

CONCLUSIONI DELL' AVVOCATO GENERALE

HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE

presentate il 9 settembre 2021 (1)

Causa C-461/20

Advania Sverige AB,

Kammarkollegiet

contro

Dustin Sverige AB

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Högsta förvaltningsdomstolen (Corte suprema amministrativa, Svezia)]

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Direttiva 2014/24/UE – Articolo 72, paragrafo 1, lettera d), ii) – Modifica di contratti durante il periodo di validità – Insolvenza – Cessione di accordi quadro a seguito della dichiarazione di fallimento dell'aggiudicatario iniziale – Nuovo contraente – Nozione di “modifica sostanziale al contratto” – Eccezione all'applicazione di una nuova procedura d'appalto – Condizioni»

I. Introduzione

1. La presente causa, relativa alla direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici (2), ha ad oggetto una delle eccezioni all'applicazione della procedura d'appalto, ossia l'ipotesi in cui il titolare dell'appalto divenga insolvente nel corso dell'esecuzione di quest'ultimo. L'eccezione in esame è inserita all'articolo 72, paragrafo 1, lettera d), ii), della direttiva 2014/24 (in prosieguo: la «disposizione controversa»).

2. La Corte è interpellata sulle condizioni di applicazione di tale eccezione e, più specificamente, sulla questione se tali condizioni esigano che il sostituto dell'aggiudicatario iniziale rilevi non soltanto l'appalto di cui trattasi, ma anche almeno parte della sua attività.

3. La questione è sollevata nell'ambito di una controversia che vede contrapposti il Kammarkollegiet (Agenzia per i servizi giuridici, finanziari e amministrativi, Svezia) e l'Advania Sverige AB (in prosieguo: l'«Advania»), sostituta dell'aggiudicatario iniziale, alla Dustin Sverige AB (in prosieguo: la «Dustin»), società interessata dai contratti oggetto del procedimento principale. Quest'ultima contesta la cessione all'Advania di accordi quadro inizialmente assegnati alla Misco AB, dopo che detto aggiudicatario iniziale è stato dichiarato fallito, in assenza di confronto competitivo conformemente alla direttiva 2014/24 e senza che tale cessione fosse accompagnata dal trasferimento di almeno parte dell'attività della Misco, vale a dire quella che consente l'esecuzione di tali accordi quadro.

4. L'insolvenza dell'aggiudicatario iniziale seguita dalla sostituzione di quest'ultimo con un nuovo contraente è una situazione in linea di principio inattesa e straordinaria, in quanto normalmente è adottata ogni precauzione per assicurarsi della solvibilità degli offerenti. Si tratta nondimeno di un problema con il quale le amministrazioni aggiudicatrici devono talora confrontarsi nel contesto della vita delle imprese, come dimostra il procedimento principale, e che il legislatore ha deciso di disciplinare per la prima volta nella disposizione controversa. La Corte è invitata a soffermarsi sulla questione se tale disposizione consenta che sia designato un nuovo contraente, in particolare da un curatore fallimentare, senza riapertura del confronto competitivo né l'obbligo per il nuovo contraente di rilevare parte dell'attività dell'aggiudicatario iniziale, senza tuttavia che siano lesi i principi disciplinanti l'aggiudicazione di appalti pubblici che la direttiva 2014/24 mira a preservare.

5. Al termine della mia analisi, proporrò alla Corte di dichiarare che l'eccezione prevista dalla disposizione controversa non esige che il nuovo contraente, al quale l'appalto è aggiudicato in sostituzione dell'aggiudicatario iniziale, debba acquisire anche parte dell'attività di quest'ultimo.

II. Contesto normativo

A. Direttiva 2014/24

6. I considerando 107 e 110 della direttiva 2014/24 enunciano quanto segue:

«(107) È necessario precisare, tenendo conto della pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, le condizioni alle quali le modifiche di un contratto durante la sua esecuzione richiedono una nuova procedura di appalto. La nuova procedura d'appalto è necessaria quando sono apportate modifiche sostanziali al contratto iniziale, in particolare all'ambito di applicazione e al contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, inclusa la distribuzione dei diritti di proprietà intellettuale. Tali modifiche dimostrano l'intenzione delle parti di rinegoziare elementi essenziali o condizioni del contratto in questione. Ciò si verifica in particolare quando le

condizioni modificate avrebbero inciso sul risultato della procedura di base nel caso in cui fossero già state parte della procedura iniziale

(...)

(110) In linea con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, l'aggiudicatario non dovrebbe essere sostituito da un altro operatore economico, ad esempio in caso di cessazione dell'appalto a motivo di carenze nell'esecuzione, senza riaprire l'appalto alla concorrenza. Tuttavia, in corso d'esecuzione del contratto, in particolare qualora sia stato aggiudicato a più di un'impresa, l'aggiudicatario dell'appalto dovrebbe poter subire talune modifiche strutturali dovute, ad esempio, a riorganizzazioni puramente interne, incorporazioni, fusioni e acquisizioni oppure insolvenza. Tali modifiche strutturali non dovrebbero automaticamente richiedere nuove procedure di appalto per tutti gli appalti pubblici eseguiti da tale offerente».

7. L'articolo 18, della direttiva in parola, intitolato «Principi per l'aggiudicazione degli appalti», al paragrafo 1 così recita:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata.

La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. (...)».

8. L'articolo 57, paragrafo 4, lettera b), di detta direttiva prevede quanto segue:

«Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni:

(...)

b) se l'operatore economico è in stato di fallimento o è oggetto di una procedura di insolvenza o di liquidazione, se è in stato di amministrazione controllata, se ha stipulato un concordato preventivo con i creditori, se ha cessato le sue attività o si trova in qualsiasi altra situazione analoga derivante da una procedura simile ai sensi di leggi e regolamenti nazionali;».

9. L'articolo 72 della direttiva 2014/24, intitolato «Modifica di contratti durante il periodo di validità», dispone quanto segue:

«1. I contratti e gli accordi quadro possono essere modificati senza una nuova procedura d'appalto a norma della presente direttiva nei casi seguenti:

(...)

d) se un nuovo contraente sostituisce quello a cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze:

(...)

ii) 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 presente direttiva; (...)

(...)

e) se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali ai sensi del paragrafo 4.

(...)

4. Una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua validità è considerata sostanziale ai sensi del paragrafo 1, lettera e), quando muta sostanzialmente la natura del contratto o dell'accordo quadro rispetto a quello inizialmente concluso. In ogni caso, fatti salvi i paragrafi 1 e 2, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;

b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale o nell'accordo quadro;

c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto o dell'accordo quadro;

d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al paragrafo 1, lettera d).

(...».

B. Diritto svedese

10. La lag (2016:1145) om offentlig upphandling [legge (2016:1145) relativa agli appalti pubblici; in prosieguo: la «LOU»] (3) prevedeva, al capo 17, articolo 13, che un contratto o un accordo quadro può essere modificato sostituendo un fornitore con un altro fornitore, senza una nuova gara d'appalto, qualora siano soddisfatte le seguenti condizioni:

«1) il nuovo fornitore si sostituisce, in tutto o in parte, al fornitore iniziale a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, e

2) la circostanza che un nuovo fornitore si sostituisca, in tutto o in parte, al fornitore iniziale non implica altre modifiche sostanziali al contratto o all'accordo quadro».

