

Causa C-459/23**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

21 luglio 2023

Giudice del rinvio:

Sąd Najwyższy (Polonia)

Data della decisione del rinvio:

21 aprile 2023

Parte attrice:

E. S.A.

Parte convenuta:

W. sp. z o.o.

Bank S.A.

Oggetto del procedimento davanti al giudice del rinvio

Azione, promossa da E. Spółka Akcyjna con sede in G contro W. sp. z o.o. con sede in P. e Bank Spółka Akcyjna, di accertamento dell'inesistenza del rapporto obbligatorio costituito in base al «contratto di vendita di diritti patrimoniali» (CPA - certificate purchase agreement) concluso in data 24 febbraio 2011 tra E. Spółka Akcyjna con sede in G. e W. sp. z o.o. con sede in P.

Oggetto e fondamento normativo della questione pregiudiziale

1) Standard dell'Unione in materia di designazione dei giudici nazionali, senza il loro consenso, a giudicare in un'unità organizzativa di un organo giurisdizionale nazionale diversa da quella in cui prestano normalmente servizio. 2) Interpretazione di alcune disposizioni della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali nonché dell'articolo 2 quinquies, paragrafo 1, lettera a),

della 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. 3) Interpretazione del principio generale del divieto dell'abuso del diritto. Fondamento normativo: articolo 267 TFUE.

Questioni pregiudiziali

1. Se l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, alla luce dell'interpretazione adottata dalla Corte di giustizia nella sentenza nella causa W.Ż., C 487/19, debba essere interpretato nel senso che la designazione di un giudice del Sąd Najwyższy (Corte suprema polacca; in prosieguo: la «Corte suprema»), senza il suo consenso, per esercitare, temporaneamente, le funzioni giudicanti presso un'altra sezione della Corte suprema, viola il principio di inamovibilità e di indipendenza dei giudici, analogamente al trasferimento di un giudice di un organo giurisdizionale ordinario tra due sezioni dello stesso organo giurisdizionale, quando:

- il giudice viene designato per esercitare le funzioni giudicanti in cause in una materia che non coincide con la competenza per materia della sezione presso la quale il giudice della Corte suprema era stato nominato per esercitare le funzioni giudicanti;
- al giudice non è garantito alcun rimedio giurisdizionale che soddisfi i requisiti di cui al punto 118 della sentenza W.Ż., C-487/18 esperibile avverso la decisione che dispone tale designazione;
- il decreto del Pierwszy Prezes SN (Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego; primo presidente della Corte suprema; in prosieguo: il «PPSN») che dispone la designazione per esercitare le funzioni giudicanti presso un'altra sezione nonché il decreto del presidente che dirige i lavori dell'ICSN (Izba Cywilna Sądu Najwyższego; Sezione civile della Corte suprema; in prosieguo: l'«IC.SN») di assegnazione delle cause specifiche, sono stati adottati da persone nominate giudice della Corte suprema nelle stesse circostanze di cui alla causa W.Ż., C 487/18 e, alla luce della giurisprudenza finora pronunciata, i procedimenti giudiziari ai quali partecipano siffatte persone sono nulli o violano il diritto delle parti ad un equo processo previsto dall'articolo 6 CEDU;
- la designazione di un giudice, senza il suo consenso, per un periodo di tempo determinato, per esercitare le funzioni giudicanti presso una sezione della Corte suprema diversa da quella in cui quest'ultimo è in servizio, mantenendo, al contempo, l'obbligo di esercitare le funzioni giudicanti presso la sezione di appartenenza, non ha alcun fondamento nel diritto nazionale;

- la designazione di un giudice, senza il suo consenso, per un periodo di tempo determinato, per esercitare le funzioni giudicanti presso una sezione della Corte suprema diversa da quella in cui quest'ultimo è in servizio, comporta una violazione dell'articolo 6, lettera b), della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (GU 2003, L 299).

2. Indipendentemente dalla risposta alla prima questione, se l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE debba essere interpretato nel senso che non costituisce un organo giurisdizionale «costituito per legge» l'organo giurisdizionale composto a seguito all'adozione da parte del PPSN del decreto che dispone la designazione per esercitare le funzioni giudicanti presso un'altra sezione della Corte suprema nonché del decreto del presidente che dirige i lavori dell'IC.SN di assegnazione delle cause specifiche, emessi da persone che sono state nominate alla funzione di giudice presso la Corte suprema nelle stesse circostanze come quelle della causa W.Ż., C 487/18, nella situazione in cui dalla giurisprudenza finora elaborata risulta che i procedimenti giudiziari ai quali partecipano tali persone sono nulli o violano il diritto delle parti ad un equo processo previsto dall'articolo 6 CEDU.

