

Causa C-692/23**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale presentata ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

17 novembre 2023

Giudice del rinvio:

Gerechtshof Den Haag (Paesi Bassi)

Data della decisione di rinvio:

14 novembre 2023

Ricorrente:

AVR-Afvalverwerking BV

Resistenti:

NV BAR-Afvalbeheer

Gemeente Barendrecht

Gemeente Albrandswaard

Gemeente Ridderkerk

NV Irado

Afvalsturing Friesland NV

Oggetto del procedimento principale

La causa oggetto del procedimento principale verte su appalti di tre comuni della provincia Zuid-Holland (Olanda meridionale, Paesi Bassi) e di una persona giuridica intermedia, aventi ad oggetto lo smaltimento dei rifiuti domestici residui di detti comuni, che a giudizio della ricorrente erroneamente non sono stati oggetto di una procedura di aggiudicazione.

Oggetto e fondamento giuridico della domanda di pronuncia pregiudiziale

La presente domanda ai sensi dell'articolo 267 TFUE verte sulla questione se, ai fini dell'applicazione del «criterio delle attività» di cui alla direttiva 2014/24, da cui consegue che non è obbligatoria una procedura di aggiudicazione, la valutazione debba essere effettuata con riferimento al fatturato della stessa persona giuridica controllata allorché questa fa parte di un gruppo, oppure con riferimento al fatturato del gruppo e come questo debba essere determinato e, nel primo caso, se nella determinazione del fatturato della persona giuridica controllata debba essere preso in considerazione anche il fatturato proveniente da terzi utenti della discarica da essa gestita.

Questioni pregiudiziali

«1. Se il criterio delle attività di cui all'articolo 12, paragrafo 3, primo comma, lettera b), della direttiva 2014/24/UE, in combinato disposto con l'articolo 12, paragrafo 5, della stessa direttiva,

debba essere interpretato nel senso che

allorché la percentuale delle attività ivi indicata viene stabilita sulla base del fatturato e la persona giuridica controllata fa parte di un gruppo,

deve essere preso in considerazione unicamente il fatturato della persona giuridica controllata stessa oppure anche il fatturato delle società collegate o meno all'interno del gruppo, come ad esempio:

(i) il fatturato consolidato, in cui il fatturato della persona giuridica di cui trattasi, sulla base della trasposizione nel diritto nazionale degli articoli 22 e 24 della direttiva 2013/34/UE, deve essere aggiunto a quello delle altre entità del gruppo; oppure

(ii) il fatturato delle entità con cui la persona giuridica controllata forma un'unità economica ai sensi della nozione di impresa del diritto dell'Unione in materia di concorrenza.

2. Se, nel caso in cui la risposta alla prima questione è che deve essere preso in considerazione unicamente il fatturato della stessa persona giuridica controllata, il criterio delle attività menzionato in tale questione

debba essere interpretato nel senso che

il fatturato realizzato presso terzi-utenti, che scaricano rifiuti in una discarica gestita dalla persona giuridica controllata su incarico delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti, deve essere considerato come fatturato ricavato dall'esecuzione di compiti assegnati a detta persona giuridica da dette

amministrazioni aggiudicatrici controllanti, fermo restando che in tale gestione la persona giuridica controllata concorre tra l'altro con operatori privati».

Disposizioni di diritto dell'Unione fatte valere

Articolo 12, paragrafi 1, 3, e 5, della direttiva 2014/24/UE (in prosieguo: la «direttiva 2014/24»)

Considerando 1, 5, prima frase, 31 e 32, primo comma, della direttiva 2014/24

Articoli 22 e 24 della direttiva 2013/34/UE (in prosieguo: la «direttiva 2013/34»)

Disposizioni di diritto nazionale fatte valere

Articoli 2.24, paragrafo 1, 2.24a e 2.24b dell'Aanbestedingswet del 2012 (legge del 2012 sugli appalti, in prosieguo: la «legge sugli appalti»)

Articoli 2:405, 2:406 e 2:410 del Burgerlijk Wetboek (Codice civile dei Paesi Bassi in prosieguo: il «BW»)