11. Il giudice del rinvio precisa che dalla seconda condizione risulta che una tale sostituzione del fornitore presuppone che il nuovo fornitore non sia escluso in forza dei motivi di esclusione previsti da tale legge e che egli soddisfi i criteri di selezione stabiliti nell'appalto iniziale.

III. Procedimento principale, questione pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte

12. Il Kammarkollegiet aveva indetto una gara d'appalto per la fornitura di materiale informatico, in particolare computer, schermi per computer e tablet, mediante una procedura ristretta (4), conformemente alla LOU.

13. Diciassette candidati, fra cui l'Advania, avevano dimostrato di soddisfare le condizioni richieste. Conformemente alle norme relative alla procedura ristretta (5), il Kammarkollegiet aveva previsto che, se tali condizioni fossero state soddisfatte da più di nove candidati, soltanto i primi nove della graduatoria sarebbero stati invitati a presentare un'offerta. L'Advania non faceva parte di essi.

14. Sono stati firmati accordi quadro con sei fornitori in differenti settori. Alla Misco sono stati assegnati quattro accordi quadro che riguardano tutti i settori di cui trattasi. Alla Dustin sono stati assegnati accordi quadro in due di tali settori.

15. Con lettera del 4 dicembre 2017, la Misco ha chiesto al Kammarkollegiet di autorizzare la cessione dei suoi quattro accordi quadro all'Advania. Il 12 dicembre 2017 la Misco è stata dichiarata

fallita. Il 18 gennaio 2018 il curatore fallimentare ha concluso con l'Advania un accordo che prevedeva la cessione dei quattro accordi quadro. La cessione è stata autorizzata dal Kammarkollegiet nel mese di febbraio del 2018.

16. A seguito di tale cessione, la Dustin ha adito il Förvaltningsrätten i Stockholm (Tribunale amministrativo di Stoccolma, Svezia), chiedendo che gli accordi quadro tra l'Advania ed il Kammarkollegiet fossero dichiarati nulli.

17. Detto tribunale ha respinto tale domanda. Esso ha dichiarato che l'Advania aveva ottenuto gli accordi quadro ed acquisito i settori di attività della Misco che ne consentivano l'esecuzione, come richiesto dal capo 17, articolo 13, della LOU.

18. La Dustin ha proposto un ricorso in appello avverso tale sentenza dinanzi al Kammarrätten i Stockholm (Corte d'appello amministrativa di Stoccolma, Svezia), che ha accolto il ricorso dichiarando la nullità dei quattro accordi quadro tra l'Advania ed il Kammarkollegiet. Il Kammarrätten i Stockholm (Corte d'appello amministrativa di Stoccolma) ha constatato che il Kammarkollegiet aveva autorizzato la cessione degli accordi quadro in ragione dell'insolvenza della Misco. Esso ha tuttavia dichiarato, contrariamente al giudice di primo grado, che, fatta eccezione per gli accordi quadro in questione, la Misco in pratica non aveva ceduto alcuna attività all'Advania e, pertanto, non era possibile ritenere che quest'ultima fosse succeduta a titolo universale o particolare alla Misco, ai sensi del capo 17, articolo 13, della LOU. Detto giudice d'appello ha quindi rilevato in particolare che soltanto un dipendente della Misco era stato conseguentemente trasferito all'Advania, che l'elenco dei clienti della Misco ceduto all'Advania non era totalmente aggiornato o pertinente e che nessun elemento era volto a dimostrare che l'Advania avesse rilevato taluni subappaltatori della Misco.

19. L'Advania ed il Kammarkollegiet hanno impugnato tale sentenza di secondo grado dinanzi all'Högsta förvaltningsdomstolen (Corte suprema amministrativa, Svezia). Nei loro ricorsi, essi non contestano la valutazione del giudice d'appello per quanto concerne gli elementi tratti dalla massa fallimentare e inclusi nella cessione. Nondimeno, asseriscono che una simile cessione soddisfa la condizione di una successione in via universale o parziale ai sensi del capo 17, articolo 13, della LOU e della direttiva 2014/24.

20. Secondo l'Advania ed il Kammarkollegiet, né la LOU né la direttiva 2014/24 esigono che al nuovo fornitore sia ceduta, oltre agli accordi quadro, un'attività di una certa natura o di una certa estensione.

21. La Dustin, per parte sua, ritiene che dai termini «succede a titolo universale o particolare al fornitore iniziale» associati alla nozione di «ristrutturazioni societarie», di cui alla disposizione controversa, risulti che il nuovo contraente deve rilevare unitamente all'accordo quadro tutta o parte dell'attività dell'aggiudicatario iniziale destinata all'esecuzione dei contratti in questione.

22. Tenuto conto di tali differenti interpretazioni, il giudice del rinvio sottolinea che esso necessita di chiarimenti riguardo alla portata della disposizione controversa e in particolare riguardo a cosa si debba intendere con sostituzione nella circostanza in cui «all'aggiudicatario iniziale succede, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza» un altro operatore economico.

23. Ciò premesso, l'Högsta förvaltningsdomstolen (Corte suprema amministrativa) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se il fatto che un nuovo fornitore è subentrato nei diritti e negli obblighi del fornitore iniziale derivanti da un accordo quadro, dopo che il fornitore iniziale è stato dichiarato insolvente e il curatore fallimentare ha ceduto l'accordo, implichi che il nuovo fornitore debba essere considerato succeduto al fornitore iniziale alle condizioni di cui all'articolo 72, paragrafo 1, lettera d), punto ii), della direttiva sugli appalti pubblici».

24. La domanda di pronuncia pregiudiziale, datata 15 settembre 2020, è pervenuta alla cancelleria della Corte il 24 settembre 2020.

25. Hanno depositato osservazioni scritte l'Advania, il Kammarkollegiet, la Dustin, il governo austriaco e la Commissione europea.

IV. Analisi

26. Al fine di valutare la portata della disposizione controversa, ricordo anzitutto, come dichiarato dalla Corte nella sentenza *pressetext Nachrichtenagentur* (6), che il cambiamento della controparte contrattuale costituisce, in generale, una modifica di uno dei termini essenziali dell'appalto pubblico. Tale considerazione è stata ripresa all'articolo 72, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24.

27. Ne consegue che, in via di principio, la sostituzione dell'aggiudicatario iniziale costituisce una modifica sostanziale al contratto che implica una nuova procedura d'appalto (7), conformemente ai principi di trasparenza e di parità di trattamento sottesi all'obbligo di concorrenza tra i candidati potenzialmente interessati dei differenti Stati membri (8).

28. In via eccezionale, la disposizione controversa prevede la possibilità di designare un sostituto dell'aggiudicatario iniziale, in caso di insolvenza di quest'ultimo, senza porre in atto una simile procedura.