3. In caso di risposta affermativa alla prima questione o di risposta alla seconda questione nel senso che l'organo giurisdizionale così costituito non è un organo giurisdizionale «costituito per legge», se l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE nonché il principio del primato del diritto dell'Unione debbano essere interpretati nel senso che i giudici nominati a far parte della composizione di un organo giurisdizionale costituito secondo le modalità descritte nelle questioni n. 1 e n. 2, possono rifiutarsi di svolgere l'attività nella causa loro assegnata, compreso l'esercizio delle funzioni giudicanti, ritenendo essi inesistente il decreto con il quale è stata disposta la loro designazione per esercitare le funzioni giudicanti presso un'altra sezione della Corte suprema nonché il decreto di assegnazione delle cause specifiche, o se invece essi debbano pronunciare una decisione, lasciando alle parti la scelta in ordine ad un eventuale ricorso avverso la suddetta pronuncia per violazione del diritto delle parti di essere giudicate da un organo giurisdizionale che soddisfi i requisiti di cui all'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE nonché all'articolo 47 della Carta.

4. In caso di risposta alle suddette questioni nel senso che il giudice del rinvio è un organo giurisdizionale costituito per legge ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, se l'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), in combinato disposto con l'articolo 20 e con l'articolo 1, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU 2004, L 134, pag. 1, come modificata) debba essere interpretato nel senso che un'impresa pubblica di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), di tale direttiva, che svolge un'attività avente ad oggetto la vendita all'ingrosso e al dettaglio dell'energia elettrica, è obbligata ad acquistare i certificati verdi di cui all'articolo 2, lettere k – l), della

direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, che modifica la direttiva 2003/87/CE al fine di perfezionare ed estendere il sistema comunitario per lo scambio di quote di emissione di gas a effetto serra (GU 2009, L 140, pag. 16, come modificata), mediante appalti pubblici.

5. In caso di risposta affermativa alla quarta questione, se l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva 2004/17, debba essere interpretato nel senso che occorre stipulare un accordo quadro tra tale impresa e un produttore di energia da fonti rinnovabili secondo la procedura prevista per gli appalti pubblici nell'ipotesi in cui il valore complessivo stimato (ma non specificato nell'accordo) dei certificati verdi acquistati in esecuzione di tale accordo superi la soglia di cui all'articolo 16, lettera a), della medesima direttiva, ma il valore delle singole operazioni effettuate in esecuzione di tale accordo non superi tale soglia.

6. In caso di risposta affermativa alla quarta e alla quinta questione, se la conclusione di un contratto in totale violazione delle norme sugli appalti pubblici costituisca un'ipotesi di cui all'articolo 2 quinquies, paragrafo 1, lettera a), della 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, come modificata), o se invece si tratti di un'altra ipotesi di violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici che consente di dichiarare invalido un contratto al di fuori della procedura prevista dalla legge nazionale di recepimento della suddetta direttiva.

7. In caso di risposta affermativa alle questioni dalla quarta alla sesta, se il principio generale che vieta l'abuso di diritto debba essere interpretato nel senso che un'impresa aggiudicatrice, di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/17, non può chiedere l'annullamento di un contratto concluso con un fornitore in violazione delle disposizioni nazionali di recepimento delle direttive dell'Unione in materia di appalti pubblici, qualora il motivo effettivo per cui si chiede l'annullamento del contratto non sia il rispetto del diritto dell'Unione, bensì una riduzione della redditività della sua esecuzione da parte dell'impresa aggiudicatrice.

Disposizioni del diritto dell'Unione rilevanti

Articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TFUE

Articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro;

Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali;

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

Disposizioni del diritto nazionale rilevanti

Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (legge dell'8 dicembre 2017 sulla Corte suprema, Polonia; in prosieguo: la «legge sulla Corte suprema»): articoli 1, 3, 30, 31 e 35

Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (legge del 27 luglio 2001 sull'organizzazione degli organi giurisdizionali ordinari, Polonia; in prosieguo: la «legge sull'organizzazione degli organi giurisdizionali ordinari»): articolo 22a

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (legge del 26 giugno 1974 recante la promulgazione del codice del lavoro, Polonia; in prosieguo: il «codice del lavoro»): articolo 140

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (legge del 29 gennaio 2004 recante la promulgazione del diritto degli appalti pubblici, Polonia; in prosieguo: la «legge sugli appalti pubblici»): articoli 132, 138a, 146

