

Edizione provvisoria

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)

29 aprile 2025 (*)

« Rinvio pregiudiziale – Concessioni – Concessioni che sono state oggetto di attribuzione ad un’entità in house – Direttiva 2014/23/UE – Articolo 43, paragrafo 1, lettera c) – Modifica della concessione ad una data in cui il concessionario non ha più la qualità di entità in house – Modifica la cui “necessità è determinata” da circostanze imprevedibili – Direttiva 89/665/CEE – Controllo incidentale riguardante l’attribuzione iniziale di una concessione »

Nella causa C-452/23,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dall’Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania), con decisione del 16 giugno 2023, pervenuta in cancelleria il 19 luglio 2023, nel procedimento

Fastned Deutschland GmbH & Co. KG,

contro

Die Autobahn GmbH des Bundes,

in presenza di:

Autobahn Tank & Rast GmbH,

Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, F. Biltgen, K. Jürimäe, C. Lycourgos, I. Jarukaitis, M.L. Arastey Sahún, S. Rodin, A. Kumin, N. Jääskinen e D. Gratsias (relatore), presidenti di sezione, E. Regan, I. Ziemele e J. Passer, giudici,

avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: N. Mundhenke, amministratrice

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 9 luglio 2024,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Fastned Deutschland GmbH & Co. KG, da R. Ader, P. Friton e F. Wolf, Rechtsanwälte;
 - per la Die Autobahn GmbH des Bundes, da C. Bauer, N. Schleper e F. Siebler, Rechtsanwälte;
 - per la Autobahn Tank & Rast GmbH e la Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH, da H.-G. Kamann e M. Schweda, Rechtsanwälte;
 - per il governo tedesco, da J. Möller, R. Kanitz e P.-L. Krüger, in qualità di agenti;
 - per la Commissione europea, da B. De Meester e G. Wils, in qualità di agenti,
- sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 17 ottobre 2024,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 72, paragrafo 1, lettera c), 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 (GU 2014, L 94, pag. 65).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che oppone la Fastned Deutschland GmbH & Co. KG (in prosieguo: la «Fastned») alla Die Autobahn GmbH des Bundes in merito alla modifica di contratti di concessione relativi alla gestione di strutture per la fornitura di beni e servizi ai margini delle autostrade federali tedesche, al fine di includervi la costruzione, la manutenzione e la gestione di infrastrutture di ricarica rapida dei veicoli elettrici.

Contesto giuridico

Diritto dell'Unione

Direttiva 2014/23/UE

- 3 I considerando 8, 18, 75, 76 e 81 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1), sono così formulati:

«(8) Nel caso di concessioni pari o superiori a un determinato valore, è opportuno procedere a un coordinamento minimo delle procedure nazionali per l'aggiudicazione di tali contratti sulla base dei principi del [Trattato FUE],

nell'ottica di garantire l'apertura delle concessioni alla concorrenza e un adeguato livello di certezza giuridica. Tali norme di coordinamento dovrebbero limitarsi a quanto è necessario per realizzare gli obiettivi succitati e garantire un certo livello di flessibilità. (...)

(...)

- (18) (...) La caratteristica principale di una concessione, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore. L'applicazione di norme specifiche per la disciplina dell'aggiudicazione di concessioni non sarebbe giustificata se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sollevasse l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto. (...)

(...)

- (75) I contratti di concessione generalmente comportano disposizioni tecniche e finanziarie complesse e di lunga durata, soggette ai mutamenti delle circostanze. È pertanto necessario precisare, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia, le condizioni alle quali le modifiche di una concessione durante la sua esecuzione richiedono una nuova procedura di aggiudicazione della concessione. Una nuova procedura di concessione è necessaria quando vengono apportate modifiche sostanziali alla concessione iniziale, in particolare al campo di applicazione e al contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, inclusa la ripartizione dei diritti di proprietà intellettuale. Tali modifiche dimostrano l'intenzione delle parti di rinegoziare termini o condizioni essenziali della concessione in questione. Ciò si verifica, in particolare, quando le condizioni modificate avrebbero inciso sull'esito della procedura nel caso in cui fossero state parte della procedura sin dall'inizio. Le modifiche della concessione comportanti una modifica minore del valore del contratto sino a un determinato livello dovrebbero essere sempre possibili senza richiedere una nuova procedura di concessione. A tal fine e allo scopo di garantire la certezza giuridica, la presente direttiva dovrebbe prevedere soglie minime, al di sotto delle quali non è richiesta una nuova procedura di aggiudicazione. Le modifiche della concessione al di sopra di tali soglie dovrebbero essere possibili senza necessità di una nuova procedura di aggiudicazione nella misura in cui tali modifiche soddisfino talune condizioni. Potrebbe essere il caso, per esempio, di modifiche dettate dalla necessità di accogliere richieste delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori riguardanti la sicurezza, tenuto conto delle specificità di attività

come, ad esempio, la gestione di impianti sportivi o turistici in montagna, qualora la legislazione sia suscettibile di evolversi per affrontare i rischi correlati, nella misura in cui tali modifiche soddisfino le pertinenti condizioni stabilite dalla presente direttiva.

- (76) Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono trovarsi ad affrontare circostanze esterne che non era possibile prevedere quando hanno aggiudicato la concessione, in particolare quando l'esecuzione della concessione copre un periodo lungo. In questi casi è necessaria una certa flessibilità per adattare la concessione alle circostanze senza ricorrere a una nuova procedura di aggiudicazione. Il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile. Tale principio non può tuttavia applicarsi qualora una modifica comporti una variazione della natura complessiva della concessione, ad esempio con la sostituzione dei lavori da eseguire o dei servizi da prestare con qualcosa di diverso, oppure attraverso un cambiamento sostanziale del tipo di concessione poiché, in una situazione di questo genere, è possibile presumere un'influenza ipotetica sul risultato. (...)

(...)

- (81) Allo scopo di garantire un'adeguata tutela giurisdizionale dei candidati e degli offerenti durante le procedure di aggiudicazione di concessioni, nonché al fine di rendere effettivo il rispetto delle disposizioni della presente direttiva e dei principi del [Trattato FUE], la direttiva 89/665/CEE del Consiglio[, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU 1989, L 395, pag. 33),] e la 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),] dovrebbero applicarsi anche alle concessioni di servizi e alle concessioni di lavori aggiudicate sia da amministrazioni aggiudicatrici che da enti aggiudicatori. È opportuno pertanto modificare di conseguenza le direttive [89/665] e [92/13]».

- 4 L'articolo 2 della direttiva 2014/23, intitolato «Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche», prevede, al paragrafo 1, quanto segue:

«La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici.

Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni».

5 L'articolo 5 di detta direttiva, intitolato «Definizioni», così dispone:

«Ai fini della presente direttiva si applicano le definizioni seguenti:

- 1) “concessioni”: le concessioni di lavori o di servizi di cui alle lettere a) e b):
 - a) “concessione di lavori”: un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo;
 - b) “concessione di servizi” si intende un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera a) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

L'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile;

(...)».