29. Si pone la questione di sapere a quali condizioni tale eccezione sia appunto applicabile e, in particolare, se sia necessario che il sostituto rilevi almeno parte dell'attività dell'aggiudicatario iniziale.

30. Sono state presentate alla Corte due interpretazioni divergenti della disposizione controversa.

31. Secondo una prima interpretazione, difesa dal Kammarkollegiet, dall'Advania e dal governo austriaco, la disposizione controversa dev'essere interpretata nel senso che la sostituzione dell'aggiudicatario iniziale, a seguito della sua insolvenza, non richiede che la cessione del contratto al nuovo contraente sia accompagnata dal rilevamento da parte di quest'ultimo di una parte dell'attività dell'aggiudicatario iniziale. Essi considerano che, se tali termini dovessero essere intesi nel senso che debba esservi un qualsivoglia trasferimento di attività, l'applicabilità della disposizione in parola ne risulterebbe fortemente limitata.

32. La seconda interpretazione, difesa dalla Dustin e dalla Commissione, si fonda al contrario sulla presunzione che il nuovo contraente rilevi almeno parte dell'attività dell'aggiudicatario iniziale. La Dustin considera che, diversamente, ciò darebbe pressoché libero corso al traffico di accordi oggetto di gare d'appalto.

33. Secondo la Dustin e la Commissione, affinché non vengano lesi i principi di parità di trattamento e di trasparenza e, pertanto, l'obiettivo di garantire la concorrenza, è necessario che sia mantenuta l'identità sostanziale dell'aggiudicatario iniziale, vale a dire che i beni utilizzati per l'esecuzione dell'accordo quadro, o almeno parte di essi, siano trasferiti al sostituto, affinché vi sia continuità tra l'aggiudicatario iniziale ed il suo sostituto. La Commissione ammette che ciò può essere impossibile qualora l'attività dell'aggiudicatario iniziale sia completamente cessata. A suo avviso, però, in una simile situazione, sarebbe quindi necessario, per garantire la parità di trattamento tra gli offerenti iniziali, che l'amministrazione aggiudicatrice si rivolga in primis ad essi, ad esempio seguendo l'ordine della loro graduatoria in esito alla procedura d'appalto iniziale.

34. La questione è di rilievo. La Corte è invitata a precisare il margine di discrezionalità a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice in caso di insolvenza dell'aggiudicatario iniziale ai fini della sostituzione di quest'ultimo.

35. A mio avviso, il testo della disposizione controversa non si presta a un'interpretazione come quella proposta dalla Dustin e dalla Commissione. Nel prosieguo della mia analisi, cercherò di dimostrare che tale disposizione dev'essere intesa conformemente alla prima interpretazione, basandomi sulla sua formulazione (sezione A), sul suo contesto interno ed esterno, vale a dire sulle disposizioni che l'inquadrano e sui lavori preparatori (sezione B), nonché sugli obiettivi perseguiti dal legislatore (sezione C).

A. Sulla formulazione della disposizione controversa

36. Rilevo, anzitutto, che la formulazione dell'articolo 72, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 prevede che gli accordi quadro possono essere modificati senza una nuova procedura d'appalto in cinque casi elencati alle lettere da a) ad e) di tale disposizione. La lettera d), ii), sottoposta all'interpretazione della Corte, menziona espressamente l'insolvenza dell'aggiudicatario iniziale

come uno dei casi in cui un accordo quadro può essere aggiudicato ad un nuovo contraente senza procedere a una nuova procedura d'appalto, benché tale cambiamento costituisca una modifica sostanziale al contratto.

37. La disposizione controversa subordina l'applicazione dell'eccezione in questione a varie condizioni, ma esse non includono espressamente il trasferimento di parte dell'attività dell'aggiudicatario iniziale.

38. Tali condizioni sono tre, vale a dire:

– Il nuovo contraente è un operatore economico che soddisfa i criteri di selezione qualitativa. È pacifico che tale condizione ricorre in una situazione, come quella di cui al procedimento principale, nella quale il nuovo contraente, nella fattispecie l'Advania, ha fatto parte delle imprese considerate qualificate per candidarsi (9).

– La sostituzione da parte del nuovo contraente non implica altre modifiche sostanziali al contratto. Neppure tale condizione, così come presentata dal giudice del rinvio, sembra sollevare dubbi nel procedimento principale.

– La sostituzione da parte del nuovo contraente non è finalizzata ad eludere l'applicazione della direttiva 2014/24. La sostituzione in questione non dev'essere un espediente con cui l'amministrazione aggiudicatrice seleziona il contraente di sua scelta, senza confronto competitivo fra i candidati interessati. Tornerò su quest'ultima condizione che mira ad evitare l'elusione delle norme sull'aggiudicazione dell'appalto previste da tale direttiva (10). Preciso subito tuttavia che il giudice del rinvio non ha suggerito che, nell'ambito del procedimento principale, la designazione del nuovo contraente mirasse ad evitare l'applicazione di tali norme.

39. La Dustin e la Commissione sostengono, tuttavia, che la necessità del trasferimento di almeno parte dell'attività dell'aggiudicatario iniziale discende implicitamente dai termini stessi della disposizione controversa, secondo i quali l'aggiudicatario iniziale è sostituito da un altro operatore economico che «all'aggiudicatario iniziale succede, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza (11)».

40. Rilevo che i termini utilizzati variano leggermente da una versione linguistica all'altra della disposizione controversa. Così, nelle versioni in lingua inglese e francese di tale disposizione, sono utilizzati i termini «successione in via universale o parziale», mentre nella versione in lingua svedese della disposizione controversa si afferma che un altro operatore economico «si sostituisce in tutto o in parte» al fornitore iniziale.

41. Nel presente contesto, tali termini mi sembrano tuttavia in ampia misura equivalenti.

42. A mio avviso, dall'accento posto da tutte le parti che hanno depositato osservazioni dinanzi alla Corte sulla nozione di «successione», emerge giustamente che il nuovo contraente succede a titolo universale o particolare all'aggiudicatario iniziale. La versione in lingua inglese fa emergere tale concetto specificando inoltre che la sostituzione ha luogo «quale conseguenza» di una successione universale o parziale (12).

43. Ne discende che il nuovo contraente rileva in tutto o in parte il patrimonio dell'aggiudicatario iniziale. Sottolineo tuttavia che la nozione di «parte» non è definita nella disposizione controversa. La parte può essere più o meno grande a seconda dell'evento che dà luogo a tale successione (13). L'interpretazione letterale di tali termini permette dunque di ritenere che il nuovo contraente possa rilevare unicamente un appalto pubblico o un accordo quadro.

44. Preciso, invece, che la nozione di «parte» non consente di ritenere che possa essere trasferita soltanto una parte di un contratto o di un accordo quadro, in quanto ciò costituirebbe una modifica significativa del contratto o dell'accordo quadro e sarebbe in contrasto con la condizione secondo la quale non devono esservi altre «modifiche sostanziali». Una riduzione dell'ambito di applicazione dell'accordo quadro, infatti, a mio avviso, è chiaramente idonea a modificare l'equilibrio economico del contratto a favore del nuovo contraente con una modalità che non era prevista nell'accordo quadro iniziale e, pertanto, a costituire una «modifica sostanziale» ai sensi dell'articolo 72, paragrafo 4, lettera b), della direttiva 2014/24.