Breve esposizione dei fatti e del procedimento

- 1 L'attrice si occupa di commercio di energia elettrica. Il suo unico azionista è E. Spółka Akcyjna. In tale società il Tesoro di Stato detiene più del 50% delle azioni. La convenuta n. 1 è attiva nel settore della generazione, trasmissione e distribuzione di energia elettrica. La convenuta n. 2 è una banca.
- 2 Il 24 febbraio 2011 l'attrice (E. Spółka Akcyjna) ha concluso con la W. sp. z o.o. (convenuta n. 1) un «contratto di vendita dei diritti patrimoniali n. (...)». (CPA – certificate purchase agreement; in prosieguo: il «contratto di acquisto dei certificati»). In base a tale contratto la convenuta n. 1 si è impegnata nei confronti dell'attrice a trasferire la proprietà di tutti i diritti patrimoniali derivanti dai certificati di origine ricevuti in relazione alla produzione di energia da fonti rinnovabili (FRE) mentre l'attrice si è impegnata ad acquistare tutti i diritti patrimoniali derivanti da tali certificati mediante transazioni straordinarie sul mercato dei diritti patrimoniali della Borsa dell'Energia. Nel contratto di acquisto dei certificati è stato determinato il corrispettivo per i diritti patrimoniali acquisiti

per l'importo di 0,91 x OzJ (la tariffa unitaria sostitutiva applicabile durante il periodo in cui è stata generata l'energia da FRE).

- 3 La convenuta n. 1 ha stipulato con la convenuta n. 2 un contratto di cessione dei crediti al fine di garantire i crediti del convenuto n. 2 a titolo dei contratti di mutuo concessi alla convenuta n. 1.
- 4 Inizialmente, l'attrice acquistava i certificati di origine dalla convenuta n. 1 in conformità al contratto di acquisto dei certificati. In seguito ha tentato, senza successo, di rinegoziare le condizioni di prezzo. Il contratto di acquisto dei certificati veniva eseguito dalle parti dal 22 febbraio 2012 al 31 luglio 2017. Nel settembre 2017, il consiglio di amministrazione dell'attrice ha deciso di sospendere l'adempimento di circa 150 contratti di vendita dei diritti patrimoniali derivanti da certificati di origine, analoghi al contratto di acquisto dei certificati di cui trattasi nella presente causa. Da tale momento gli ordini di vendita dei certificati di origine presentati dalla convenuta n. 1 non sono stati accettati dall'attrice.
- 5 L'attrice ha proposto davanti al Sąd Okręgowy w Gdańsku (Tribunale regionale di Danzica, Polonia) l'azione di accertamento dell'inesistenza del rapporto obbligatorio che è sorto a seguito della conclusione del contratto di acquisto dei certificati in questione.
- 6 Secondo l'attrice il contratto di acquisto dei certificati è nullo ai sensi dell'articolo 353¹ in combinato disposto con l'articolo 58, paragrafo 1, del kodeks cywilny (codice civile polacco; in prosieguo: il «c.c.») e con l'articolo 7, paragrafo 3, nonché l'articolo 132, paragrafo 1, punto 3, della legge sugli appalti pubblici, del 29 gennaio 2004 (testo unico vigente al momento della conclusione del contratto di acquisto dei certificati; Dz. U. 2010, n. 113, posizione 759, come modificato; in prosieguo: la «legge sugli appalti pubblici»).
- 7 Il tribunale regionale di Danzica con sentenza del 6 dicembre 2018 ha rigettato la domanda.
- 8 Il Sąd Apelacyjny w Gdańsku (Corte d'appello di Danzica, Polonia), con sentenza del 13 agosto 2019, ha rigettato l'appello dell'attrice avverso la sentenza del Tribunale regionale.
- 9 L'attrice ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte d'appello.
- 10 L'attrice ha eccepito nel ricorso diverse violazioni del diritto processuale e sostanziale nazionale. Le eccezioni di violazione del diritto sostanziale riguardano principalmente l'errata interpretazione di varie disposizioni della legge sugli appalti pubblici, poiché in contrasto con la corretta interpretazione delle disposizioni delle direttive dell'Unione (direttiva: 2004/17; 2009/28; 92/13, 2014/25). Di conseguenza, una decisione sulla fondatezza dei motivi del ricorso per cassazione richiede una preventiva interpretazione delle disposizioni del

diritto dell'Unione che sono state recepite nell'ordinamento polacco dalle disposizioni nazionali invocate a sostegno del ricorso per cassazione.