6 L'articolo 17 di detta direttiva, intitolato «Concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico», prevede, al paragrafo 1, quanto segue:

«Una concessione aggiudicata da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore di cui trattasi; e
- c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione di capitali privati diretti, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi ai sensi del presente paragrafo, primo comma, lettera a), quando esercita un'influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore».

- 7 Il titolo II della direttiva 2014/23, rubricato «Norme sull'aggiudicazione di concessioni: principi generali e garanzie procedurali», contiene segnatamente l'articolo 38, intitolato «Selezione e valutazione qualitativa dei candidati», il cui paragrafo 1 è così formulato:

«Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori verificano le condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità finanziaria ed economica dei candidati o degli offerenti, sulla base di autocertificazioni, referenza o referenze che devono essere presentate come prova ai sensi dei requisiti specificati nel bando di concessione i quali sono non discriminatori e proporzionati all'oggetto della concessione. Le condizioni di partecipazione sono correlate e proporzionali alla necessità di garantire la capacità del concessionario di eseguire la concessione, tenendo conto dell'oggetto della concessione e dell'obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva».

8 Il titolo III di detta direttiva, rubricato «Norme sull'esecuzione delle concessioni», contiene segnatamente l'articolo 43, intitolato «Modifica di contratti durante il periodo di validità», che recita:

«1. Le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione della concessione a norma della presente direttiva nei casi seguenti:

(...)

- b) per lavori o servizi supplementari da parte del concessionario originario che si sono resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale, ove un cambiamento di concessionario:
 - i) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito della concessione iniziale; e
 - ii) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi.

Tuttavia, nel caso di concessioni aggiudicate dall'amministrazione aggiudicatrice allo scopo di svolgere un'attività diversa da quelle di cui all'allegato II, l'eventuale aumento di valore non deve eccedere il 50% del valore della concessione iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare la presente direttiva;

c) ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- i) la necessità di modifica è determinata da circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore diligente non ha potuto prevedere;
 - ii) la modifica non altera la natura generale della concessione;
 - iii) nel caso di concessioni aggiudicate dall'amministrazione aggiudicatrice allo scopo di svolgere un'attività diversa da quelle di cui all'allegato II, l'eventuale aumento di valore non è superiore al 50% del valore della concessione iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare la presente direttiva.
- d) se un nuovo concessionario sostituisce quello a cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avevano inizialmente aggiudicato la concessione a causa di una delle seguenti circostanze:

(...)

- ii) al concessionario 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. La modifica di una concessione durante il periodo della sua validità è considerata sostanziale ai sensi del paragrafo 1, lettera e), [se] muta sostanzialmente la natura della concessione rispetto a quella inizialmente conclusa. (...)

(...)

5. Una nuova procedura di aggiudicazione di una concessione in conformità della presente direttiva è richiesta per modifiche delle disposizioni di una concessione durante il periodo della sua validità diverse da quelle previste ai paragrafi 1 e 2».

- 9 Ai termini dell'articolo 51, paragrafo 1, prima comma, della direttiva summenzionata:

«Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 18 aprile 2016. Essi comunicano immediatamente alla Commissione [europea] il testo di tali disposizioni».

- 10 L'articolo 54, secondo comma, della medesima direttiva così dispone:

«La presente direttiva non si applica all'aggiudicazione di concessioni per le quali è stata presentata un'offerta o che sono state aggiudicate prima del 17 aprile 2014».

Direttiva 2014/24

- 11 Il considerando 122 della direttiva 2014/24 enuncia quanto segue:

«La direttiva 89/665/CEE prevede che determinate procedure di ricorso siano accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto. La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare tali procedure di ricorso. Tuttavia, i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure

di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto. Dovrebbero pertanto avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente. (...)».

12 L'articolo 72, paragrafo 1, lettere c) e d), della direttiva 2014/24 prescrive:

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

(...)

c) ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- i) la necessità di modifica è determinata da circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice diligente non ha potuto prevedere;
- ii) la modifica non altera la natura generale del contratto;
- iii) l'eventuale aumento di prezzo non è superiore al 50% del valore del contratto iniziale o dell'accordo quadro. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare la presente direttiva;

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; (...)

(...)».

Direttiva 89/665

13 L'articolo 1 della direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 2014/23 (in prosieguo: la «direttiva 89/665»), intitolato «Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso», così dispone:

«1. (...)

La presente direttiva si applica anche alle concessioni aggiudicate dalle amministrazioni aggiudicatrici, di cui alla direttiva 2014/23/UE (...), a meno che tali concessioni siano escluse a norma degli articoli 10, 11, 12, 17 e 25 di tale direttiva.

(...)

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2014/24/UE o dalla direttiva 2014/23/UE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 *septies* della presente direttiva, sulla base del fatto che tali decisioni hanno violato il diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali di recepimento.

(...)

3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.

(...)».

14 Ai sensi dell'articolo 2 *septies*, paragrafo 1, della direttiva 89/665:

«Gli Stati membri possono stabilire che la proposizione di un ricorso a norma dell'articolo 2 *quinquies*, paragrafo 1, debba avvenire:

- a) prima dello scadere di un termine di almeno trenta giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui:
 - l'amministrazione aggiudicatrice ha pubblicato l'avviso di aggiudicazione ai sensi degli articoli 50 e 51 della direttiva 2014/24/UE o degli articoli 31 e 32 della direttiva 2014/23/UE, a condizione che tale avviso contenga la motivazione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di affidare il contratto senza previa pubblicazione di un bando nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, oppure
 - l'amministrazione aggiudicatrice ha informato gli offerenti e i candidati interessati della stipula del contratto, a condizione che tali informazioni contengano una relazione sintetica dei motivi pertinenti (...);
- b) e in ogni caso prima dello scadere di un periodo di almeno sei mesi a decorrere dal giorno successivo alla data di stipula del contratto».

Diritto tedesco

GWB

15 La Parte 4 del Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (legge contro le limitazioni della concorrenza), del 26 giugno 2013 (BGBl. 2013 I, pag. 1750), nella versione applicabile alla controversia di cui al procedimento principale (in prosieguo: il «GWB»), fissa le norme relative alla conclusione degli appalti pubblici e delle concessioni e comprende, segnatamente, gli articoli 132, 135 e 154 del GWB.

16 L'articolo 132 del GWB, intitolato «Modifiche dell'appalto durante la vigenza del contratto», così dispone:

«(1) Eventuali modifiche sostanziali di un appalto pubblico durante la vigenza del contratto esigono l'espletamento di una nuova procedura di affidamento. Sono sostanziali quelle modifiche da cui derivi, come conseguenza, che l'appalto pubblico differisce notevolmente dall'appalto pubblico originariamente attribuito. (...)

(...)

(2) Salvo il disposto del paragrafo 1, la modifica di un appalto pubblico senza svolgimento di una nuova procedura di affidamento è ammissibile qualora:

(...)

3. la modifica sia divenuta necessaria a causa di circostanze che l'amministrazione aggiudicatrice non poteva prevedere nell'ambito del suo obbligo di diligenza, e la natura generale dell'appalto non cambi per effetto della modifica (...).

(...)

Nei casi previsti dalla prima frase, punti 2 e 3, del presente paragrafo, il prezzo non può essere aumentato in misura superiore al 50% del valore dell'appalto originario.

