

Causa C-452/23

Domanda di pronuncia pregiudiziale

Data di deposito:

19 luglio 2023

Giudice del rinvio:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Germania)

Data della decisione di rinvio:

16 giugno 2023

Parti istanti per riesame e parti ricorrenti:

Fastned Deutschland GmbH & Co. KG

Tesla Germany GmbH

Parte resistente in sede di riesame e in sede di ricorso:

Die Autobahn GmbH des Bundes

[OMISSIS]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

ORDINANZA

Nel procedimento di riesame in materia di affidamento di appalti e concessioni

1. Fastned Deutschland GmbH & Co. KG, [OMISSIS]

[OMISSIS] Colonia,

2. Tesla Germany GmbH, [OMISSIS]

[OMISSIS] Berlino,

parti istanti per riesame e parti ricorrenti,

[OMISSIS],

contro

Die Autobahn GmbH des Bundes [OMISSIS],

[OMISSIS] Berlino,

parte resistente in sede di riesame e in sede di ricorso,

[OMISSIS],

altre parti del procedimento:

1. Autobahn Tank & Rast GmbH, [OMISSIS] Bonn,
 2. Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH, [OMISSIS] Berlino,
- intervenienti,

[OMISSIS],

il Vergabesenat dell'Oberlandesgericht Düsseldorf [Sezione giurisdizionale di controllo sugli affidamenti di appalti pubblici e concessioni del Tribunale superiore del Land di Düsseldorf], a seguito dell'udienza di trattazione orale del 27 aprile 2023 [OMISSIS], ha così

d e l i b e r a t o :

[OMISSIS].

Si sottopone alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai fini dell'interpretazione della 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, 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*.

Motivazione:

I.

- 1 La società resistente è una società di diritto privato per la gestione di infrastrutture, che è di inalienabile proprietà della Repubblica federale di Germania. Il Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur [Ministero federale dei trasporti e delle infrastrutture digitali] ha affidato a detta società, con

- effetto al 1° gennaio 2021, la progettazione, la costruzione, la gestione, il mantenimento, il finanziamento e l'amministrazione in forma patrimoniale delle autostrade federali tedesche. Le risorse finanziarie necessarie per lo svolgimento dei suoi compiti vengono messe a disposizione di detta società dalla Repubblica federale di Germania.
- 2 Una parte della rete autostradale è costituita da oltre 400 aree di sosta ospitanti attività commerciali, nelle quali operano imprese fornitrici di beni e servizi ai margini delle tratte autostradali [cd. «aziende a margine»] sotto forma di stazioni di rifornimento di carburanti e di stazioni di sosta. In origine, il soggetto che gestiva le aziende a margine era la Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH (GfN) [Società per le aziende a margine delle autostrade federali a r.l.], costituita nel 1951 dalla Repubblica federale di Germania. In vista di una progettata privatizzazione, tale società ha assunto nel 1994 la nuova denominazione Tank & Rast AG. Per quanto riguarda la struttura proprietaria, inizialmente da ciò non sono derivate modifiche di alcun tipo, dato che azionista unica è rimasta la Repubblica federale di Germania. Quello stesso anno, la società Tank & Rast AG ha acquisito la società Ostdeutsche Autobahntankstellengesellschaft mbH [Società tedesco-orientale delle stazioni di rifornimento autostradali a r.l.].
 - 3 Negli anni dal 1996 al 1998, la Repubblica federale di Germania, senza prima indire una gara, ha concluso con la società Tank & Rast AG – all'epoca ancora di proprietà dello Stato federale – circa 280 contratti di concessione a tutt'oggi validi, relativi alla gestione di aziende a margine sulle autostrade federali, sulla base di un nuovo contratto di concessione tipo. Quest'ultimo riconosce al concessionario il diritto di costruire e gestire, su una specifica area aziendale, un'azienda a margine finalizzata a soddisfare gli interessi degli utenti del traffico che percorrono l'autostrada federale. A fronte di ciò, detto concessionario è tenuto a pagare un canone di concessione commisurato al fatturato. Parte integrante dei contratti di concessione è 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'azienda a margine deve essere tenuta aperta 24 ore al giorno. I contratti di concessione hanno una durata che può arrivare fino a 40 anni. Il contratto di concessione tipo è stato pubblicato nella Parte ufficiale del Verkehrsblatt [Foglio legale dei trasporti e delle infrastrutture], la gazzetta degli annunci ufficiali del Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, dell'anno 1997, nel n. 226, pagg. 825 e segg.
 - 4 A partire dall'anno 1998, la società Tank & Rast AG è stata privatizzata attraverso la Bankhaus [OMISSIS] nell'ambito di una procedura di selezione di investitori [OMISSIS]. All'esito della procedura di selezione di investitori, alla quale avevano partecipato circa 50 soggetti nazionali ed esteri interessati, si è infine giunti alla stipula di un accordo con un consorzio formato dalla società LSG Lufthansa Service Holding AG, dalla società Allianz Capital Partners GmbH e da tre società di gestione di fondi di investimento. Le imprese appartenenti al consorzio hanno notificato la prevista acquisizione alla Commissione delle