- 11 Con decisione del 26 maggio 2020 il Sąd Najwyższy (Corte suprema, Polonia) ha ammesso l'esame del ricorso per cassazione. Con ordinanza del 2 giugno 2022 il Presidente della Prima Sezione civile della Corte suprema ha assegnato la causa al ruolo del giudice Karol Weitz con il numero II CSKP 1588/22. Con l'ordinanza del Primo presidente della Corte suprema n. 23/2023 del 15 febbraio 2023, relativa alla designazione temporanea di un giudice della Corte suprema a giudicare nella Sezione civile, il giudice Dawid Miąsik è stato designato a giudicare nella Sezione civile della Corte suprema a tempo determinato, dal 1° aprile 2023 al 30 giugno 2023, e sono state stabilite, al contempo, le regole di assegnazione delle cause per ogni mese di designazione. Successivamente, con l'ordinanza del Presidente della Prima Sezione della Corte suprema del 2 marzo 2023, la causa II CSKP 1588/22 è stata assegnata al ruolo del giudice della Corte suprema, Dawid Miasik, e la base per il cambio del giudice relatore era costituita dalla suddetta ordinanza n. 25/2023, con data prevista per l'udienza della causa nell'aprile 2023. Con l'ordinanza del 22 marzo 2023 è stata fissata la data dell'udienza in camera di consiglio per il 21 aprile 2023. Il collegio della Corte suprema così istituito per trattare la presente causa è composto da due giudici della Sezione del lavoro e della previdenza sociale della Corte suprema e, in qualità di presidente dell'udienza, da un giudice che normalmente giudica nella Sezione civile della Corte suprema. La giudice della Corte suprema, Jolanta Frańczak, è stata designata a giudicare in modo analogo al giudice relatore.

Breve motivazione del rinvio

Dalla prima alla terza questione

- 12 Per quanto riguarda le questioni dalla prima alla terza, identiche a quelle della causa C-455/23, il giudice del rinvio condivide la posizione del giudice del rinvio in tale causa e si richiama alla stessa.

Quarta questione

- 13 Tale questione riguarda l'interpretazione dell'articolo 3, paragrafo 3, della direttiva 2004/17. La questione è se il diritto dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso che un'impresa di commercio di energia elettrica sia obbligata ad acquistare certificati verdi mediante la procedura prevista dalla normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici. Dalla citata disposizione della direttiva 2004/17 si evince che tale direttiva riguarda due tipi di attività: a) la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di elettricità; b) l'alimentazione di tali reti con l'elettricità.
- 14 Tale disposizione è stata interpretata nella giurisprudenza nazionale, basata sull'articolo 132, paragrafo 1, punto 3, della legge sugli appalti pubblici del 2004,

nel senso che non comprende le imprese di commercio come l'attore. L'articolo 132, paragrafo 1, punto 3, della legge sugli appalti pubblici considerava attività settoriali solo la «creazione di reti» destinate a fornire servizi di produzione, trasmissione o distribuzione di elettricità e l'«alimentazione di tali reti con l'elettricità». L'attrice non è una produttrice di energia, di conseguenza non fornisce «energia alla rete», né crea tali reti.

- 15 Solo dal 28 luglio 2016 è in vigore l'articolo 132, paragrafo 1a, della legge sugli appalti pubblici [aggiunto con la ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (legge del 22 giugno 2016 sulla modifica della legge sugli appalti pubblici e di alcune altre leggi, Polonia; Dz. U. posizione 1020), ai sensi del quale «La distribuzione, di cui al paragrafo 1, punti 3 e 4, deve essere intesa anche come vendita all'ingrosso e al dettaglio». Pertanto, solo dopo la conclusione del contratto di acquisto dei certificati è stata introdotta la normativa in base alla quale l'attrice, che esercita l'attività di commercio dell'energia, è trattata come un'aggiudicatrice di settore. L'aggiunta del paragrafo 1a all'articolo 132 della legge sugli appalti pubblici è considerata dalla giurisprudenza come una conferma della correttezza della prassi seguita dalle imprese del settore energetico negli anni 2005-2015 di non applicare la legge sugli appalti pubblici alle transazioni per l'acquisto di certificati verdi. Tale posizione è avvalorata anche dall'aggiunta dell'articolo 138a della legge sugli appalti pubblici. Tale disposizione ha escluso dall'assoggettamento al regime previsto dalla legge sugli appalti pubblici le imprese che svolgono l'attività di cui all'articolo 132, paragrafo 1, punto 3 (e quindi consistente nella creazione di reti energetiche e non nella vendita di energia) per quanto riguarda l'acquisto di certificati verdi.
- 16 La Corte suprema osserva, tuttavia, che il considerando 23 della direttiva 2014/25 chiarisce che «allorché in essa si fa riferimento all'alimentazione con l'elettricità rientrano in questo concetto la produzione, la vendita all'ingrosso e la vendita al dettaglio di energia elettrica». In questa situazione non è chiaro se l'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), della direttiva 2004/17, avente lo stesso tenore (come l'articolo 9, paragrafo 1, lettera b, della direttiva 2014/25), debba essere interpretato tenendo conto del considerando 23 della direttiva 2014/25. Il contenuto di tale considerando della direttiva 2014/25 («senza estendere in alcun modo l'ambito di applicazione della presente direttiva») può essere letto come una mera conferma di una particolare interpretazione del concetto di attività settoriali che avrebbe dovuto essere adottata già nel contesto della direttiva 2004/17.
- 17 Dalle decisioni della Commissione europea emesse in base alla direttiva 2004/17 (per esempio la decisione 2007/141/CE) emerge che il commercio dell'elettricità è stato trattato come un'attività settoriale.
- 18 La quarta questione riguarda, altresì, l'interpretazione dell'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), in combinato disposto con l'articolo 20 della direttiva 2004/17, ossia, se l'acquisto di certificati verdi avvenga ai fini dello svolgimento dell'attività consistente nella fornitura dell'elettricità. Si tratta infatti di un acquisto effettuato