(...)

(...)».

17 L'articolo 135 del GWB, intitolato «Invalidità», prevede quanto segue:

«(1) Un appalto pubblico è sin dall'inizio invalido qualora l'amministrazione aggiudicatrice:

(...)

2. abbia affidato l'appalto senza previa pubblicazione di un avviso nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, senza che ciò sia permesso per legge,

e tale violazione sia stata constatata in una procedura di riesame.

(2) L'invalidità ai sensi del paragrafo 1 può essere constatata soltanto nel caso in cui essa sia stata fatta valere nel procedimento di riesame entro 30 giorni di calendario successivi alla comunicazione trasmessa dall'amministrazione

aggiudicatrice agli offerenti e ai candidati interessati in merito alla conclusione del contratto, ma non oltre sei mesi dopo la conclusione di quest'ultimo. Nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice abbia reso noto l'affidamento dell'appalto nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, il termine per far valere l'invalidità scade 30 giorni di calendario dopo la pubblicazione dell'avviso dell'affidamento dell'appalto nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

(...)».

18 Ai sensi dell'articolo 154 del GWB, intitolato «Altre disposizioni applicabili»:

«All'affidamento di concessioni (...) si applicano altresì in maniera corrispondente le seguenti norme:

(...)

3. articoli 131, paragrafi 2 e 3, e 132 (...)

(...)

4. articoli da 133 a 135,

(...)».

SchnellLG

19 Ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, prima frase, del Gesetz über die Bereitstellung flächendeckender Schnellladeinfrastruktur für reine Batterieelektrofahrzeuge (legge disciplinante la creazione di una rete su larga scala di punti per la ricarica rapida di veicoli elettrici a batteria), del 25 giugno 2021 (BGBl. 2021 I, pag. 2141; in prosieguo: lo «SchnellLG»), il titolare di una concessione di gestione di una stazione di servizio a margine delle autostrade federali con stazione di rifornimento carburanti deve vedersi proporre la possibilità di acquisire in autonomia di esercizio le attività di creazione, manutenzione e gestione dei punti di ricarica rapida dei veicoli previsti su questo sito, se e in quanto ciò sia opportuno e non vi osti la Parte 4 del GWB.

Procedimento principale e questione pregiudiziale

20 La Die Autobahn des Bundes, convenuta nel procedimento principale, è una società di diritto privato, di inalienabile proprietà della Repubblica federale di Germania. Il Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (Ministero federale dei Trasporti e delle Infrastrutture digitali, Germania) le ha affidato, con effetto dal 1° gennaio 2021, la progettazione, la costruzione, l'esercizio, la manutenzione, il finanziamento e la gestione patrimoniale delle autostrade federali tedesche.

21 Su oltre 400 aree di sosta della rete autostradale tedesca sono insediate imprese fornitrici di beni e servizi a margine delle autostrade stesse, sotto forma di stazioni

di rifornimento di carburanti e di stazioni di sosta. In origine, la gestione di tali strutture era assicurata dalla Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH, creata dalla Repubblica federale di Germania nel corso dell'anno 1951. Nel corso dell'anno 1994, tale società ha mutato la propria denominazione in Tank & Rast AG, unica azionista della quale restava la Repubblica federale di Germania. Nel corso del medesimo anno, la Tank & Rast ha rilevato la società Ostdeutsche Autobahntankstellengesellschaft mbH.

- 22 Tra l'anno 1996 e l'anno 1998, la Repubblica federale di Germania ha concluso, senza previa procedura di gara, con la Tank & Rast, circa 280 contratti di concessione relativi alla gestione di aziende di servizi a margine sulle autostrade federali tedesche per una durata massima di 40 anni.
- 23 Tali contratti, che sono attualmente in corso, sono stati redatti sulla base di un modello di concessione in virtù del quale il concessionario può costruire e gestire un'azienda di servizi a margine, a beneficio degli utenti delle autostrade federali tedesche, su uno specifico sito di esercizio. Quale contropartita, il concessionario deve pagare un canone commisurato al proprio fatturato. I suddetti contratti contengono un piano di gestione che prevede un numero determinato di pompe di carburante e di spazi di stazionamento, nonché una stazione di sosta e toilette pubbliche, tenendo presente che ciascuna azienda di servizi a margine deve essere tenuta aperta 24 ore su 24.
- 24 Nel corso dell'anno 1998, le autorità tedesche hanno avviato un processo di privatizzazione della Tank & Rast, al quale hanno partecipato una cinquantina di candidati tedeschi e stranieri. Tale processo ha dato luogo all'acquisizione della Tank & Rast da parte di un consorzio che riunisce LSG Lufthansa Service Holding AG, Allianz Capital Partners GmbH e tre fondi di investimento. Per effetto di successive modifiche di denominazione societaria, la Tank & Rast ha visto succedere al suo posto gli attuali concessionari, ossia la Autobahn Tank & Rast GmbH e la Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH, odierne intervenienti dinanzi al giudice del rinvio.
- 25 Tra l'anno 1999 e l'anno 2019, la Autobahn Tank & Rast e la Ostdeutsche Autobahntankstellen si sono viste attribuire all'incirca altre 80 concessioni, di cui, a loro dire, 19 a seguito di una procedura di gara. Pertanto, dette società sono divenute concessionarie di circa il 90% di tutte le aziende di servizi a margine esistenti.
- 26 Il 28 aprile 2022, la Die Autobahn des Bundes ha concluso con la Autobahn Tank & Rast e con la Ostdeutsche Autobahntankstellen, in applicazione dell'articolo 5, paragrafo 3, dello SchnellLG, un'integrazione dei circa 360 contratti di concessione già esistenti, in virtù della quale la Autobahn Tank & Rast e la Ostdeutsche Autobahntankstellen hanno acquisito in autonomia di esercizio le attività di creazione, manutenzione e gestione di un'infrastruttura operativa di ricarica rapida di veicoli elettrici nelle aree di sosta interessate, il che implica altresì l'obbligo di

mantenere a disposizione un determinato numero di punti di ricarica per ciascun sito (in prosieguo: la «modifica controversa nel procedimento principale»).