Comunità europee, la quale in data 7 dicembre 1998 ha dichiarato, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del regolamento sul controllo delle fusioni 4064/89/CEE, che nulla ostava all'operazione progettata (caso n. IV/M.1361). Per effetto di successive modifiche di denominazione societaria, la società Tank & Rast AG ha visto succedere al suo posto le odierne parti intervenienti quali attuali soggetti titolari di concessione.

- 5 Successivamente alla privatizzazione, hanno avuto luogo, negli anni dal 1999 al 2019, circa 80 ulteriori affidamenti di concessioni alle società intervenienti, 19 delle quali, secondo le affermazioni delle stesse intervenienti, sono state aggiudicate loro nell'ambito di gare. Le intervenienti sono dunque concessionari in carica di circa il 90 per cento di tutte le aziende a margine.
- 6 Lo Schnellladegesetz [legge recante misure per la ricarica rapida dei veicoli elettrici] del 25 giugno 2021, legge tedesca vigente a livello federale applicabile ai veicoli elettrici puri ai sensi dell'articolo 4 del regolamento 2018/858/UE, prevede, all'articolo 5, paragrafo 3, prima frase, l'obbligo per la parte resistente nel presente procedimento di offrire al titolare di una concessione per l'esercizio di un'azienda a margine 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 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [GWB – legge contro le limitazioni della concorrenza] (Bundesgesetzblatt 2021, Parte I, pagg. 2141 e segg.). Nella Parte 4 di quest'ultima legge è contenuta la disciplina tedesca in materia di affidamento di appalti pubblici e concessioni. In esecuzione del suddetto precetto legislativo, la società resistente ha stipulato con le parti intervenienti, in data 28 aprile 2022, un'integrazione dei circa 360 contratti di concessione già esistenti, avente ad oggetto l'acquisizione in autonomia di esercizio delle attività di creazione, manutenzione e gestione di infrastrutture operative di ricarica rapida di veicoli, la quale prevede un obbligo di messa a disposizione di un numero di punti di ricarica prestabilito per ciascun sito.
- 7 L'avvenuta modifica è stata resa nota dalla società resistente in data 6 maggio 2022 mediante pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, laddove in tale contesto essa ha motivato la rinuncia ad indire una gara invocando l'articolo 132 del GWB. La messa a disposizione di infrastrutture di ricarica rapida sarebbe diventata necessaria quale prestazione di servizi integrativa nell'ambito dei contratti di concessione, ciò che al momento della conclusione di questi ultimi non era ancora prevedibile (supplemento alla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, numero di comunicazione 2022/S 089-245969).
- 8 Le società istanti per riesame gestiscono entrambe infrastrutture di ricarica per veicoli elettrici. Con lettera di avvocato in data 20 maggio 2022, esse hanno chiesto l'avvio di una procedura di riesame. A motivazione esse hanno addotto il fatto che l'accordo integrativo stipulato con le società intervenienti sarebbe inefficace ai sensi dell'articolo 135, paragrafo 1, punto 2, del GWB, in quanto

l'appalto sarebbe stato assegnato senza previa pubblicazione di avviso a livello dell'Unione europea. A loro parere, la modifica non potrebbe trovare valido fondamento nell'articolo 132 del GWB. Quest'ultimo sarebbe assolutamente inapplicabile già per il fatto che le concessioni esistenti non sono state assegnate nell'ambito di una pubblica gara.