per adempiere all'obbligo di legge relativo alla promozione delle fonti energetiche rinnovabili. L'attività consistente nella vendita dell'elettricità può essere svolta senza acquistare certificati verdi, anche se ciò comporta l'applicazione di una tassa sostitutiva o di una sanzione pecuniaria. L'acquisto di certificati verdi non è quindi «finalizzato» all'esercizio dell'attività consistente nella vendita di elettricità.

- 19 D'altra parte, poiché il legislatore ha imposto alle imprese di commercio dell'energia elettrica l'obbligo di acquistare certificati verdi, il loro acquisto è comunque una conseguenza dello svolgimento dell'attività di fornitura di energia elettrica.
- 20 Inoltre, se si dovesse comunque ritenere che l'acquisto di certificati verdi non rientri nell'ambito delle attività settoriali e, pertanto, non avvenga ai fini dello svolgimento di tali attività ai sensi dell'articolo 20 della direttiva 2004/17, il legislatore nazionale non avrebbe introdotto nell'articolo 138 bis, paragrafo 1, della legge sugli appalti pubblici un'esclusione per questo tipo di acquisti. L'attrice fa riferimento alla necessità di un'interpretazione estensiva dell'attività settoriale e degli appalti effettuati «ai fini dell'esercizio di tale attività», come comprensivi anche di quelli indirettamente collegati alle attività settoriali, richiamando la sentenza della Corte di giustizia del 10 aprile 2008, Ing. Aigner, Wasser-Warme-Umwelt, GmbH contro Fernwärme Wien GmbH, C-393/06, (ECLI:EU:C:2008:213, punti da 28 a 33). Con tale sentenza è stato stabilito che, affinché un appalto rientri nel regime degli appalti settoriali è sufficiente che l'appalto «abbia un legame» con lo svolgimento di un'attività settoriale. Tale legame esiste indubbiamente tra l'obbligo di presentare certificati verdi e l'attività principale dell'attrice consistente nella vendita di energia, poiché il volume delle vendite totali di energia determina il numero di certificati verdi che l'attrice deve acquistare sul mercato.
- 21 Allo stesso tempo nella suddetta sentenza (punto 27) la Corte ha sottolineato che le disposizioni della direttiva 2004/17 devono essere interpretate restrittivamente, e ciò avvalorerebbe la tesi secondo la quale un'impresa pubblica come l'attrice non è obbligata ad acquistare i certificati verdi tramite la procedura degli appalti pubblici.
- 22 Il giudice del rinvio sottolinea inoltre la differenza tra lo scopo dell'acquisto dei certificati verdi (a sostegno della politica per la tutela dell'ambiente) e gli scopi della tutela della concorrenza in relazione ai quali la legge prescrive l'aggiudicazione di appalti settoriali nell'ambito di procedure concorsuali.

Quinta questione

- 23 La quinta questione riguarda l'aspetto dell'assoggettamento del contratto di acquisto di certificati al regime degli appalti pubblici, in considerazione della sua concezione.
- 24 Finora, nel corso del procedimento, si è ritenuto che il contratto di acquisto di certificati non rientrasse nell'ambito di applicazione della normativa sugli appalti