Breve esposizione dei fatti e del procedimento principale

- 1 L'AVR (in prosieguo: la «ricorrente») è un'impresa commerciale di trattamento dei rifiuti.
- 2 Nel 1995 i comuni della provincia Friesland hanno costituito l'Afvalsturing Friesland NV (in prosieguo: l'«AF») come impresa comune di trattamento dei rifiuti senza scopo di lucro. AF è a capo di un gruppo di società figlie che sono attive anche in settori diversi dal trattamento dei rifiuti. AF predispone bilanci consolidati in cui consolida i propri dati finanziari con quelli delle sue società figlie, altre società del gruppo e altre persone giuridiche sulle quali può esercitare un'influenza dominante o sulla quale ha la direzione centrale.
- 3 I comuni Barendrecht, Albrandswaard e Ridderkerk (in prosieguo: i comuni «BAR») sono situati nella provincia Zuid-Holland (Olanda meridionale) e hanno costituito la NV BAR-Afvalbeheer (in prosieguo: «BAR») come organizzazione esecutiva senza scopo di lucro per la gestione dei rifiuti.
- 4 La NV Irado (in prosieguo: l'«Irado») è stata costituita da tre altri comuni dell'Olanda meridionale come organizzazione esecutiva senza scopo di lucro per la gestione dei rifiuti e la gestione degli spazi pubblici. Dal 2017 l'Irado ha affidato lo smaltimento dei rifiuti domestici residui a l'AF e in quello stesso anno ne è anche divenuta azionista.
- 5 Per conto dei comuni della provincia della Frisia, AF gestisce essa stessa (dunque non tramite una delle sue società del gruppo) una discarica (in prosieguo: la

«discarica») dove vengono scaricati rifiuti residui non domestici, tra l'altro rifiuti aziendali e rifiuti provenienti dal risanamento del suolo.

- 6 Nei Paesi Bassi per le discariche vige la programmazione della capacità, ai sensi del terzo Landelijke Afvalbeheerplan (Piano nazionale per la gestione dei rifiuti, in prosieguo: il «LAP»). In base a detta programmazione le discariche nel paese sono gestite sia da operatori privati che da organismi pubblici.
- 7 Fino al 31 dicembre 2019, ogni comune BAR aveva un proprio accordo con diverse imprese di trattamento dei rifiuti e la ricorrente trattava i loro rifiuti domestici residui in forza di detti accordi. Nel 2019 i comuni BAR hanno deciso di far partecipare BAR all'Irado e di assegnare all'Irado l'appalto di raccogliere e trattare i loro rifiuti domestici residui. Il 13 dicembre 2019 l'Irado e l'AF hanno stipulato un accordo avente ad oggetto, tra l'altro, il trattamento dei rifiuti domestici residui dei comuni BAR. Il 20 dicembre 2019, BAR e l'Irado hanno stipulato un contratto di prestazione di servizi avente ad oggetto, tra l'altro, il trattamento dei rifiuti domestici residui dei comuni BAR. Il 31 dicembre 2019 BAR è divenuta azionista dell'Irado.
- 8 La ricorrente ha presentato dinanzi al rechtbank Den Haag (tribunale dell'Aia, Paesi Bassi) ricorsi diretti ad ottenere l'annullamento o, in subordine, la risoluzione o il divieto di esecuzione dei contratti tra l'Irado e l'AF, da un lato, e l'Irado e BAR, dall'altro lato, per i quali a suo avviso avrebbe dovuto essere indetta una gara d'appalto.
- 9 Il rechtbank Den Haag (tribunale dell'Aia, Paesi Bassi) ha respinto i ricorsi in parola.
- 10 La ricorrente ha impugnato questa decisione dinanzi al gerechtshof Den Haag (corte d'appello dell'Aia, Paesi Bassi) e chiede un risarcimento dei danni dalle resistenti.