- 9 La 2^a Vergabekammer des Bundes [Sezione amministrativa federale di controllo sugli affidamenti di appalti e concessioni] ha respinto l'istanza di riesame proposta dalle società istanti con decisione del 15 giugno 2022 (VK 2-54/22). A suo avviso, la disposizione di cui all'articolo 132 del GWB è applicabile alle concessioni esistenti ai sensi dell'articolo 154, punto 3, del GWB. La modifica dei contratti di concessione 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.
- 10 Contro tale decisione della Vergabekammer le parti istanti hanno presentato ricorso immediato dinanzi all'Oberlandesgericht Düsseldorf. A loro avviso, sarebbe esclusa l'esistenza di una modifica ai sensi dell'articolo 132, paragrafi 1 e 2, del GWB già per il fatto che tale norma non trova affatto applicazione alla modifica di appalti pubblici che in origine siano stati assegnati non con procedure aperte alla concorrenza, bensì tramite affidamento senza gara ad organismi *in house*, come risulterebbe dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 12 maggio 2022, C-719/20, Comune di Lerici. Ciò varrebbe a maggior ragione nel caso in cui la concessione originaria sia stata già a suo tempo assegnata in violazione della normativa sugli affidamenti; un affidamento *in house* sarebbe inammissibile nel momento in cui sia noto il fatto che interverrà una successiva privatizzazione.
- 11 La resistente e le società intervenienti difendono la decisione della Vergabekammer. Modifiche non sostanziali di appalti pubblici sarebbero sempre consentite. L'articolo 72 della direttiva 2014/24/UE e/o l'articolo 132 del GWB contemplerebbero soltanto modifiche sostanziali. Tali norme troverebbero applicazione a dette modifiche a prescindere dalle circostanze dell'affidamento originario. La richiamata decisione della Corte di giustizia UE 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.

II.

- 12 A giudizio di questo collegio, l'esito del gravame dipende dalla soluzione della questione pregiudiziale sottoposta. Pertanto, prima di una decisione, occorre sospendere il procedimento e chiedere alla Corte di giustizia dell'Unione europea una decisione pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, primo comma, lettera b), e secondo comma, TFUE. Ai fini della decisione di rinvio assumono rilievo le considerazioni in diritto che seguono.
- 13 [OMISSIS] L'unico aspetto determinante è stabilire se l'accordo integrativo concluso con le società intervenienti sia inefficace ai sensi dell'articolo 135, paragrafo 1, punto 2, del GWB e se dunque l'istanza di riesame sia fondata.
- 14 I corrispondenti principi sono disciplinati dagli articoli 135, paragrafo 1, 132, paragrafi 1 e 2, e 154, punti 3 e 4, del Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) del 26 giugno 2013 (Bundesgesetzblatt 2013, Parte I, pagg. 1750 e segg.) nella versione del 18 aprile 2016 (Bundesgesetzblatt 2016, Parte I, pagg. 203 e segg.), i quali, nella parte qui di interesse, sono così formulati:
- 15 «Articolo 135 GWB – Inefficacia
- (1) Un appalto pubblico è sin dall'inizio inefficace qualora l'amministrazione aggiudicatrice:
1. (...)
 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».
- 16 «Articolo 132 GWB – 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».

17 «Articolo 154 GWB – 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 (...).».

18 Questo collegio ritiene che siano soddisfatti i presupposti di fatto per l'applicazione dell'articolo 132, paragrafo 2, punto 3, del GWB in riferimento all'integrazione del contenuto di quasi tutti i contratti di concessione, in quanto l'amministrazione aggiudicatrice non poteva comunque prevedere, al momento della conclusione dei contratti negli anni tra il 1996 e il 1998, che sarebbe emersa una necessità di infrastrutture di ricarica veloce di veicoli nelle aree di servizio autostradali federali e che sarebbe stato introdotto un obbligo legislativo di realizzare tali infrastrutture, e in quanto la natura generale delle concessioni relative alle aziende a margine non subisce modifica per effetto dell'integrazione contrattuale. Non si è inoltre avuto un aumento del valore dell'appalto originario in misura superiore al 50 per cento.

