomstolen (Corte amministrativa suprema), l'interpretazione da dare alla disposizione relativa alla sostituzione del contraente di cui all'articolo 72, paragrafo 1, lettera d), ii), della direttiva sugli appalti pubblici riveste un'importanza determinante. L'esame della causa richiede un'interpretazione di cosa si debba intendere per «[successione] all'aggiudicatario iniziale (...), in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza».
19. La Corte non si è pronunciata sull'interpretazione di detto articolo nel contesto in esame. Questo Högsta förvaltningsdomstolen (Corte amministrativa suprema) ritiene che la corretta interpretazione di dette disposizioni non risulti chiaramente.
20. Di conseguenza, lo Högsta förvaltningsdomstolen (Corte amministrativa suprema) ritiene necessario chiedere alla Corte di giustizia una pronuncia pregiudiziale. **[OR. 8].**

Questione pregiudiziale

21. Se il fatto che un nuovo contraente è subentrato nei diritti e negli obblighi dell'aggiudicatario iniziale derivanti da un accordo quadro, dopo che il contraente originario è stato dichiarato insolvente e che il curatore fallimentare ha ceduto l'accordo, implichi che il nuovo contraente debba essere considerato succeduto

all'aggiudicatario iniziale alle condizioni di cui all'articolo 72, paragrafo 1, lettera d), punto ii), della direttiva sugli appalti pubblici.

DOCUMENTO DI LAVORO