- 27 La Die Autobahn des Bundes ha pubblicato un avviso riguardante tale modifica nel *Supplemento alla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*. Secondo tale avviso, la rinuncia ad una procedura di gara era giustificata alla luce dell'articolo 132 del GWB. Infatti, la messa a disposizione di una rete di punti di ricarica elettrica rapida costituirebbe una prestazione di servizio integrativa, che si sarebbe resa necessaria nell'ambito dei contratti di concessione in questione, ciò che non sarebbe stato prevedibile alla data della loro conclusione.
- 28 La Fastned e la Tesla Germany GmbH (in prosieguo: «Tesla»), che gestiscono infrastrutture di ricarica per veicoli elettrici, hanno presentato dinanzi alla Vergabekammer des Bundes (Sezione federale di controllo sugli affidamenti di appalti e concessioni, Germania) una domanda per l'avvio di un procedimento di riesame riguardante la modifica controversa nel procedimento principale. A sostegno di tale domanda, esse hanno fatto valere che detta modifica era invalida in virtù dell'articolo 135, paragrafo 1, punto 2, del GWB, in quanto era stata conclusa senza una previa pubblicazione di un bando di gara a livello dell'Unione europea. Secondo la Fastned e la Tesla, la suddetta modifica non potrebbe essere fondata sull'articolo 132 del GWB, posto che quest'ultimo non è applicabile a concessioni che non sono state attribuite nell'ambito di una procedura di gara.
- 29 Con una ordinanza in data 15 giugno 2022, la Sezione federale di controllo sugli affidamenti di appalti e concessioni ha respinto la suddetta domanda.
- 30 La Fastned e Tesla hanno proposto un ricorso contro tale ordinanza dinanzi all'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania), odierno giudice del rinvio. A sostegno di tale ricorso, esse hanno fatto valere che l'articolo 132, paragrafi 1 e 2, del GWB non si applica ad una modifica di un appalto pubblico attribuito in origine ad un'entità *in house*, senza previo esperimento di una procedura di gara. Tale conclusione sarebbe valida, a maggior ragione, nel caso di una concessione attribuita in origine senza esperimento di una gara nella prospettiva di una privatizzazione del concessionario e dunque in violazione delle norme applicabili in materia.
- 31 Secondo detto giudice, l'unico elemento determinante per risolvere la controversia dinanzi ad esso pendente è stabilire se la modifica controversa nel procedimento principale ricada sotto l'articolo 135, paragrafo 1, punto 2, del GWB e sia perciò invalida.
- 32 A questo proposito, detto giudice ritiene che i presupposti sostanziali previsti dall'articolo 132, paragrafo 2, punto 3, del GWB siano soddisfatti. Infatti, in primo luogo, l'amministrazione aggiudicatrice non poteva prevedere, in ogni caso per quanto riguarda i contratti di concessione conclusi nel corso del periodo compreso tra l'anno 1996 e l'anno 1998, che sarebbe emersa una necessità di infrastrutture di

ricarica veloce di veicoli elettrici nelle aree di servizio delle autostrade federali tedesche e che sarebbe stato introdotto un obbligo legale di realizzare tali infrastrutture. In secondo luogo, la modifica controversa nel procedimento principale non altererebbe la natura generale delle concessioni in questione. In terzo luogo, non si verificherebbe un aumento del valore dell'appalto iniziale superiore al 50%.

- 33 Tuttavia, il giudice del rinvio solleva dei dubbi riguardo alla questione se l'articolo 132, paragrafo 2, punto 3, del GWB, che mira a trasporre l'articolo 72, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/24 nell'ordinamento giuridico tedesco, si applichi alla modifica di contratti conclusi, al di fuori dell'ambito di applicazione della Parte 4 del GWB, con una entità *in house* dell'amministrazione aggiudicatrice, qualora, alla data di tale modifica, i criteri per un'attribuzione *in house* non siano più soddisfatti, in quanto il capitale del concessionario è attualmente detenuto al 100% da investitori privati.
- 34 Tale punto sarebbe determinante per la soluzione della controversia sottoposta alla cognizione di detto giudice, alla luce del fatto che, secondo quest'ultimo, la modifica controversa nel procedimento principale è «sostanziale», ai sensi dell'articolo 132, paragrafo 1, prima frase, del GWB. Occorrerebbe dunque sapere se l'articolo 132, paragrafo 2, punto 3, del GWB, letto in combinato disposto con l'articolo 154, punto 3, della medesima legge, permettesse all'amministrazione aggiudicatrice di concludere tale modifica con la Autobahn Tank & Rast e la Ostdeutsche Autobahntankstellen senza avviare una nuova procedura di affidamento. Orbene, una risposta chiara a tale quesito non risulterebbe con certezza né dal tenore letterale dell'articolo 72 della direttiva 2014/24 né dalla giurisprudenza della Corte.
- 35 A questo proposito, il giudice del rinvio fa osservare, segnatamente, che i punti da 41 a 43 della sentenza del 12 maggio 2022, Comune di Lerici (C-719/20, EU:C:2022:372), potrebbero essere intesi nel senso che occorre escludere in via generale dall'ambito di applicazione dell'articolo 72 della direttiva 2014/24, e dunque di detto articolo 72, paragrafo 1, lettera c), che sarebbe la disposizione pertinente nel caso di specie, gli appalti inizialmente attribuiti ad una entità *in house*, qualora alla data della modifica di un appalto non siano più soddisfatte le condizioni per un affidamento *in house*.
- 36 Detto giudice ritiene però che sia indifferente, ai fini dell'applicazione del citato articolo 72, sapere se l'attribuzione iniziale delle concessioni in questione, tra l'anno 1996 e l'anno 1998, fosse conforme alla normativa sui contratti pubblici oppure se la privatizzazione della Tank & Rast, intervenuta nel corso dell'anno 1998, abbia costituito una modifica sostanziale degli stessi. Infatti, il termine di sei mesi previsto dall'articolo 135, paragrafo 2, del GWB, ai fini della trasposizione, nell'ordinamento giuridico tedesco, dell'articolo 2 *septies*, paragrafo 1, della direttiva 89/665, sarebbe scaduto già da molto tempo. L'obiettivo di tale termine di preclusione, ossia garantire la certezza del diritto, verrebbe impedito se la legittimità della conclusione del contratto iniziale o delle modifiche antecedenti alla data di scadenza del termine

suddetto potesse essere rimessa in discussione dopo tale data, in occasione di una domanda di annullamento di una modifica successiva dell'appalto in questione.

- 37 Alla luce di tali circostanze, l'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'articolo 72, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che nel suo ambito di applicazione rientrano anche quegli appalti pubblici che in precedenza erano stati attribuiti ad un organismo *in house* al di fuori della sfera di applicazione della direttiva 2014/24, allorquando però al momento della modifica del contratto non sussistono più i presupposti per l'affidamento *in house*».

Procedimento dinanzi alla Corte

- 38 Ai sensi dell'articolo 16, terzo comma, dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, la Repubblica federale di Germania ha chiesto, il 25 marzo 2024, che la presente causa fosse giudicata dalla Corte riunita in Grande Sezione, richiesta di cui la Corte ha preso atto il 4 giugno 2024.
- 39 Il 17 luglio 2024, il giudice del rinvio ha informato la Corte che Tesla aveva rinunciato agli atti del procedimento pendente dinanzi ad esso.

Sulla questione pregiudiziale

Osservazioni preliminari

- 40 Il giudice del rinvio interroga la Corte in merito all'interpretazione dell'articolo 72, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/24, la quale verte sull'affidamento degli appalti pubblici.
- 41 A questo proposito, occorre rilevare che la questione se un'operazione debba essere qualificata come «appalto pubblico», ai sensi della direttiva 2014/24, oppure come «concessione», ai sensi della direttiva 2014/23, deve essere valutata esclusivamente alla luce del diritto dell'Unione (sentenza del 15 ottobre 2009, Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628, punto 38).
- 42 Nel caso di specie, il giudice del rinvio fa presente, segnatamente, da un lato, che i contratti interessati dalla modifica controversa nel procedimento principale conferiscono alla Autobahn Tank & Rast e alla Ostdeutsche Autobahntankstellen il diritto di costruire nonché di gestire aziende di servizi a margine a beneficio degli utenti delle autostrade federali tedesche e, dall'altro, che dette società devono, quale contropartita, pagare un canone di concessione commisurato al loro fatturato.