45. Ne consegue che il nuovo contraente che sostituisce l'aggiudicatario iniziale, succedendogli, deve rilevare integralmente l'accordo quadro o l'appalto pubblico. In altre parole, deve accettare l'insieme dei diritti e degli obblighi che discendono da tale contratto (14).

46. Come specificato nella parte restante della disposizione controversa, l'evento che dà luogo alla successione dev'essere una ristrutturazione societaria, la quale può assumere varie forme. Il legislatore ne elenca quattro a titolo esemplificativo e dunque in maniera non esaustiva. Osservo, al pari della Commissione, che i primi tre esempi citati, ossia, la rilevazione, la fusione e l'acquisizione, presentano un'analogia. In tutti e tre i casi, le operazioni contemplate implicano la continuazione dell'impresa interessata, vale a dire la prosecuzione della sua attività nonché dei mezzi materiali ed umani necessari per quest'ultima.

47. Invece, in caso di insolvenza, menzionata come quarto esempio, l'impresa non continua necessariamente ad esistere. Sono ipotizzabili numerose situazioni. L'impresa può certamente continuare ad essere esercitata nella sua totalità, ma può anche essere sciolta ed i suoi beni possono essere venduti, all'occorrenza, singolarmente. In quest'ultima ipotesi, un accordo quadro che costituisce uno dei beni dell'impresa può essere ceduto singolarmente ad un terzo, senza che quest'ultimo rilevi alcun altro bene di tale impresa.

48. Leggendo la sola formulazione della disposizione controversa, non individuo nulla che induca a ritenere che, in caso di insolvenza dell'aggiudicatario iniziale, oltre alla cessione di un accordo quadro di cui questi era titolare, debba necessariamente essere trasferita al nuovo contraente una parte degli altri beni posseduti dall'aggiudicatario iniziale.

49. Non condivido dunque il punto di vista della Commissione secondo il quale il fatto che i primi tre esempi implicino il mantenimento dell'attività dell'aggiudicatario iniziale e che l'insolvenza, in base ai termini della disposizione di cui trattasi, sia posta sullo stesso piano di tali esempi supporrebbe anche una continuità totale o almeno parziale della soggiacente attività dell'aggiudicatario iniziale. Pertanto, secondo tale istituzione, il legislatore non avrebbe preso in considerazione l'ipotesi in cui l'attività dell'aggiudicatario iniziale sia completamente venuta meno.

50. Per quanto mi riguarda, ritengo che, in assenza di un'esplicita limitazione della portata della nozione di «insolvenza» nel testo della direttiva 2014/24, tale termine non possa essere inteso in una maniera tanto restrittiva quanto lo propone la Commissione.

51. A mio avviso, tale interpretazione è avvalorata dal contesto della disposizione controversa.

B. Sul contesto della disposizione controversa

52. I lavori preparatori dimostrano a mio avviso che l'insolvenza non costituisce un esempio di ristrutturazione simile alla rilevazione, alla fusione e all'acquisizione, dal che discenderebbe che il nuovo contraente debba presentare un'identità sostanziale (15) rispetto all'aggiudicatario iniziale e, di conseguenza, mantenere la parte di attività che quest'ultimo aveva destinato all'esecuzione dell'appalto pubblico di cui trattasi. Da tali lavori risulta, al contrario, che fin dall'inizio il legislatore ha preso in considerazione l'insolvenza in senso ampio, come costitutiva di una situazione distinta dalla rilevazione, dalla fusione e dall'acquisizione.

53. Rilevo anzitutto che, nel suo libro verde sugli appalti pubblici (16), la Commissione invitava le parti in causa ad esprimersi specificamente sulle modifiche concernenti l'aggiudicatario nell'ipotesi di cambiamento dello status di quest'ultimo a seguito di eventi che influiscano negativamente sulla capacità di eseguire l'appalto, come il fallimento. La Commissione sottolineava che era opportuno verificare se fossero necessari strumenti a livello dell'Unione per assistere le amministrazioni aggiudicatrici nell'affrontare tali situazioni in maniera adeguata. Essa aveva quindi chiesto a tali parti in causa se ritenessero che il diritto dell'Unione dovesse prevedere l'obbligo o il diritto esplicito delle amministrazioni aggiudicatrici di modificare il fornitore, di procedere alla risoluzione dell'appalto in alcune circostanze e se dovesse altresì definire procedure specifiche per designare il nuovo fornitore (17).

54. La Commissione considerava in particolare la possibilità di sostituire l'aggiudicatario iniziale, nell'ipotesi in cui divenisse insolvente, mediante una procedura semplificata o di conferire il mandato al secondo miglior offerente della procedura di appalto iniziale o, ancora, di riaprire la gara soltanto per gli offerenti che avessero partecipato alla procedura iniziale, a condizione che non fosse trascorso un periodo di tempo eccessivo dalla procedura iniziale (18).

55. Nella sua proposta iniziale di direttiva (19), elaborata tenendo conto dei commenti ricevuti sul suo libro verde, la Commissione ha proposto di applicare l'eccezione alla procedura di appalto

pubblico in caso di ristrutturazione societaria o di insolvenza (20). La Commissione ha quindi chiaramente distinto le due situazioni precisando nel preambolo della sua proposta di direttiva i tipi di situazioni considerate, qualificate come «modifiche strutturali», ossia la riorganizzazione puramente interna, le fusioni e le acquisizioni nonché l'insolvenza (21).

56. Il fatto che la redazione finale della disposizione controversa non riporti esplicitamente tale distinzione e che il legislatore abbia preferito elencare gli esempi di situazioni considerate non implica, a mio parere, che abbia posto sullo stesso piano l'insolvenza, da un lato, e la rilevazione, la fusione e l'acquisizione, dall'altro, per quanto concerne il trasferimento di attività al nuovo contraente.

57. La mia analisi è confermata dal significato del termine «ristrutturazioni» che non è limitato alle ipotesi di mantenimento delle attività dell'impresa interessata (22).

58. Ritengo quindi che il legislatore abbia inteso precisare nella stessa disposizione controversa e non solo nel preambolo della direttiva 2014/24, come precedentemente proposto, i tipi di situazioni considerate, senza tuttavia lasciar intendere che presentassero tutti caratteristiche analoghe per quanto concerne il rilevamento dell'attività dell'aggiudicatario iniziale che consente l'esecuzione dell'appalto pubblico.

59. Il contesto interno della disposizione controversa nella direttiva 2014/24, a mio avviso, avvalorata tale interpretazione.