19 Tuttavia, per questo collegio non è chiaro se l'ambito di applicazione dell'articolo 132, paragrafo 2, punto 3, del GWB, mediante il quale è stato trasposto nell'ordinamento nazionale l'articolo 72, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/24/UE concernente le procedure di aggiudicazione degli appalti e che dunque deve essere interpretato in conformità a quest'ultima, ricomprenda anche quei contratti che sono stati stipulati al di fuori dell'ambito di applicazione della normativa sugli affidamenti contenuta nella Parte 4 del GWB con un organismo *in house* dell'amministrazione aggiudicatrice, allorquando però al momento della modifica del contratto i criteri per l'affidamento *in house* non sono

più soddisfatti in quanto il capitale del concessionario è ormai detenuto al 100 per cento da investitori privati.

- 20 Tale aspetto assume rilievo ai fini della decisione, in quanto questo collegio ravvisa nell'accordo integrativo una modifica sostanziale nel senso di cui all'articolo 132, paragrafo 1, prima frase, del GWB. Pertanto, è cruciale stabilire se la società resistente e le società intervenienti fossero legittimate ad integrare gli accordi concessori tra esse esistenti, oggetto di un affidamento senza gara, senza espletare, in virtù dell'articolo 132, paragrafo 2, prima frase, punto 3, in combinato disposto con l'articolo 154, punto 3, del GWB, una nuova procedura di affidamento per la presa in carico in autonomia di esercizio delle attività di creazione, manutenzione e gestione di infrastrutture operative per la ricarica rapida di veicoli, a motivo del fatto che in questo caso un affidamento dell'appalto ex articolo 135, paragrafo 1, punto 2, del GWB senza previa pubblicazione di un avviso nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea era permesso per legge.
- 21 Questo collegio ritiene che il tenore letterale dell'articolo 72 della direttiva 2014/24/UE in materia di appalti non sia sufficientemente univoco. Infatti, nei paragrafi 1, prima frase, 2 e 5 dell'articolo 72 si parla dello svolgimento di una «nuova procedura d'appalto». Nell'articolo 72, paragrafo 1, lettera b), si trova l'espressione «dell'appalto iniziale», e nel successivo paragrafo 4, lettera a), l'espressione «procedura d'appalto iniziale». Anche nel considerando 109 della direttiva 2014/24/UE in materia di appalti, riferito all'articolo 72, paragrafo 1, lettera c), si afferma che è necessaria una certa flessibilità per adattare il contratto di appalto a circostanze imprevedibili, senza dover avviare una «nuova procedura d'appalto». Nell'uso linguistico corrente si parla di «nuova» procedura quando in precedenza ve ne è stata una «vecchia» oppure una «iniziale». La nozione di «procedura di appalto», in connessione con la direttiva 2014/24/UE sugli appalti, potrebbe del pari alludere al fatto che si tratta di un procedimento formale in base alle norme di tale direttiva. Tuttavia, tale interpretazione non è obbligata. È possibile anche intendere l'affidamento di incarico ad un organismo *in house* quale affidamento di un appalto (affidamento *in house*) e lo svolgimento temporale fino al conferimento dell'appalto quale procedimento.
- 22 A giudizio di questo collegio, anche la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea non conduce ad un risultato univoco. Infatti la Corte, in due decisioni, ha applicato i suoi principi concernenti le modifiche contrattuali successive a dei contratti che erano stati conclusi in un momento in cui non vi erano ancora norme comunitarie vigenti. Nella sua fondamentale sentenza del 19 giugno 2008, causa C-454/06, *pressetext*, la Corte non ha soltanto sviluppato i principi relativi al momento in cui una modifica delle disposizioni di un appalto pubblico durante la sua vigenza deve essere considerata quale nuovo affidamento, ma li ha ritenuti applicabili ad un appalto che era stato concluso prima che la Repubblica austriaca aderisse all'Unione europea, per il quale dunque a suo tempo non valevano ancora le norme comunitarie (ECLI:UE:C:2008:351, punti 28 e da 34 a 37). Nell'ambito di un ricorso per inadempimento promosso contro la Repubblica italiana, la Corte di giustizia UE,

pronunciandosi sulla proroga di una concessione di lavori attribuita già nel 1969 e dunque prima dell'emanazione delle pertinenti norme del diritto dell'Unione, ha chiarito che il diritto dell'Unione applicabile è quello vigente al momento della modifica del contratto e che il fatto che l'originario contratto di concessione sia stato stipulato prima dell'emanazione delle pertinenti norme dell'Unione è irrilevante (CGUE, sentenza del 18 settembre 2019, C-526/17, ECLI:UE:C:2019:756, punto 60).