- 43 Già prima dell'adozione della direttiva 2014/23, si ammetteva che il fatto che la remunerazione della controparte contrattuale di un'amministrazione aggiudicatrice provenga non dall'autorità pubblica interessata, bensì dagli importi versati dai terzi per l'uso dell'opera o dei servizi in questione, implica che il prestatore assuma il rischio di gestione correlato e configura così una concessione e non un appalto pubblico (v., in tal senso, sentenza del 13 ottobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, EU:C:2005:605, punto 40). Tale criterio distintivo tra una concessione e un appalto pubblico, descritto al considerando 18 della direttiva 2014/23, è ormai sancito dall'articolo 5, punto 1, di quest'ultima.
- 44 Di conseguenza, tenuto conto delle indicazioni fornite dal giudice del rinvio, occorre considerare, così come ha fatto l'avvocato generale al paragrafo 32 delle sue conclusioni, che la controversia di cui al procedimento principale verte su dei contratti di concessione e che, in tale contesto, detto giudice interroga la Corte in merito all'interpretazione dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23, il quale stabilisce le condizioni alle quali una concessione può essere modificata, senza una nuova procedura di attribuzione, per ragioni attinenti alla sopravvenienza di circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice diligente non poteva prevedere, e il cui tenore letterale è, essenzialmente, identico a quello dell'articolo 72, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/24.
- 45 Occorre dunque considerare che, con la sua questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23 debba essere interpretato nel senso che, qualora siano soddisfatte le condizioni pre viste da tale disposizione, una concessione può essere modificata senza una nuova procedura di attribuzione, anche nel caso in cui essa sia stata attribuita, senza previo esperimento di una gara, ad un'entità *in house* e la modifica di tale concessione venga effettuata ad una data in cui il concessionario non ha più la qualità di entità *in house*.

Sui presupposti di applicazione dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23

– *Sull'incidenza della perdita, da parte del concessionario, della sua qualità di entità in house tra la data di attribuzione della concessione in questione e quella della modifica di tale concessione*

- 46 Al fine di rispondere alla questione sollevata, occorre precisare, da un lato, la portata delle norme del diritto dell'Unione disciplinanti l'attribuzione di una concessione ad un'entità *in house* e, dall'altro, le conseguenze che derivano, alla luce dell'applicazione di tali norme, dalla perdita, da parte del concessionario, nel corso dell'esecuzione della concessione in questione, della propria qualità di entità *in house*.
- 47 A questo proposito, in primo luogo, già prima dell'adozione della direttiva 2014/23, si riconosceva che un'autorità pubblica aveva la possibilità di adempiere i compiti di

interesse pubblico ad essa incombenti con i propri mezzi, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a ricorrere ad entità esterne non appartenenti ai suoi servizi (sentenza dell'11 gennaio 2005, Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punto 48). In materia di concessioni, tale possibilità è attualmente sancita e precisata dall'articolo 2 della direttiva 2014/23, intitolato «Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche».

- 48 In concreto, l'applicazione delle norme del diritto dell'Unione in materia di concessioni era esclusa nel caso in cui il controllo esercitato sul concessionario dall'amministrazione aggiudicatrice fosse analogo a quello esercitato da quest'ultima sui propri servizi e, al tempo stesso, il concessionario realizzasse la parte essenziale della propria attività con l'amministrazione aggiudicatrice che lo deteneva (v., in tal senso, sentenze del 13 ottobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, punto 62, e del 15 ottobre 2009, Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628, punto 51). Infatti, nel caso di una siffatta attribuzione *in house*, si reputava che l'amministrazione aggiudicatrice avesse fatto ricorso ai propri mezzi, dato che il concessionario, pur essendo giuridicamente distinto da essa, poteva, in pratica, essere equiparato ai servizi interni dell'amministrazione aggiudicatrice stessa, cosicché l'esperimento di una procedura di evidenza pubblica non era obbligatorio (v., per analogia, sentenze del 10 settembre 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, punto 36, e del 12 maggio 2022, Comune di Lerici, C-719/20, EU:C:2022:372, punto 33). Tali principi sono attualmente sanciti e precisati dall'articolo 17 della direttiva 2014/23, il quale enuncia le condizioni alle quali una concessione tra entità appartenenti al settore pubblico non rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva.
- 49 In secondo luogo, occorre rilevare che, in caso di modifica sostanziale di un contratto di concessione, la legislazione dell'Unione alla luce della quale tale modifica deve essere valutata è quella applicabile alla data della modifica stessa, tenendo presente che il fatto che la conclusione del contratto di concessione iniziale sia antecedente all'adozione delle norme dell'Unione in materia non comporta alcuna conseguenza al riguardo (v., in tal senso, sentenze del 19 dicembre 2018, Stanley International Bettinge Stanleybet Malta, C-375/17, EU:C:2018:1026, punti 34 et 35, nonché del 2 settembre 2021, Sisale a., C-721/19 e C-722/19, EU:C:2021:672, punto 28).
- 50 Ne consegue che è alla luce delle disposizioni della direttiva 2014/23 che occorre esaminare se una modifica come la modifica controversa nel procedimento principale, che è stata effettuata dopo il 18 aprile 2016, data limite per la trasposizione di tale direttiva ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, primo comma, di quest'ultima, esigesse una nuova procedura di attribuzione (v., per analogia, sentenza del 12 maggio 2022, Comune di Lerici, C-719/20, EU:C:2022:372, punto 39 e la giurisprudenza citata).
- 51 A questo proposito, come rilevato dall'avvocato generale, in sostanza, al paragrafo 55 delle sue conclusioni, se, alla data della modifica di un contratto di concessione, il concessionario soddisfa le condizioni stabilite dall'articolo 17 della direttiva

2014/23, tale modifica può, in ogni caso, essere effettuata senza una nuova procedura di attribuzione e indipendentemente dalle condizioni previste dall'articolo 43 di detta direttiva. Per contro, se, a tale data, il concessionario non soddisfa più le condizioni previste dal citato articolo 17, situazione sulla quale il giudice del rinvio interroga la Corte, la suddetta modifica può essere effettuata senza una nuova procedura di attribuzione soltanto se sono rispettate le condizioni previste dall'articolo 43 di cui sopra.