pubblici perché le singole transazioni di trasferimento dei diritti sui certificati di origine concluse in esecuzione dello stesso non hanno superato le soglie dell'Unione previste per gli appalti settoriali. Tali soglie, alla data di conclusione del contratto di acquisto dei certificati, erano pari a 387.000 euro. È stato accertato che il valore totale annuo delle transazioni effettuate dall'attrice e dalla convenuta n. 1 in base al contratto di acquisto di certificati ammontava a circa 3.000.000 PLN (e ciò costituiva circa il doppio della soglia dell'Unione in base al tasso di cambio dell'euro alla data della conclusione del contratto di acquisto dei certificati). Nell'eseguire il contratto di acquisto di certificati, le parti concludevano generalmente una transazione al mese dal valore medio di 65.000 EUR. Tali transazioni non superavano la soglia dell'Unione. È stato stabilito che non vi era alcuna base per considerare tutte le transazioni della sessione come un unico appalto pubblico in quanto il contratto di acquisto di certificati non specificava la quantità di energia elettrica che doveva essere coperta dai certificati di origine rilasciati dal Presidente dell'UR, né l'importo della prestazione dell'attrice in favore della convenuta n. 1. Pertanto, il contratto di acquisto di certificati non è stato considerato un accordo quadro, ma solo un contratto che obbligava a concludere contratti di vendita dei diritti patrimoniali, il che significava che solo i contratti esecutivi (contratti di vendita dei certificati di origine dell'energia rilasciati alla convenuta n. 1 in un determinato mese) dovevano essere conclusi seguendo la procedura stabilita nella legge sugli appalti pubblici.

- 25 Pertanto, poiché il contratto di acquisto di certificati non specificava a priori il valore delle transazioni da concludere in base allo stesso e il valore di ciascun contratto esecutivo non superava le soglie dell'Unione, il contratto di acquisto di certificati non rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione sugli appalti pubblici.
- 26 Secondo l'attrice, nel caso in cui si intenda invece acquistare beni di tipo identico, nell'ambito di contratti di vendita stipulati con un unico contraente, in un periodo di tempo predeterminato, per perseguire un unico obiettivo economico, il valore dell'appalto dovrebbe corrispondere al valore totale di tutti i beni che l'ente aggiudicatore intende acquistare. L'attrice ha fatto valere il divieto di suddivisione degli appalti al fine di eludere le soglie dell'Unione previste dal diritto nazionale e dall'articolo 17, paragrafo 2, della direttiva 2004/17. Il contratto di acquisto di certificati riguardava infatti gli appalti esecutivi aventi il medesimo oggetto, conclusi tra le stesse parti in un determinato lasso di tempo.
- 27 In alternativa, l'attrice propone di considerare come valore dell'appalto tutti i certificati di origine acquistati in un determinato anno solare da tutti (compresa la convenuta n. 1) i produttori di energia rinnovabile al fine di adempiere all'obbligo di presentare i certificati di origine dell'energia ai fini dell'ammortamento.
- 28 Occorre pertanto interpretare le disposizioni del diritto dell'Unione richiamate nella quinta questione al fine di stabilire se un contratto come il contratto di acquisto di certificati, avente ad oggetto la determinazione delle condizioni,

riguardanti il prezzo e la quantità, in base alle quali l'ente aggiudicatore stipulerà i futuri contratti esecutivi, sia soggetto al diritto sugli appalti pubblici in quanto accordo quadro (articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva 2004/17) nonché al fine di stabilire in che modo debba essere accertato, nel contesto di un procedimento per l'accertamento dell'inesistenza del contratto, il superamento delle soglie dell'Unione che condizionano l'applicazione del regime degli appalti pubblici stabilito dal diritto dell'Unione. Occorre stabilire se, in tale situazione, per l'assoggettamento alla normativa sugli appalti sia determinante il valore dell'appalto stimato ex ante o solo ex post, sulla base del valore effettivo delle transazioni esecutive concluse in un determinato anno solare, oppure il valore totale di tutte le transazioni esecutive effettuate, nessuna delle quali supera singolarmente le soglie previste dal diritto dell'Unione.

Sesta questione

- 29 La sentenza impugnata si basa sul presupposto che se si dovesse ritenere che il contratto di compravendita è stato stipulato in violazione della legge sugli appalti pubblici consistente nella totale inosservanza della procedura di aggiudicazione dei contratti prevista da tale legge, l'unico modo ammissibile per un'eventuale contestazione della validità di tale contratto è disciplinato dall'articolo 146 della legge sugli appalti pubblici. Tale disposizione specifica i presupposti per l'annullamento di un contratto. Allo stesso tempo, esclude l'applicazione dell'articolo 189 del Kodeks Postępowania Cywilnego (codice di procedura civile, Polonia) (su cui si basa la domanda dell'attore) per accertare l'invalidità del contratto. L'elenco dei motivi di annullamento di un contratto ai sensi dell'articolo 146 della legge sugli appalti pubblici è esaustivo. Nel caso di specie, si applica solo l'articolo 146, paragrafo 1, punto 2, della legge sugli appalti pubblici, ai sensi del quale «il contratto è annullabile se l'ente aggiudicatore non ha pubblicato il bando di gara nel Bollettino degli appalti pubblici o non ha trasmesso il bando di gara all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea». Tale disposizione recepisce nel diritto polacco l'articolo 2quinquies, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 92/13 come modificata dalla 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).
- 30 I tribunali di entrambi i gradi di giudizio hanno interpretato tale disposizione nel senso che la stessa comprende nel suo ambito l'omesso svolgimento della procedura degli appalti pubblici ove sia obbligatoria. Essi hanno ritenuto che tale disposizione costituisca una base giuridica per l'applicazione della sanzione prevista nei casi di illegittimo affidamento diretto di un appalto. Infatti, tale comportamento è stato riconosciuto dalla Corte di giustizia come la più grave violazione della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici (considerando 14 della direttiva 2007/66). Secondo i tribunali di entrambi i gradi di giudizio, il comportamento dell'ente aggiudicatore consistente nell'affidamento diretto di un appalto pubblico, in violazione delle norme sugli appalti, rientra