60. La disposizione controversa fa parte dell'articolo 72 di tale direttiva, intitolato «Modifica di contratti durante il periodo di validità», che descrive accuratamente nei suoi differenti paragrafi le eccezioni all'obbligo di seguire le norme sulla procedura d'appalto e le loro condizioni di applicazione. I suoi paragrafi 1 e 2 elencano i casi in cui i contratti e gli accordi quadro possono essere modificati senza una nuova procedura d'appalto e il suo paragrafo 5 sottolinea inoltre che, nei casi di modifiche diverse da quelle previste nei due citati paragrafi, è richiesta una nuova procedura d'appalto. Il suo paragrafo 4 precisa in cosa consiste una modifica sostanziale di un contratto o di un accordo quadro sottolineando che la designazione di un nuovo contraente costituisce una simile modifica salvo, tra l'altro, nei casi previsti al paragrafo 1, lettera d), e dunque, in particolare, in caso di insolvenza come precisato nella disposizione controversa.

61. Il citato articolo 72 precisa per ciascun caso considerato le condizioni di applicazione delle eccezioni alle procedure d'appalto. Orbene, come ho già rilevato, esse non menzionano l'obbligo di trasferire almeno parte dell'attività dell'aggiudicatario iniziale al nuovo contraente, nell'ipotesi di insolvenza dell'aggiudicatario iniziale.

62. Trattandosi di un'eccezione alla regola generale sull'aggiudicazione dell'appalto pubblico, la disposizione controversa deve certamente essere oggetto di un'interpretazione restrittiva per quanto concerne la nozione di «insolvenza». Tuttavia, tale interpretazione non può privare l'eccezione del suo effetto utile. Orbene, sarebbe così (23), a mio avviso, se la nozione di «insolvenza» fosse limitata

alle situazioni nelle quali l'esercizio dell'impresa interessata può essere proseguito, almeno in parte, e non fosse intesa nel suo abituale significato più ampio. Sottolineo in proposito che il termine «insolvenza» è utilizzato in senso generale e che, a mio avviso, può includere tutte le situazioni di insolvenza menzionate all'articolo 57, paragrafo 4, lettera b), della direttiva 2014/24 (24).

63. Ritengo quindi che l'eccezione relativa all'insolvenza si applichi unicamente sulla base delle tre condizioni menzionate nella disposizione controversa e richiamate al paragrafo 38 delle presenti conclusioni.

64. Il considerando 110 della direttiva in parola supporta tale analisi enunciando che, in caso di «talune modifiche strutturali» dell'aggiudicatario in corso d'esecuzione del contratto, tra le quali figura l'insolvenza, non è automaticamente necessaria una nuova procedura. Con la sua genericità, l'espressione «talune modifiche strutturali» conduce ad intendere i termini «ristrutturazioni societarie» in senso particolarmente estensivo. Gli esempi citati includono incidenti o eventi che possono intaccare la struttura stessa di una società e possono andare dalla riorganizzazione puramente interna all'insolvenza, passando per la rilevazione di società.

65. L'interpretazione della disposizione controversa da me proposta, secondo la quale non è possibile dedurre dalla formulazione e dal contesto della medesima disposizione che parte dell'attività dell'aggiudicatario iniziale debba essere trasferita al nuovo contraente affinché l'eccezione connessa all'insolvenza dell'aggiudicatario iniziale possa trovare applicazione, è inoltre avvalorata dagli obiettivi perseguiti dalla direttiva 2014/24.

C. Obiettivi della direttiva 2014/24

66. Gli obiettivi perseguiti dal legislatore emergono dalla relazione alla proposta di direttiva.

67. Pur confermando l'obiettivo di garantire la concorrenza tra candidati in tutti gli Stati membri e riaffermando, a tal fine, i principi di trasparenza e di parità di trattamento, il legislatore ha voluto, in primo luogo, prendere in considerazione altri obiettivi (25) e, in secondo luogo, introdurre una certa flessibilità e semplificazione in sede di applicazione delle norme (26). La proposta di direttiva sottolinea quindi la volontà di ridurre il formalismo e di rispondere in maniera pragmatica ai problemi concreti incontrati dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli offerenti, tenendo conto della giurisprudenza della Corte.

68. Come evidenziato dalla dottrina (27), mentre le direttive in materia di appalti pubblici in precedenza si focalizzavano sulle norme applicabili all'aggiudicazione degli appalti pubblici e, in particolare, al confronto competitivo fra i candidati prima dell'aggiudicazione degli appalti propriamente detta, la direttiva 2014/24 (28) verte anche sull'esecuzione dei contratti di appalto pubblico e, pertanto, sulla fase successiva all'aggiudicazione dell'appalto, la quale include l'eventuale modifica dei contratti la cui esecuzione è in corso.

69. A quest'ultimo proposito, la direttiva 2014/24 tiene pienamente conto della giurisprudenza della Corte codificandola. Tuttavia, come mi accingo a dimostrare, essa si è spinta decisamente oltre. È utile esaminare tale giurisprudenza e il modo in cui si rispecchia nella direttiva allo scopo di valutare le novità introdotte da quest'ultima.

70. La sentenza pressetext (29) è decisiva in materia. La causa che ha dato luogo a tale sentenza verteva sulla modifica di un contratto di appalto pubblico in corso di esecuzione e riguardava in particolare la persona dell'aggiudicatario. La Corte ha rilevato che la direttiva esistente non trattava la questione (30), benché contenesse indicazioni pertinenti.

71. La Corte ha quindi sottolineato che tale direttiva mirava ad assicurare tanto la trasparenza delle procedure quanto la parità di trattamento degli offerenti e a rispondere così all'obiettivo principale di apertura dei mercati alla concorrenza in tutti gli Stati membri (31). Essa ne ha dedotto che modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale. La Corte ha precisato cosa si dovesse intendere per modifiche sostanziali spiegando che esse ricomprendono l'introduzione di condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli inizialmente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella inizialmente accettata (32).

72. La Corte ne trae la conclusione che, in generale, la sostituzione della controparte contrattuale alla quale l'amministrazione aggiudicatrice aveva inizialmente attribuito l'appalto con una nuova deve essere considerata quale modifica di uno dei termini essenziali dell'appalto pubblico (33).

73. La sentenza pressetext precisa le situazioni in cui taluni cambiamenti che riguardano l'aggiudicatario non costituiscono tuttavia una modifica essenziale.

74. Ciò si verifica quando, come nella causa che ha dato luogo a tale sentenza, l'attività dell'aggiudicatario è trasferita ad una delle sue filiali che quest'ultimo controlla al 100%, dirige e con cui è responsabile in solido e quando la prestazione complessiva esistente rimane invariata. Siffatta operazione non è altro che una riorganizzazione interna della controparte contrattuale, che non modifica in modo essenziale i termini dell'appalto originario (34).

75. È così anche quando l'aggiudicatario è una persona giuridica costituita in forma di società per azioni quotata in Borsa. La Corte ha sottolineato che, dalla stessa natura di una siffatta società emerge che l'azionariato è infatti suscettibile di mutare in ogni momento. Ne discende che, in via di principio, tale situazione non mette in discussione la validità dell'attribuzione di un appalto pubblico ad una società di questo genere (35).

76. La Corte ha aggiunto che tale conclusione si applica anche alle persone giuridiche costituite in forma di cooperativa registrata a responsabilità limitata, come nella causa che ha dato luogo alla sentenza pressetext. Eventuali variazioni nella composizione della cerchia dei soci di siffatta

cooperativa, in via di principio, non comportano una modifica sostanziale dell'appalto pubblico ad essa attribuito (36).