- 52 È gioco forza constatare, in primo luogo, che il tenore letterale dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23, il quale, come risulta dal considerando 75 di tale direttiva, mira per l'appunto a precisare le condizioni alle quali le modifiche apportate ad una concessione in corso di esercizio richiedono una nuova procedura di attribuzione, non fornisce alcuna indicazione nel senso che una concessione non possa essere modificata senza una siffatta procedura, a seguito del verificarsi di circostanze imprevedibili, ai sensi di tale articolo 43, paragrafo 1, lettera c), i), qualora essa sia stata inizialmente attribuita ad una entità *in house* senza previo esperimento di una procedura di gara e la modifica in questione intervenga ad una data in cui l'entità concessionaria non ha più la qualità di entità *in house*. Infatti, le altre due condizioni che una siffatta modifica deve soddisfare, previste dal citato articolo 43, paragrafo 1, lettera c), ii) e iii), vertono unicamente sull'esigenza che tale modifica non alteri la natura generale della concessione in questione e che il suo ammontare non superi certi valori limite, senza alcun riferimento, diretto o indiretto, all'esistenza di una procedura di attribuzione iniziale di tale concessione a seguito di una procedura di evidenza pubblica.
- 53 In secondo luogo, nessun elemento del contesto nel quale si colloca l'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23 permette di ritenere che una concessione attribuita ad una entità *in house* non possa essere modificata senza una nuova procedura di attribuzione, a seguito del verificarsi di circostanze imprevedibili, ai sensi del citato articolo 43, paragrafo 1, lettera c), i), se, alla data della modifica in questione, il concessionario non ha più la qualità di entità *in house*.
- 54 In particolare, un tale approccio non potrebbe essere giustificato dall'elemento di contesto che fornisce l'articolo 43, paragrafo 1, lettera d), ii), della direttiva 2014/23, disposizione il cui contenuto è, in sostanza, identico a quello dell'articolo 72, paragrafo 1, lettera d), ii), della direttiva 2014/24, come interpretato dalla Corte nella sentenza del 12 maggio 2022, Comune di Lerici (C-719/20, EU:C:2022:372), citata dal giudice del rinvio. Tale articolo 43, paragrafo 1, lettera d), ii), prevede che una concessione possa essere modificata senza una nuova procedura di attribuzione qualora il concessionario iniziale venga sostituito da un nuovo concessionario, a seguito, segnatamente, dell'acquisizione del primo da parte del secondo, purché quest'ultimo soddisfi i criteri di selezione qualitativi stabiliti inizialmente e a condizione che ciò non determini ulteriori modifiche sostanziali del contratto e non miri ad eludere l'applicazione della direttiva 2014/23.

- 55 Invero, la Corte ha dedotto dalla formulazione dell'articolo 72, paragrafo 1, lettera d), ii), della direttiva 2014/24 che una siffatta sostituzione della controparte contrattuale è possibile soltanto se l'appalto pubblico in questione ha costituito l'oggetto di una procedura di affidamento iniziale conforme ai requisiti imposti da detta direttiva e che, di conseguenza, una nuova controparte non può sostituire, senza una nuova procedura di affidamento, la controparte iniziale qualora tale appalto sia stato affidato inizialmente ad una entità *in house*, senza esperimento di una procedura di gara (v., in tal senso, sentenza del 12 maggio 2022, Comune di Lerici, C-719/20, EU:C:2022:372, punti 41 e 43).
- 56 Tale requisito, che, a norma dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera d), ii), della direttiva 2014/23, deve essere considerato valido anche in materia di concessioni, si spiega però con il fatto che, se una concessione ha costituito inizialmente l'oggetto di un affidamento *in house*, nel senso illustrato ai punti 47 e 48 della presente sentenza, all'esito di un procedimento non basato su criteri di selezione qualitativi quali quelli contemplati all'articolo 38 di detta direttiva, il fatto, per un altro operatore, che non è un'entità *in house*, di sostituire il concessionario iniziale equivarrebbe ad una nuova attribuzione della concessione, la quale dovrebbe essere assoggettata alle norme risultanti dalla direttiva summenzionata.
- 57 Tuttavia, ciò non vale nel caso di una modifica come la modifica controversa nel procedimento principale, che, prevedendo la costruzione, la manutenzione e la gestione di un'infrastruttura operativa di ricarica elettrica rapida nelle aree di servizio interessate, verte non già sulla perdita, da parte del concessionario, nel corso dell'anno 1998, della sua qualità di entità *in house*, bensì sull'oggetto della concessione, e che non ricade dunque sotto l'articolo 43, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2014/23.
- 58 Per quanto riguarda anche il contesto nel quale si inserisce l'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23, è pur vero che, secondo la frase introduttiva di tale paragrafo 1, le concessioni possono essere modificate senza «una nuova procedura di aggiudicazione della concessione a norma [di questa] direttiva». Tuttavia, non si può inferire da tale frase che l'articolo 43 della direttiva in parola si applichi unicamente alle modifiche apportate a concessioni che sono state inizialmente attribuite in conformità a questa medesima direttiva. Infatti, ai sensi della giurisprudenza ricordata ai punti 49 e 50 della presente sentenza, le modifiche apportate ad una concessione dopo la data limite per la trasposizione della direttiva 2014/23 possono ricadere nell'ambito di applicazione del citato articolo 43, e ciò malgrado che tale direttiva, in virtù del suo articolo 54, secondo comma, non sia applicabile all'attribuzione di concessioni per le quali sia stata presentata un'offerta o che siano state aggiudicate prima del 17 aprile 2014 e, dunque, al di fuori di una procedura di attribuzione conforme a detta direttiva. Pertanto, la frase summenzionata mira unicamente ad imporre che, qualora la modifica di una concessione non rientri in uno dei casi elencati nel citato articolo 43, essa abbia luogo al termine di una procedura di attribuzione che sia conforme alla medesima direttiva.

59 In terzo luogo, quanto all'obiettivo dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23, risulta dal considerando 76 di quest'ultima che tale disposizione mira a conferire alle amministrazioni aggiudicatrici una certa flessibilità per adattare una concessione in corso a circostanze esterne che esse non potevano prevedere al momento dell'attribuzione di tale concessione, segnatamente nel caso in cui la gestione di quest'ultima si estenda su un periodo più lungo. Orbene, escludere dall'ambito di applicazione della disposizione suddetta i casi in cui una concessione sia stata inizialmente attribuita ad un'entità *in house* e in cui il concessionario non abbia più tale qualità alla data della modifica dell'oggetto della concessione in parola limiterebbe la possibilità di esercitare tale flessibilità per una ragione che non risulta né dal tenore letterale né dal contesto della medesima disposizione e che, in tali circostanze, non può essere considerata rispecchiante la volontà del legislatore dell'Unione.

60 Risulta dalle considerazioni che precedono che l'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23 deve essere interpretato nel senso che, qualora siano soddisfatte le condizioni previste da tale disposizione, una concessione può essere modificata senza una nuova procedura di attribuzione, anche nel caso in cui essa sia stata inizialmente attribuita, senza previo esperimento di una gara, ad una entità *in house* e la modifica dell'oggetto della concessione summenzionata venga effettuata ad una data in cui il concessionario non ha più la qualità di entità *in house*.

– *Sull'incidenza della regolarità dell'attribuzione iniziale della concessione in questione*

61 Occorre nondimeno esaminare se, come sostengono, in sostanza, la Fastned e la Commissione, l'applicazione dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23 sia subordinata alla regolarità, alla luce del diritto dell'Unione, dell'attribuzione iniziale della concessione. Il giudice del rinvio fa osservare, in proposito, che, in virtù dell'articolo 135, paragrafo 2, del GWB, il quale traspone l'articolo 2 *septies*, paragrafo 1, della direttiva 89/665 nell'ordinamento tedesco, il termine di ricorso contro gli atti correlati è scaduto da molto tempo. Occorre, di conseguenza, stabilire se gli Stati membri debbano permettere ai giudici nazionali di controllare, in via incidentale e su domanda, la regolarità dell'attribuzione iniziale di una concessione in occasione di un ricorso inteso all'annullamento di una modifica di quest'ultima, qualora tale ricorso venga presentato da un operatore che dimostri un interesse a vedersi attribuire soltanto la parte di tale concessione costituente l'oggetto di detta modifica, e ciò dopo la scadenza di qualsiasi termine previsto per la presentazione di un ricorso diretto volto all'annullamento di tale attribuzione iniziale.