nell'ipotesi della mancata pubblicazione di un bando di gara. Invero, poiché, nonostante tale obbligo, non è stata seguita la procedura della conclusione dei contratti prevista dalle disposizioni della legge sugli appalti pubblici, non è stato nemmeno pubblicato un adeguato bando di gara. Per applicare, invece, il procedimento di annullamento di un contratto ai sensi dell'articolo 146 della legge sugli appalti pubblici è sufficiente il semplice inadempimento dell'obbligo di pubblicazione. Gli altri tipi di violazioni delle disposizioni della legge sugli appalti pubblici sono coperti dall'ambito di applicazione dei restanti punti dell'articolo 146 della legge sugli appalti pubblici o da disposizioni speciali della medesima legge.

- 31 Se si esaminasse la presente causa nel merito, secondo il giudice del rinvio, tale posizione dovrebbe essere condivisa. Ciò è avvalorato dal contenuto dei considerando della direttiva. Secondo il suo considerando 14, l'aggiudicazione mediante affidamenti diretti di appalti dovrebbe includere tutte le aggiudicazioni di appalti avvenute senza pubblicazione preliminare di un bando di gara. Tuttavia, ciò richiederebbe un'interpretazione estensiva e funzionale dell'articolo 146, paragrafo 1, comma 2, della legge sugli appalti pubblici, ammissibile ai sensi del diritto nazionale.
- 32 L'attrice propende, tuttavia, per un'interpretazione di tale disposizione ai sensi della quale la completa inosservanza delle disposizioni della legge sugli appalti pubblici nell'aggiudicazione di un appalto pubblico non può essere qualificata come violazione della legge sugli appalti pubblici consistente nella mancata pubblicazione di un bando di gara nell'apposito bollettino. Secondo l'attrice l'elenco dei motivi di annullamento di un contratto di appalto pubblico ai sensi dell'articolo 146, paragrafo 1, della legge sugli appalti pubblici è esaustivo. Secondo l'attrice, la violazione di cui all'articolo 146, paragrafo 1, punto 2. della legge sugli appalti pubblici si verifica solo quando la procedura di aggiudicazione dell'appalto è già stata avviata dall'ente aggiudicatore. L'attrice sostiene che il legislatore distingue tra l'aggiudicazione di un appalto senza la dovuta pubblicazione del bando e l'aggiudicazione senza applicare le disposizioni della legge sugli appalti pubblici e tratta la totale inosservanza della legge sugli appalti pubblici come un'ipotesi di violazione della legge sugli appalti pubblici distinta, che non è elencata nell'articolo 146 della medesima legge. Tale interpretazione dell'articolo 146 della legge sugli appalti pubblici concede la possibilità, approvata in dottrina, di applicare la sanzione di invalidità ai sensi dell'articolo 58, paragrafo 1, c.c. L'attrice sostiene inoltre che la direttiva 92/13, come modificata dalla direttiva 2007/66, si basa su un'armonizzazione minima. La sanzione di invalidità ai sensi dell'articolo 58, paragrafo 1, c.c. è di per sé una sanzione più severa rispetto alla sanzione dell'inefficacia di un contratto ai sensi dell'articolo 146 della legge sugli appalti pubblici. Quest'ultima, infatti, è soggetta a limitazioni non solo per quanto riguarda i motivi dell'annullamento di un contratto, ma anche per quanto riguarda il termine e il soggetto che può chiedere l'annullamento del contratto.