77. Tali considerazioni si rispecchiano pienamente nella direttiva 2014/24, da un lato, nella disposizione controversa e, dall'altro, nel suo preambolo, ai considerando 107 e 110. Il considerando 107 fa così espressamente riferimento alla giurisprudenza della Corte ed il considerando 110 menziona tanto le riorganizzazioni puramente interne quanto le incorporazioni, fusioni e acquisizioni, le quali implicano un mutamento degli azionisti o dei soci e, pertanto, dei proprietari.

78. Sottolineo tuttavia che la direttiva 2014/24 non si limita a prendere in considerazione gli insegnamenti della sentenza *presstext* e che essa affronta altri tipi di situazioni.

79. Mentre infatti la Corte ha precisato le situazioni in cui un cambiamento riguardante l'aggiudicatario non costituisce una modifica sostanziale e, pertanto, non dà luogo ad una nuova procedura d'appalto pubblico, nella disposizione controversa la direttiva 2014/24 specifica inoltre i casi in cui un cambiamento relativo all'aggiudicatario, pur costituendo normalmente una modifica sostanziale, non richiede tuttavia una riapertura del confronto competitivo.

80. Ciò si verifica, in particolare, nei casi di rilevazione, fusione e acquisizione, purché le condizioni elencate nella disposizione controversa siano soddisfatte.

81. Soprattutto, per quanto riguarda ciò che interessa la Corte nella presente causa, la direttiva 2014/24 prevede specificamente il caso dell'insolvenza, che non era ancora stato sottoposto alla sua valutazione.

82. La presa in considerazione di quest'ultima situazione costituisce un'innovazione tanto rispetto alla normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici quanto rispetto alla giurisprudenza esistente alla data di adozione della direttiva 2014/24. Essa fornisce la risposta ad un problema pratico riscontrato nel contesto dell'esecuzione degli appalti.

83. Tale problema consiste nel garantire che, quando l'amministrazione aggiudicatrice si trova di fronte ad un aggiudicatario che non è più in grado di onorare l'esecuzione del contratto di appalto pubblico a causa della propria insolvenza, possa essere designato un sostituto, senza accumulare eccessivi ritardi e senza un rincaro sproporzionato del contratto interessato da una nuova procedura d'appalto. La disposizione controversa mira a fornire una risposta a tale problema prevedendo una soluzione nell'interesse tanto dell'amministrazione aggiudicatrice quanto dell'aggiudicatario e dei suoi creditori. Orbene, si deve constatare che il problema determinato dalla situazione di insolvenza non è meno significativo a seconda che l'impresa divenuta insolvente continui parzialmente ad esistere o sia interamente cessata. In ogni caso, è necessario reperire un sostituto. Pertanto, stante l'assenza di un'esplicita differenziazione fra tali situazioni, emerge che il legislatore ha inteso fornire una risposta pragmatica per l'insieme di dette situazioni, garantendo al contempo il rispetto dei principi che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti pubblici, sanciti all'articolo 18, paragrafo 1,

della direttiva 2014/24, in particolare del divieto per l'amministrazione aggiudicatrice di limitare artificiosamente la concorrenza eludendo l'applicazione della direttiva.

84. Infatti, a quest'ultimo proposito, sottolineo anzitutto che, nel caso in cui l'aggiudicatario iniziale divenga insolvente, l'accordo quadro è già stato oggetto di un confronto competitivo (37) e che l'offerta che è stata accettata non può più essere modificata in maniera sostanziale. Come espressamente enunciato dalla disposizione controversa, qualora siano introdotte altre modifiche sostanziali, diverse dal mutamento della controparte contrattuale, una delle tre condizioni previste dalla disposizione controversa (38) non è rispettata e deve aver luogo una nuova procedura d'appalto.

85. Inoltre, il sopraggiungere dell'insolvenza dell'aggiudicatario, pur non essendo un evento raro, costituisce una situazione straordinaria che, normalmente, non è né prevista dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'aggiudicatario iniziale, né auspicabile. Ricordo che la capacità economica e finanziaria è uno dei tre criteri di selezione dei candidati previsti all'articolo 58 della direttiva 2014/24. Inoltre, l'insolvenza di un operatore economico ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera b), di tale direttiva è un motivo di esclusione dalla partecipazione ad una procedura d'appalto, facoltativa o obbligatoria, a seconda del diritto nazionale.

86. La straordinarietà della situazione di insolvenza avrà, in generale, l'effetto di evitare che la sostituzione dell'aggiudicatario con un nuovo contraente costituisca una manovra da parte dell'amministrazione aggiudicatrice per eludere l'applicazione della direttiva 2014/24. Segnalo che il rischio di una simile manovra è tantomeno probabile qualora, come nel procedimento principale, sia stato nominato un curatore fallimentare, il quale non rappresenta l'interesse dell'amministrazione aggiudicatrice, bensì quello dei creditori dell'aggiudicatario ed esercita la propria attività sotto il controllo di un giudice.

87. In ogni caso, compete al giudice nazionale verificare che gli interessati non abbiano realizzato una simile manovra. Esso è tenuto a verificare in particolare che l'esame dei criteri di selezione, come quello relativo alla capacità finanziaria dell'aggiudicatario, sia stato effettivamente svolto. La data in cui sopraggiunge l'insolvenza, in particolare se vicina a quella della stipula del contratto, può essere un indizio del fatto che la verifica del rispetto di tale criterio qualitativo non sia stata effettuata correttamente. Per quanto concerne una controversia come quella in esame nel procedimento principale, rilevo che alla Corte non è stata fornita alcuna precisazione in proposito, ma che il giudice del rinvio non ha in alcun modo suggerito che le parti interessate abbiano avuto l'intenzione di eludere l'applicazione della direttiva 2014/24.

88. Rilevo, infine, che, quando è stato nominato un curatore fallimentare affinché gestisca i beni dell'aggiudicatario divenuto insolvente, la selezione del nuovo contraente compete in primo luogo a tale curatore e non all'amministrazione aggiudicatrice. Orbene, ricordo che ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 2014/24, relativo all'ambito di applicazione di tale direttiva, si parla di appalto quando un'amministrazione aggiudicatrice acquisisce, mediante appalto pubblico, forniture o servizi da operatori economici scelti dalle amministrazioni aggiudicatrici stesse. Pertanto, in assenza di scelta da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi della direttiva 2014/24 non è necessario un appalto pubblico, sebbene sia richiesta l'approvazione della controparte contrattuale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

89. Trattandosi di un contratto che implica obblighi reciproci per il nuovo contraente e l'amministrazione aggiudicatrice, tale approvazione, pur senza essere prevista dalla direttiva 2014/24, è infatti necessaria, conformemente al diritto contrattuale degli Stati membri. L'amministrazione aggiudicatrice può anche essere stata consultata e aver partecipato a talune negoziazioni prodromiche alla designazione del nuovo contraente, come sembra essere avvenuto nel procedimento principale (39). Ciò non basta, a mio avviso, per ritenere che l'amministrazione aggiudicatrice abbia «scelto» la controparte contrattuale ai sensi della direttiva 2014/24 (40).