- 23 Ciò potrebbe essere inteso nel senso che, ai fini dell'applicabilità dei principi relativi alle modifiche contrattuali successive senza svolgimento di una (nuova) procedura di affidamento, le quali sono attualmente disciplinate dall'articolo 72 della direttiva 2014/24/UE in materia di appalti, non è rilevante stabilire in che modo si sia perfezionato l'appalto originario e, in particolare, se in tale contesto siano stati rispettati i principi di non discriminazione, di parità e di concorrenza effettiva. A favore di una valutazione in tal senso potrebbe deporre anche il fatto che la Corte di giustizia dell'Unione europea non vede in generale alcun motivo di intervenire in rapporti giuridici esistenti, stipulati a tempo indeterminato o per più anni, nel caso in cui tali rapporti siano stati costituiti prima della vigenza di norme dell'Unione applicabili in materia (CGUE, sentenze del 24 settembre 1998, C-76/97, ECLI:UE:C:1998:432, Tögel, punto 54, e del 5 ottobre 2000, C-337/98, Matra-Transport, ECLI:UE:C:2000:543, punto 38).
- 24 In altra direzione sembra muoversi invece la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 12 maggio 2022, C-719/20, Comune di Lerici (ECLI:UE:C:2022:372). Il Comune italiano di Lerici aveva affidato la gestione del servizio comunale dei rifiuti, mediante una decisione espressamente qualificata come «affidamento “in house”», ad una società i cui soci erano esclusivamente Comuni, compreso quello di Lerici. Successivamente, tale società si è trovata in difficoltà finanziarie ed è stata acquisita dalla società quotata in borsa IREN SpA, la quale ha continuato a gestire i servizi trasferiti. La Corte di giustizia UE ha ravvisato in ciò una inammissibile modifica contrattuale. Essa ha statuito che dal tenore letterale dell'articolo 72, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE risulta che l'ambito di applicazione di tale norma ricomprende soltanto il caso in cui il successore dell'aggiudicatario originario prosegua l'esecuzione di un appalto pubblico che è stato oggetto di una procedura di aggiudicazione iniziale conforme ai requisiti imposti dalla direttiva suddetta, tra i quali figura il rispetto dei principi di non discriminazione, di parità e di concorrenza effettiva tra gli operatori economici. Tale interpretazione sarebbe corroborata anche dall'articolo 72, paragrafo 4, della medesima direttiva, ai sensi del quale una modifica del contratto è considerata sostanziale allorché introduce condizioni che, se fossero state incluse nella procedura di appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata o avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di affidamento, nonché dall'obiettivo di apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma anche delle amministrazioni aggiudicatrici.

Pertanto, secondo la Corte, una modifica del contraente come quella in discussione nel procedimento a quo non può rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 72 della direttiva 2014/24, poiché l'appalto pubblico in questione nel procedimento principale è stato inizialmente affidato ad un organismo *in house* senza gara (ECLI:UE:C: 2022:372, punti da 41 a 43).