- 33 Secondo la posizione dell'Ufficio per gli appalti pubblici, oltre ai casi di invalidità relativa di un contratto (annullamento) per motivi legati alle violazioni delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (definite nell'articolo 146, paragrafi 1 e 6, della legge sugli appalti pubblici), «possono anche verificarsi casi di invalidità assoluta di un contratto per motivi diversi da quelli legati a violazioni della procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici (articolo 58 c.c.)». Tuttavia, tale posizione non risolve la questione se la totale inosservanza della procedura di conclusione dei contratti disciplinata nella legge sugli appalti pubblici costituisca una violazione della stessa procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Settima questione

- 34 La settima questione riguarda l'applicazione del principio del divieto di abuso del diritto come un principio generale del diritto dell'Unione europea. I tribunali di entrambi i gradi di giudizio hanno ritenuto che la domanda di accertamento dell'inesistenza del contratto di acquisto di certificato in ragione della sua conclusione con un'eventuale omissione della normativa sugli appalti pubblici non poteva essere accolta in quanto la presentazione di tale domanda costituiva un abuso del diritto. Tale domanda è stata proposta dall'attore, come risulta dagli accertamenti di fatto, a causa della diminuzione della redditività dell'esecuzione del contratto in seguito al calo del prezzo dei certificati di origine sul mercato azionario.
- 35 Secondo il principio in esame, i beneficiari di un diritto dell'Unione non possono invocare «norme del diritto dell'Unione in modo fraudolento o abusivo» (v. sentenze della Corte: del 6 febbraio 2018, Altun e a., C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63, punto 48; del 28 luglio 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, punto 37; dell'11 luglio 2018, Commissione/Belgio, C-356/15, EU:C:2018:555, punto 99). Tale principio impedisce quindi l'esercizio «scorretto» del diritto dell'Unione. L'abuso del diritto dell'Unione si verifica quando il comportamento di un soggetto è contrario alle finalità del diritto dell'Unione (sentenza della Corte del 26 febbraio 2019, T Danmark e Y Denmark, C-116/16 e C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135, punti 76 e da 79 a 80), sebbene corrisponda alla lettera di tale diritto. Affinché si configuri un abuso del diritto, deve essere accertato che un soggetto, facendo leva sul diritto dell'Unione, ottenga un «vantaggio». Secondo il giudice del rinvio, per vantaggio si intende ogni ipotesi di applicazione di una norma del diritto dell'Unione in conformità alle richieste del soggetto che la invoca. Tale vantaggio può consistere nella liberazione di una parte processuale dagli effetti di un obbligo da essa assunto con un contratto contrario al diritto dell'Unione (alle disposizioni nazionali di attuazione di tale diritto).
- 36 L'accertamento di un abuso di diritto dell'Unione da parte di un soggetto richiede un test composto da due elementi: oggettivo e soggettivo (sentenze della Corte: del 6 febbraio 2018, Altun e a., C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63, punto 50; del 13 marzo 2014, SICES e a., C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, punto 31; del 28 luglio

2016, Kratzer, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, punto 38). L'elemento oggettivo della verifica dell'abuso prevede che «deve risultare da un insieme di circostanze oggettive che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa dell'Unione, l'obiettivo perseguito da tale normativa non è stato raggiunto» (sentenza della Corte: del 13 marzo 2014, SICES e a., C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, punto 32; del 14 dicembre 2000, Emsland Starke, C-110/99, EU:C:2000:695, punto 52). L'elemento soggettivo si concentra sull'obiettivo perseguito dal soggetto e parimenti si basa su un'analisi dell'«insieme di circostanze oggettive» (sentenza della Corte del 13 marzo 2014, SICES e a., C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, punti 37 e 39), dalle quali deve emergere che lo scopo principale del comportamento del soggetto, che formalmente sia conforme alla legge, sia il «conseguimento di un vantaggio indebito» (sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea del 13 marzo 2014, SICES e a., C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, punto 33; del 28 luglio 2016, Kratzer, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, punto 40).

- 37 Nel caso di specie, considerato che il divieto dell'abuso di diritto costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, è necessario che la Corte di giustizia stabilisca se la proposizione da parte di un soggetto dell'eccezione di illegittimità di un contratto per il fatto che esso è stato concluso in violazione delle norme dell'Unione e del diritto nazionale in materia di appalti pubblici possa essere qualificata come contraria alla finalità del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici, quando tale eccezione è sollevata da un soggetto al fine di esimersi dalla necessità di eseguire il contratto a causa di un mutamento delle condizioni del mercato che rendono la prosecuzione dell'esecuzione di tale contratto meno redditizia di quanto si presumeva al momento della sua conclusione. In tali circostanze, l'eccezione di incompatibilità del contratto con la normativa sugli appalti pubblici costituisce un mero pretesto per raggiungere finalità completamente diverse da quelle perseguite dal legislatore dell'Unione nel formulare la sanzione per la stipula di un contratto in violazione della procedura prevista dalla normativa sugli appalti pubblici.