90. È chiaro che la possibilità di designare un nuovo contraente in caso di insolvenza dell'aggiudicatario iniziale, senza una nuova procedura d'appalto, introduce un significativo margine di discrezionalità in materia di appalti pubblici. Tuttavia, a mio avviso, ciò corrisponde all'intenzione del legislatore, sempre nel rispetto dei principi sanciti all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, purché siano soddisfatte le tre condizioni richiamate al paragrafo 38 delle presenti conclusioni, che delimitano l'applicabilità dell'eccezione.

91. L'interpretazione della Dustin e della Commissione, secondo la quale il nuovo contraente potrebbe essere così designato soltanto qualora rilevi almeno la parte dell'attività dell'aggiudicatario iniziale che consente l'esecuzione del contratto, pone più problemi di quanti ne risolve, oltre al fatto di non essere stata espressamente prevista dal legislatore e, a mio avviso, di spingersi oltre il significato della disposizione controversa.

92. Osservo, in primo luogo, che l'obbligo di rilevare parte dell'attività dell'aggiudicatario iniziale diminuirebbe in maniera significativa la portata dell'eccezione relativa all'insolvenza, in quanto in molti casi l'impresa è interamente cessata. Ci si può chiedere, inoltre, quale percentuale delle attività dell'aggiudicatario iniziale dovrebbe essere trasferita affinché l'eccezione sia applicabile.

93. In secondo luogo, un simile obbligo potrebbe rendere il compito del curatore fallimentare particolarmente difficile. Esso potrebbe perfino essere in contrasto con i poteri riconosciutigli, conformemente al diritto nazionale in materia di insolvenza, di negoziare nell'interesse dei creditori (41).

94. In proposito, condivido il punto di vista del governo austriaco, secondo il quale trasferire unicamente contratti o accordi quadro può essere o meno frequente in base al settore di attività. Nel contesto dell'insolvenza di un'impresa edile, ad esempio, il trasferimento di taluni grandi cantieri edili può eventualmente implicare il trasferimento di materiali e di personale. Invece, non è necessariamente così per i servizi informatici o la fornitura di materiale informatico. Sottolineo, inoltre, al pari di tale governo, che può succedere che un'impresa divenuta insolvente possa nondimeno proseguire la propria attività, a condizione di cedere un contratto di appalto pubblico. Orbene, se tale possibilità dovesse essere esclusa, ciò non solo renderebbe impossibile la sostituzione della controparte contrattuale, ma potrebbe anche porre in pericolo la realizzazione degli obiettivi della procedura di insolvenza di preservare per quanto possibile l'impresa esistente nell'interesse dei creditori.

95. In terzo luogo, non solo l'imposizione di un simile trasferimento patrimoniale allo scopo di evitare l'elusione delle norme sulla concorrenza sarebbe una soluzione onerosa, ma è altresì possibile interrogarsi sulla sua necessità, in quanto la cessione dell'appalto pubblico è, in ogni caso, soggetta alla condizione sancita dalla disposizione controversa di non costituire un mezzo per eludere l'applicazione della direttiva 2014/24.

96. In quarto luogo, affronterò gli specifici problemi sollevati dalla posizione della Commissione relativa all'esistenza in capo al curatore fallimentare dell'obbligo di rivolgersi agli offerenti iniziali in caso di cessazione totale dell'attività dell'aggiudicatario iniziale.

97. Ricordo che, secondo la Commissione, l'intento del legislatore non era prendere in considerazione l'ipotesi in cui l'attività dell'aggiudicatario iniziale sia completamente cessata (42). Ma tale istituzione ammette che una simile situazione possa prodursi (43) e che un contratto di appalto pubblico sia il suo unico bene rimanente.

98. In una siffatta ipotesi, la Commissione ritiene che la disposizione controversa possa essere interpretata nel senso che sia applicabile l'eccezione all'avvio di una nuova procedura d'appalto, a condizione che il contratto di appalto pubblico sia proposto a tutti gli offerenti iniziali che soddisfano i criteri di selezione in maniera non discriminatoria ed equivalente, ad esempio rivolgendosi ad essi secondo l'ordine della loro graduatoria (44).

99. Tuttavia, sottolineo, in primo luogo, che una simile condizione non compare nella disposizione controversa e che essa risulta in contrasto con la volontà del legislatore. Infatti, come ho spiegato ai paragrafi 53 e 54 delle presenti conclusioni, nel corso dei lavori preparatori la Commissione aveva preso in considerazione la possibilità di applicare una procedura specifica in caso di fallimento, prevedendo in particolare che l'amministrazione aggiudicatrice si rivolgesse nuovamente agli offerenti iniziali. In definitiva, la direttiva 2014/24 non ha accolto tale proposta e non l'ha sostituita con un'altra. Ne deduco che il legislatore ha chiaramente respinto un siffatto obbligo di rivolgersi agli offerenti iniziali.

100. In secondo luogo, se il contratto di appalto pubblico o l'accordo quadro dev'essere proposto agli offerenti iniziali secondo l'ordine della loro graduatoria, ciò implica che dev'essere aggiudicato al primo di essi che l'accetta. Ma tale approccio non tiene conto della necessaria approvazione del nuovo contraente da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (45). Un ex offerente, anche qualora occupi la migliore posizione in graduatoria dopo l'aggiudicatario iniziale, non ha automaticamente diritto ad ottenere il contratto in simili circostanze.

101. In terzo luogo, il curatore fallimentare, se così costretto a rivolgersi agli offerenti iniziali, potrà essere privato della facoltà di cercare il miglior cessionario, nell'interesse dei creditori. Orbene, a mio avviso dalla direttiva 2014/24 non risulta affatto che il legislatore dell'Unione abbia inteso limitare in tal modo i poteri eventualmente attribuiti ai curatori fallimentari dal diritto nazionale (46).

102. Non posso dunque condividere l'interpretazione della Commissione.

103. Invece, come emerge dalla precedente analisi, ritengo che, nella misura in cui le tre condizioni previste nella disposizione controversa e richiamate al paragrafo 38 delle presenti conclusioni sono soddisfatte, l'interpretazione di tale disposizione nel senso che consenta la cessione ad un nuovo contraente soltanto dell'accordo quadro o del contratto di appalto pubblico precedentemente aggiudicato, senza che occorra mettere in atto una nuova procedura d'appalto e senza che il nuovo contraente sia costretto a rilevare un'altra attività dell'aggiudicatario iniziale, risponda ad un problema concreto della vita delle imprese, rispettando al contempo i principi che disciplinano l'aggiudicazione di un appalto pubblico sanciti all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24.