62 Come risulta sia dal considerando 81 della direttiva 2014/23 che dall'articolo 1, paragrafo 1, quarto comma, della direttiva 89/665, è quest'ultima direttiva a stabilire le norme che gli Stati membri sono tenuti a rispettare al fine di garantire che le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci.

- 63 Orbene, occorre ricordare, da un lato, che la direttiva 89/665 mira ad assicurare il pieno rispetto del diritto ad un ricorso effettivo e ad accedere ad un tribunale indipendente e imparziale, sancito dall'articolo 47, primo e secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nello specifico settore degli appalti pubblici e delle concessioni (v., in tal senso, sentenza del 7 settembre 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, punto 128). Al fine di realizzare tale obiettivo, l'articolo 1, paragrafo 3, di detta direttiva impone agli Stati membri di provvedere a rendere accessibili le procedure di ricorso almeno a qualunque soggetto che, indipendentemente dalla sua qualità formale di offerente o di candidato, abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'attribuzione di un determinato appalto pubblico o di una determinata concessione e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione (v., in tal senso, sentenze dell'11 gennaio 2005, *Stadt Halle e RPL Lochau*, C-26/03, EU:C:2005:5, punto 40, nonché del 14 maggio 2020, *T-Systems Magyarország*, C-263/19, EU:C:2020:373, punto 50).
- 64 Ne consegue che il diritto di un operatore economico di presentare un ricorso, quale garantito dalla direttiva 89/665, esige che egli fornisca la prova di un interesse a vedersi assegnare la concessione in questione nell'ambito di una nuova procedura di attribuzione di quest'ultima (sentenza del 2 settembre 2021, *Sisal e a.*, C-721/19 e C-722/19, EU:C:2021:672, punto 59).
- 65 Inoltre, se è pur vero che la direttiva 89/665 non vieta agli Stati membri di prevedere dei mezzi di ricorso a favore di soggetti diversi da quelli contemplati dall'articolo 1, paragrafo 3, di tale direttiva, resta il fatto che quest'ultima non impone un obbligo siffatto ai suddetti Stati, il che è confermato, come ha fatto osservare l'avvocato generale al paragrafo 86 e nella nota 61 delle sue conclusioni, dal considerando 122 della direttiva 2014/24 (v., in tal senso, sentenza del 26 marzo 2020, *Hungeod e a.*, C-496/18 e C-497/18, EU:C:2020:240, punti 74 e 80).
- 66 Dall'altro lato, l'articolo 1, paragrafo 1, quarto comma, della direttiva 89/665 prevede l'introduzione, negli Stati membri, di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile contro le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici in materia di appalti pubblici o di concessioni che possono aver violato il diritto dell'Unione o le norme nazionali che recepiscono quest'ultimo.
- 67 A questo proposito, la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza, quali stabiliti dal diritto nazionale in applicazione dell'articolo 2 *septies* della direttiva 89/665, mira a fare in modo, nell'interesse della certezza del diritto, che, dopo la loro scadenza, non sia più possibile contestare una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice o eccepire una irregolarità della procedura di aggiudicazione. La fissazione di tali termini è compatibile con il diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva e soddisfa, in linea di principio, il requisito di effettività scaturente dalla direttiva 89/665 (v., in tal senso, sentenze del 12 dicembre 2002, *Universale-Bau e a.*, C-470/99, EU:C:2002:746, punti 76 e 79, nonché dell'11 settembre 2014, *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, punto 58).

- 68 Inoltre, risulta dalla giurisprudenza che, anche nel caso in cui il diritto nazionale preveda, a favore di un'autorità di controllo, una procedura di ricorso che permette di far constatare, in via incidentale, delle violazioni della normativa in materia di appalti pubblici allo scopo di far disporre una sanzione pecuniaria nei confronti delle controparti contrattuali interessate, il principio della certezza del diritto, che si impone, in virtù del diritto dell'Unione, nei confronti di qualsiasi autorità nazionale incaricata di applicare quest'ultimo, osta a che una siffatta procedura possa essere avviata dopo la scadenza dei termini previsti dal diritto nazionale applicabile alla data degli atti di cui viene dedotta l'illegittimità (v., in tal senso, sentenza del 26 marzo 2020, Hungeod e a., C-496/18 e C-497/18, EU:C:2020:240, punti 90 e 102).
- 69 Ne consegue che né l'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23, né la direttiva 89/665, impongono agli Stati membri di garantire che i giudici nazionali controllino, in via incidentale e su domanda, la regolarità dell'attribuzione iniziale di una concessione in occasione di un ricorso volto all'annullamento di una modifica di quest'ultima, nel caso in cui tale ricorso venga proposto dopo la scadenza di qualsiasi termine previsto dal diritto nazionale in applicazione dell'articolo 2 *septies* della direttiva 89/665 per contestare tale attribuzione iniziale, da un operatore che dimostri un interesse a vedersi attribuire soltanto la parte di tale concessione costituente l'oggetto di detta modifica.
- *Sulla nozione di modifica la cui «necessità è determinata» da circostanze imprevedibili*
- 70 Nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice del rinvio evidenzia che, sebbene la modifica controversa nel procedimento principale sia «sostanziale», ai sensi della normativa pertinente, la necessità di tale modifica è stata determinata da circostanze che l'amministrazione aggiudicatrice non era in grado di prevedere, dato che, segnatamente, essa non poteva rappresentarsi, in ogni caso per quanto riguarda i contratti di concessione conclusi nel corso del periodo compreso tra l'anno 1996 e l'anno 1998, che si sarebbe manifestato un bisogno di lavori e di servizi supplementari consistenti nella costruzione, nella manutenzione e nella gestione di un'infrastruttura di ricarica elettrica rapida, né che sarebbe stato istituito un obbligo legale di realizzare un'infrastruttura siffatta.
- 71 A questo proposito, risulta dal considerando 76 della direttiva 2014/23 che, quando le amministrazioni aggiudicatrici si trovano ad affrontare circostanze esterne imprevedibili, esse devono disporre di una certa flessibilità per poter adattare la concessione a tali circostanze senza ricorrere ad una nuova procedura di aggiudicazione.
- 72 Occorre però rilevare che, come risulta dall'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23, la possibilità di modificare una concessione senza una nuova procedura di attribuzione ai sensi di tale disposizione è subordinata al rispetto di tre distinte condizioni. La prima di esse, che è enunciata nel punto i) del citato articolo 43, paragrafo 1, lettera c), comporta due elementi, attinenti, il primo, al verificarsi di

circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice diligente non poteva prevedere e, il secondo, al fatto che tali circostanze determinano la necessità della modifica della concessione in questione. La seconda condizione, che è enunciata dal medesimo articolo 43, paragrafo 1, lettera c), al punto ii), esige che la modifica di cui trattasi non alteri la natura generale del contratto di concessione in questione. La terza di dette condizioni, che è menzionata nel successivo punto iii) del medesimo articolo 43, paragrafo 1, lettera c), impone, in linea di principio, che l'aumento dell'importo di tale contratto non sia superiore al 50% dell'importo del contratto di concessione iniziale.