- 25 Ciò potrebbe deporre a favore di una generale esclusione degli appalti affidati in origine ad un organismo *in house* dall'ambito di applicazione dell'articolo 72 e dunque della disposizione, pertinente nel presente caso, di cui all'articolo 72, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/24/UE, qualora i presupposti per un affidamento *in house* non sussistano più al momento della modifica del contratto.
- 26 Infatti, l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici è di assicurare in tutti gli Stati membri la libera circolazione dei servizi e l'apertura dei mercati ad una concorrenza non falsata. Per perseguire tale duplice obiettivo, il diritto comunitario applica in particolare il principio di non discriminazione in ragione della nazionalità, il principio di parità di trattamento degli offerenti e l'obbligo di trasparenza che ne deriva (CGUE, sentenze del 19 giugno 2008, C-454/06, presstext, ECLI:UE:C:2008: 351, punti 31 e 32, e del 12 maggio 2022, C-719/20, Comune di Lerici, ECLI:UE:C:2022:372, punto 42). Lo scopo perseguito di aprire il settore degli appalti pubblici ad una concorrenza quanto più ampia possibile non verrebbe però raggiunto se la modifica di un appalto affidato *in house* fosse possibile, durante la vigenza del contratto, senza svolgere una nuova procedura di affidamento, malgrado che non sussistano più i presupposti per un siffatto affidamento *in house*. In nessun momento sarebbe possibile per altri offerenti e candidati ottenere l'appalto, e più precisamente: non l'appalto originario, in quanto l'applicazione della direttiva sugli appalti non veniva in questione, e neppure in caso di modifica sostanziale del contratto, in quanto questa troverebbe copertura nell'articolo 72, e nel caso specifico nell'articolo 72, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/24/UE.
- 27 Tuttavia, nell'opinione di questo collegio, non è indiscutibilmente chiaro se la Corte di giustizia UE volesse effettivamente limitare in tal senso l'ambito di applicazione dell'articolo 72, paragrafo 1. Infatti, le considerazioni della Corte possono anche essere intese nel senso che l'articolo 72, paragrafo 1, è invero applicabile in linea di principio nel caso di un originario affidamento *in house*, ma il cambio di appaltatore che viene in discussione non soddisfa i presupposti disciplinati nel paragrafo 1, lettera d), punto ii), del medesimo articolo della direttiva in parola, in forza del quale tale mutamento di appaltatore non può implicare altre modifiche sostanziali dell'appalto.
- 28 In tal modo, la Corte di giustizia non soltanto vede confermato il proprio risultato interpretativo dalla disciplina dettata dall'articolo 72, paragrafo 4, ma argomenta anche che la prosecuzione, da parte della IREN SpA, dell'esecuzione dell'appalto pubblico in discussione nel procedimento principale deriva dalla modifica di una condizione fondamentale dell'appalto, la quale esige lo svolgimento di una gara (CGUE, sentenza del 12 maggio 2022, C-719/20, Comune di Lerici,

ECLI:UE:C:2022:372, punti 42 e 50). Tuttavia, la modifica di una condizione fondamentale di un appalto deve essere equiparata ad una modifica sostanziale dell'appalto, alla quale non è consentito che un cambio di appaltatore ex articolo 72, paragrafo 1, lettera d), punto ii), conduca.

- 29 A favore di un'applicabilità dell'articolo 72, paragrafo 1, lettera c), ad appalti originariamente affidati *in house* senza gara potrebbe forse deporre anche il fatto che, in vista dell'obiettivo del diritto comunitario (v. punto 26), nessuna differenza dovrebbe fare la circostanza che l'appalto sia stato assegnato al di fuori dell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24/UE per il fatto che si trattava di un affidamento *in house* oppure per il fatto che al momento della conclusione del contratto originario le norme comunitarie non erano ancora in vigore.
- 30 A giudizio di questo collegio è invece irrilevante la questione se l'originario affidamento della concessione alle società intervenienti prima della prevista privatizzazione fosse conforme alla normativa sugli appalti, o se la privatizzazione delle società intervenienti a partire dal 1998 rappresentasse una modifica sostanziale dei contratti di concessione, poiché sotto questo profilo il termine semestrale di cui all'articolo 135, paragrafo 2, del GWB introdotto in attuazione dell'articolo 2 septies, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 89/665/CEE è già da tempo scaduto.
- 31 L'intento perseguito con questo termine di decadenza di assicurare la certezza del diritto dopo il decorso di adeguati termini preclusivi minimi verrebbe vanificato se, per qualsiasi successiva modifica, la conformità alla normativa sugli appalti dell'originario affidamento o di precedenti modifiche potesse ancora essere messa in dubbio una volta trascorsi tali termini. Il principio generale della certezza del diritto non consente più una verifica della legittimità dell'affidamento o della modifica di un appalto pubblico una volta trascorso il termine di decadenza previsto (CGUE, sentenza del 26 marzo 2020, C-496/18, Hungeod Közlekedésfejlesztési, ECLI:UE:C:2020:240, punto 102).
- 32 Pertanto, dal punto di vista di questo collegio, la questione sottoposta ai fini della decisione pregiudiziale è rilevante per la soluzione della controversia. Questo collegio non ritiene che la lite possa essere risolta partendo da differenti prospettive giuridiche senza una risposta alla questione sollevata.

[OMISSIS]