V. Conclusione

104. Alla luce dell'insieme delle precedenti considerazioni, propongo alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dall'Högsta förvaltningsdomstolen (Corte suprema amministrativa, Svezia) nel modo seguente:

L'articolo 72, paragrafo 1, lettera d), ii), 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 dev'essere interpretato nel senso che il fatto che un nuovo contraente sia subentrato nei diritti e negli obblighi dell'aggiudicatario iniziale derivanti da un accordo quadro, dopo che tale accordo gli è stato ceduto dal curatore fallimentare in seguito alla dichiarazione di fallimento dell'aggiudicatario iniziale, implica che il nuovo contraente debba essere considerato succeduto in tutto o in parte all'aggiudicatario iniziale ai sensi di tale disposizione. Non è necessario che detta cessione sia accompagnata dal trasferimento al nuovo contraente di parte dell'attività dell'aggiudicatario iniziale destinata all'esecuzione dell'accordo quadro.

1 Lingua originale: il francese.

2 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65).

3 Il giudice del rinvio afferma che tale legge è stata successivamente abrogata.

4 Tale procedura è specificata all'articolo 28 della direttiva 2014/24.

5 V. articolo 65 della direttiva 2014/24, intitolato «Riduzione del numero di candidati altrimenti qualificati da invitare a partecipare».

6 Sentenza del 19 giugno 2008 (C-454/06, in prosieguo: la «sentenza presstext», EU:C:2008:351, punto 40). Esaminerò più dettagliatamente le conseguenze di tale sentenza ai paragrafi da 70 a 78 delle presenti conclusioni.

7 V., in tal senso, sentenza presstext, punto 47, e articolo 72, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2014/24.

8 V. sentenza del 7 settembre 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, punto 28). Tali principi e l'obbligo di concorrenza sono richiamati all'articolo 18 della direttiva 2014/24.

9 V. paragrafo 13 delle presenti conclusioni.

10 V. paragrafi 84, 86 e 87 delle presenti conclusioni.

11 Il corsivo è mio.

12 La versione in lingua inglese è così formulata: «as a consequence of universal or partial succession into the position of the initial contractor».

13 V. paragrafi 46 e 47 delle presenti conclusioni.

14 Rilevo che tale punto non è oggetto di contestazione. La Dustin sottolinea che l'accordo quadro non può essere trasferito in parte unicamente al nuovo contraente.

15 La nozione di «identità sostanziale» tra operatori economici è utilizzata nel contesto della verifica della conformità delle offerte presentate dagli offerenti e connessa alla nozione di «identità giuridica». Deve esservi un'identità giuridica e sostanziale tra gli operatori economici preselezionati e quelli che presentano le offerte [v. sentenze del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, punto 40), e dell'11 luglio 2019, Telecom Italia (C-697/17, EU:C:2019:599, punto 34)]. Sottolineo tuttavia che tale condizione è richiesta nella fase dell'aggiudicazione degli appalti e non in quella dell'esecuzione dei contratti d'appalto.

16 Libro verde della Commissione, del 27 gennaio 2011, sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici – Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti[COM(2011) 15 definitivo; in prosieguo: il «libro verde»].

17 V. domanda 41 del libro verde.

- 18 V. pagina 27 e nota a piè di pagina 61 del libro verde.
- 19 Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici [COM (2011) 896 definitivo; in prosieguo: la «proposta di direttiva»].
- 20 V. proposta di direttiva, articolo 72, paragrafo 3.
- 21 V. considerando 47 della proposta di direttiva.
- 22 Come risulta dal parere del Conseil d'État (Consiglio di Stato, Francia) (Sezione finanze) dell'8 luglio 2000 (Cessione di contratti – n. 141654), una ristrutturazione può risultare dalla sparizione dell'iniziale titolare dell'appalto pubblico.
- 23 Sul pregiudizio per l'effetto utile della disposizione controversa, v. altresì paragrafi da 92 a 94 delle presenti conclusioni.
- 24 V. paragrafo 8 delle presenti conclusioni.
- 25 In particolare la protezione dell'ambiente, la promozione dell'innovazione, dell'occupazione e dell'inclusione sociale (v. punto 1 della relazione alla proposta di direttiva).
- 26 V. relazione alla proposta di direttiva.
- 27 V., in particolare, Treumer, S., «Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive», *Public Procurement Law Review*, 2014, 3, pag. 148.
- 28 Tali osservazioni si applicano allo stesso modo alla direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (GU 2014, L 94, pag. 243).
- 29 V. paragrafo 26 delle presenti conclusioni.
- 30 V. punto 30 della sentenza *pressetext*. Si trattava della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU 1992, L 209, pag. 1).

31 V. punti 31 e 34 della sentenza pressetext.

32 V. punto 35 della sentenza pressetext.

33 V. punto 40 della sentenza pressetext.

34 V. punto 45 della sentenza pressetext.

35 V. punto 51 della sentenza pressetext.

36 V. punto 52 della sentenza pressetext.

37 V. Treumer, S., «Regulations of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's proposals of December 2011», *Public Procurement Law Review*, 2012, 5, pagg. da 135 a 166, che sottolinea che «le norme sull'appalto pubblico hanno già svolto il proprio ruolo».

38 V. seconda condizione menzionata al paragrafo 38 delle presenti conclusioni.

39 V. paragrafo 15 delle presenti conclusioni.

40 Sue Arrowsmith considera tuttavia che, se l'amministrazione aggiudicatrice conserva la possibilità di influenzare l'individuazione della controparte contrattuale per ragioni diverse da quelle relative alla sua capacità tecnica o finanziaria, sceglie quest'ultima e tale scelta dovrebbe essere soggetta ad una procedura d'appalto; v. *The law of Public and Utilities procurement: Regulations in the EU and UK*, Sweet and Maxwell, 3a ed., 2014, punto 6-290.

41 Dagli atti della presente causa risulta che simili poteri sono previsti dal diritto nazionale in Svezia e in Austria. Il regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza (GU 2015, L 141, pag. 19), al considerando 22, sottolinea che sussistono notevoli differenze fra i diritti sostanziali degli Stati membri in tale settore. V. inoltre, in proposito, direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza) (GU 2019, L 172, pag. 18), in particolare i suoi considerando 1, 4, 7, 8 e 12.

42 V. paragrafo 49 delle presenti conclusioni.

43 V. paragrafo 33 delle presenti conclusioni.

44 La Commissione dichiara che il diritto italiano sembra aver adottato una soluzione di questo tipo. Segnalo che nei loro commenti sulla normativa italiana di recepimento della direttiva 2014/24, Marion Comba e Sara Richetto affermano che, all'articolo 110 D. Lgs. 50/2016, tale Stato membro ha previsto la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di rivolgersi agli offerenti iniziali secondo l'ordine della loro graduatoria (v. Treumer, S., e Comba, M., *Modernising Public Procurement: The approach of EU member States*, Elgar, 2018, capitolo 7, pag. 149).

45 V. paragrafo 89 delle presenti conclusioni.

46 Preciso che non ne deriva che qualsiasi difficoltà finanziaria dell'aggiudicatario iniziale possa dar luogo alla designazione di un sostituto, senza una nuova gara d'appalto conformemente alla direttiva 2014/24. Occorre altresì che sia stata avviata una procedura formale di insolvenza, come nel procedimento principale.