Argomenti essenziali delle parti nel procedimento principale

Contesto giuridico

- 11 Nella sua sentenza del 18 novembre 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, punto 50) (in prosieguo: la «sentenza Teckal»), la Corte ha dichiarato che le regole sugli appalti non sono applicabili allorché un'amministrazione aggiudicatrice affida un appalto a una persona giuridicamente distinta, sulla quale l'amministrazione aggiudicatrice eserciti il controllo e ove questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano. Quest'ultima condizione è nota come il «criterio delle attività».
- 12 Il solo fatto che entrambe le parti di un accordo siano esse stesse autorità pubbliche non esclude di per sé l'applicazione delle norme sugli appalti. Tuttavia,

l'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici non dovrebbe interferire con la libertà delle autorità pubbliche di svolgere i compiti di servizio pubblico affidati loro utilizzando le loro stesse risorse. D'altro canto, la cooperazione esentata tra autorità pubbliche non deve dar luogo a una distorsione della concorrenza nei confronti di operatori economici privati [considerando 31 della direttiva sugli appalti; v. anche sentenza della Corte dell'11 maggio 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308) (in prosieguo: la sentenza «Carbotermo»), punto 59].

- 13 Proprio in relazione a questo punto è decisivo il criterio delle attività. Detto criterio è soddisfatto se la persona giuridica controllata svolge per più dell'80 % attività che le sono state affidate dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate da detta amministrazione (considerando 33 e articolo 12, paragrafo 1, della direttiva sugli appalti). Qualora la persona giuridica controllata svolge la parte più importante delle sue attività per l'amministrazione aggiudicatrice e dunque ogni altra attività è soltanto marginale, non si configura più concorrenza (sentenza Carbotermo, punto 62), in caso contrario invece esiste ancora.
- 14 Inoltre, nella sentenza Undis Servizi, la Corte ha dichiarato che qualsiasi deroga all'obbligo di indire una gara deve essere interpretata restrittivamente (punto 29). Dato che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, l'eccezione relativa agli affidamenti detti «in house» è giustificata allorché l'ente affidatario fa praticamente parte dei servizi interni dell'amministrazione aggiudicatrice (anche se ne è giuridicamente distinto), e quest'ultima «ricorre dunque ai propri strumenti» (punto 30). A tal fine è richiesto che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'ente affidatario un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi e che tale ente svolga l'attività prevalente a favore dell'amministrazione aggiudicatrice (punto 31).

Argomenti delle parti

- 15 Il procedimento principale verte sulla questione se l'AF soddisfi il criterio delle attività.
- 16 Secondo la ricorrente, ai fini dell'applicazione del criterio delle attività occorre prendere in considerazione il fatturato consolidato. Occorre infatti tenere conto del fatturato del gruppo o dell'impresa di cui la persona giuridica controllata fa parte (nel senso di un'unità economica, che può consistere di diverse persone fisiche o giuridiche), giacché soltanto in quel modo si può tenere debitamente conto della realtà concreta ed economica. La ricorrente osserva che l'AF è collegata con le sue affiliate sotto il profilo economico e organizzativo, di modo che di fatto si configura un'unica impresa. Se si prendesse in considerazione soltanto il fatturato della stessa persona giuridica controllata, questo determinerebbe un numero ingiustificatamente elevato di deroghe all'applicabilità della direttiva 2014/24 e

con questo una riduzione della concorrenza, il che sarebbe contrario all'obiettivo delle norme in materia di appalti. Inoltre una persona giuridica controllata potrebbe eludere il rapporto 80/20 operando all'interno di un gruppo, e operando in detto contesto per più dell'80 % a favore delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti e lasciando operare sul libero mercato una o più società del gruppo.