- 73 In tale contesto, occorre precisare, per quanto riguarda la prima di dette condizioni, che, contrariamente a quanto il giudice del rinvio pare ritenere, la necessità di modifica di una concessione non può considerarsi «determinata» dal semplice fatto che le clausole contrattuali di tale concessione non disciplinano la situazione risultante dalle circostanze imprevedibili sopravvenute.
- 74 Infatti, come risulta dalle prime due frasi del considerando 76 della direttiva 2014/23, la flessibilità concessa alle amministrazioni aggiudicatrici dall'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), di tale direttiva mira a preservare l'esercizio della concessione iniziale e dunque la corretta esecuzione degli obblighi che ne derivano.
- 75 Di conseguenza, perché la necessità di modifica di una concessione venga considerata «determinata» dalla sopravvenienza di circostanze imprevedibili, è necessario che tali circostanze impongano di adattare la concessione iniziale al fine di assicurare che possa proseguire la corretta esecuzione degli obblighi che ne derivano.
- 76 Inoltre, come si è ricordato al punto 72 della presente sentenza, una modifica dell'oggetto della concessione iniziale in ragione di circostanze imprevedibili non può essere giustificata, ai sensi dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23, qualora essa alteri la natura generale di tale concessione. Come risulta dal considerando 76 di detta direttiva, ciò si verifica, segnatamente, nel caso in cui i lavori da eseguire o i servizi da fornire siano sostituiti da qualcosa di diverso oppure nel caso di cambiamento sostanziale del tipo di concessione.
- 77 Ne consegue che l'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23 permette una modifica relativa all'estensione dell'oggetto della concessione iniziale a condizione, da un lato, che il verificarsi di circostanze che al momento dell'assegnazione di tale concessione erano imprevedibili determini la necessità di tale modifica per salvaguardare la corretta esecuzione degli obblighi risultanti dalla concessione stessa e, dall'altro, che i lavori o i servizi interessati da tale estensione, tenuto conto della loro portata o delle loro specificità rispetto ai lavori o ai servizi che hanno costituito l'oggetto della medesima concessione, non implicino un mutamento della natura generale di quest'ultima.

- 78 Spetta al giudice del rinvio, oltre che assicurarsi del rispetto della terza condizione enunciata al punto 72 della presente sentenza, stabilire se la modifica controversa nel procedimento principale soddisfi i criteri enunciati al punto precedente della presente sentenza.
- 79 Qualora il giudice del rinvio giungesse alla conclusione che tale modifica non soddisfa la totalità delle condizioni imposte dall'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23, esso sarebbe tenuto altresì ad esaminare se la suddetta modifica sia idonea a soddisfare le condizioni enunciate nell'articolo 43, paragrafo 1, lettera b), di detta direttiva.
- 80 A questo proposito, detto giudice dovrebbe, segnatamente, verificare, in conformità al citato articolo 43, paragrafo 1, lettera b), i) ed ii), che i lavori o i servizi previsti dalla modifica controversa nel procedimento principale non potevano, da un punto di vista economico e tecnico, e senza comportare notevoli inconvenienti o una moltiplicazione dei costi per l'amministrazione aggiudicatrice, essere oggetto di un'autonoma concessione attribuita all'esito di un procedura di gara.
- 81 Occorre aggiungere che, invero, secondo le indicazioni fornite dal giudice del rinvio, l'articolo 5, paragrafo 3, prima frase, dello SchnellLG stabilisce che il titolare di una concessione per l'esercizio di un'azienda di servizi a margine con stazione di rifornimento carburanti sulle autostrade federali tedesche deve vedersi offrire la possibilità di acquisire in autonomia di esercizio le attività di creazione, manutenzione e gestione dei punti di ricarica elettrica rapida di veicoli previsti sul sito interessato. Tuttavia, detto giudice segnala altresì che, ai sensi della disposizione suddetta, l'obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice di proporre a tale titolare di prendere in carico i lavori e i servizi correlati esiste soltanto a condizione che a ciò non osti la Parte 4 del GWB, che traspone le disposizioni della direttiva 2014/23 nell'ordinamento giuridico tedesco.
- 82 Risulta dall'insieme delle considerazioni che precedono che occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23 deve essere interpretato nel senso che:
- qualora siano soddisfatte le condizioni previste da tale disposizione, una concessione può essere modificata senza una nuova procedura di attribuzione, anche nel caso in cui essa sia stata inizialmente attribuita, senza previo esperimento di una gara, ad una entità *in house* e la modifica dell'oggetto della concessione summenzionata venga effettuata ad una data in cui il concessionario non ha più la qualità di entità *in house*;
 - non impone agli Stati membri di garantire che i giudici nazionali verifichino, in via incidentale e su domanda, la regolarità dell'attribuzione iniziale di una concessione in occasione di un ricorso inteso all'annullamento di una modifica di quest'ultima, qualora tale ricorso venga presentato dopo la scadenza di qualsiasi termine previsto dal diritto nazionale in applicazione dell'articolo

2 *septies* della direttiva 89/665 per contestare detta attribuzione iniziale, da un operatore che dimostri di avere un interesse a vedersi attribuire soltanto la parte di tale concessione costituente l'oggetto della modifica in parola;

- si determina la «necessità» di una modifica di una concessione, ai sensi del citato articolo 43, nel caso in cui circostanze imprevedibili impongano di adattare la concessione iniziale per garantire che la corretta esecuzione di quest'ultima possa proseguire.

Sulle spese

- 83 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

L'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione,

deve essere interpretato nel senso che:

- **qualora siano soddisfatte le condizioni previste da tale disposizione, una concessione può essere modificata senza una nuova procedura di attribuzione, anche nel caso in cui essa sia stata inizialmente attribuita, senza previo esperimento di una gara, ad una entità *in house* e la modifica dell'oggetto della concessione summenzionata venga effettuata ad una data in cui il concessionario non ha più la qualità di entità *in house*;**
- **non impone agli Stati membri di garantire che i giudici nazionali verifichino, in via incidentale e su domanda, la regolarità dell'attribuzione iniziale di una concessione in occasione di un ricorso inteso all'annullamento di una modifica di quest'ultima, qualora tale ricorso venga presentato dopo la scadenza di qualsiasi termine previsto dal diritto nazionale in applicazione dell'articolo 2 *septies* della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23, per contestare detta attribuzione iniziale, da un operatore che dimostri di avere un interesse a vedersi attribuire soltanto la parte di tale concessione costituente l'oggetto della modifica in parola;**

- **si determina la «necessità» di una modifica di una concessione, ai sensi del citato articolo 43, nel caso in cui circostanze imprevedibili impongano di adattare la concessione iniziale per garantire che la corretta esecuzione di quest'ultima possa proseguire.**

Firme

* Lingua processuale: il tedesco.