- 17 Secondo i resistenti, nel calcolo della percentuale del fatturato generato dalle attività svolte dall'AF nell'esecuzione di funzioni ad essa affidate dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti (in prosieguo: «il fatturato di esecuzione delle funzioni») occorre tenere conto del fatturato della stessa AF, giacché l'articolo 12, paragrafo 3, primo comma, lettera b), della direttiva 2014/24 rinvia alle attività della *persona giuridica* e, ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 5, di detta direttiva, si può prendere in considerazione anche una idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla *persona giuridica* in questione relativamente ai servizi, e detto fatturato ammonta a più dell'80 %, cosicché le norme sugli appalti non sono applicabili. Se si tenesse conto del fatturato consolidato, si includerebbe nel calcolo anche il fatturato di altre persone giuridiche, il che causerebbe un'applicazione del criterio delle attività *contra legem*. Infine i resistenti ritengono che, ove si dovesse prendere in considerazione un fatturato diverso da quello della *persona giuridica* controllata, il fatturato consolidato non offrirebbe un collegamento idoneo giacché le norme di consolidamento sono troppo tecniche e complicate e sono accompagnate da molte eccezioni.
- 18 Riguardo alla seconda questione pregiudiziale, la ricorrente sostiene che nella discarica di cui trattasi non si possono scaricare rifiuti domestici residui e che l'AF in quella discarica concorre con operatori privati, cosicché il suo fatturato generato da quella discarica non può essere preso in considerazione come fatturato di esecuzione delle funzioni.
- 19 I resistenti sostengono che la provincia può concedere un'esenzione per lo scarico di rifiuti residui del trattamento di rifiuti domestici, e rinviando alla sentenza Carbotermo, in cui la Corte ha dichiarato che il fatturato generato dallo scarico (in prosieguo: il «fatturato di scarico») deve essere preso in considerazione come fatturato di esecuzione delle funzioni, senza riguardo alla circostanza se il fatturato venga realizzato presso imprese. Ai sensi di detta sentenza, le attività svolte dalla *persona giuridica* controllata a favore dell'ente o degli enti che la controllano in virtù delle decisioni di affidamento non favoriscono soltanto le stesse amministrazioni aggiudicatrici controllanti, ma anche «terzi utenti». Quando detti terzi utenti pagano per questo servizio, come nel caso di specie, anche tale fatturato deve essere preso in considerazione come fatturato di esecuzione delle funzioni.

Breve esposizione della motivazione del rinvio

- 20 Riguardo all'applicazione del criterio delle attività, in considerazione delle posizioni discordanti delle parti al riguardo e del fatto che la giurisprudenza sopra citata non offre una soluzione per il caso di specie, per il giudice del rinvio non è chiaro se nella determinazione del fatturato si debba tenere conto del fatturato della stessa AF oppure del fatturato del gruppo, e in quest'ultimo caso come debba essere determinato detto fatturato del gruppo. La determinazione del fatturato è di rilevanza determinante per rispondere alla questione se le norme sugli appalti siano applicabili o meno e dunque per la definizione del procedimento principale.
- 21 Qualora debba essere preso in considerazione il fatturato della stessa AF, occorre chiedersi se il fatturato dell'AF, realizzato grazie alla discarica, possa essere considerato come fatturato di esecuzione delle funzioni, determinante per rispondere alla questione se sia soddisfatto il criterio delle attività e dunque per la definizione del procedimento principale. Dalla sentenza Carbotermo emerge che il fatturato realizzato presso terzi può essere considerato come fatturato di esecuzione delle funzioni. Il fatturato decisivo per un'impresa controllata è infatti quello realizzato in virtù di decisioni di affidamento, compreso quello derivante nell'esecuzione di tali decisioni dallo svolgimento di attività per utenti. Le attività da prendere in considerazione sono infatti tutte le attività svolte dalla stessa impresa a cui è stato affidato l'incarico nel quadro di tale affidamento, senza riguardo al fatto se la stessa amministrazione aggiudicatrice oppure l'utente ne tragga vantaggio. Non ha importanza chi rimborsi l'impresa in questione, se l'amministrazione aggiudicatrice o i terzi utenti dei servizi (sentenza Carbotermo, punti da 65 a 67). A questo si contrappone l'argomento della ricorrente secondo cui l'AF, come persona giuridica controllata, nella gestione della discarica concorre con operatori privati, cosicché non è chiaro al 100 % se il suo fatturato di scarico possa essere considerato come fatturato di esecuzione delle funzioni. Per questo il giudice del rinvio si vede costretto a presentare anche la seconda questione pregiudiziale.