Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Sesta Sezione)

28 febbraio 2012 *

«Aiuti di Stato — Aiuto concesso dalle autorità austriache al gruppo Grazer Wechselseitige (GRAWE) nel quadro della privatizzazione della Bank Burgenland — Decisione che dichiara l'aiuto incompatibile con il mercato comune e ne ordina il recupero — Criterio dell'investitore privato in economia di mercato — Applicazione della situazione nella quale lo Stato agisce come venditore — Determinazione del prezzo di mercato»

Nelle cause riunite T-268/08 e T-281/08,

Land Burgenland (Austria), rappresentato da U. Soltész e C. Herbst, avvocati,

ricorrente nella causa T-268/08,

Repubblica d'Austria, rappresentata da G. Hesse, C. Pesendorfer, E. Riedl, M. Fruhmann e J. Bauer, in qualità di agenti,

ricorrente nella causa T-281/08,

contro

Commissione europea, rappresentata inizialmente da V. Kreuschitz, N. Khan e K. Gross, successivamente da V. Kreuschitz, N. Khan e T. Maxian Rusche, in qualità di agenti,

convenuta,

avente ad oggetto la domanda di annullamento della decisione 2008/719/CE della Commissione, del 30 aprile 2008, relativa all'aiuto di Stato C 56/06 (ex NN 77/06) al quale l'Austria ha dato esecuzione per la privatizzazione della Bank Burgenland (GU L 239, pag. 32),

IL TRIBUNALE (Sesta Sezione),

composto dai sigg. M. Jaeger, presidente, N. Wahl (relatore) e S. Soldevila Fragoso, giudici,

cancelliere: sig.ra T. Weiler, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 18 maggio 2011,

ha pronunciato la seguente

* Lingua processuale: il tedesco

Sentenza

Fatti

Hypo Bank Burgenland AG e Ausfallhaftung

1 Fino alla sua privatizzazione, la Hypo Bank Burgenland AG (in prosieguo: la «BB») era una banca di rilevanza regionale sotto la forma di una società per azioni di diritto austriaco, con sede in Eisenstadt (Austria). Le sue attività, che inizialmente consistevano principalmente nel concedere prestiti ipotecari e nell'emettere obbligazioni fondiarie comunali, si sono poco per volta estese a ogni sorta di servizio bancario e finanziario. Nel 2005, la BB aveva un totale di bilancio di 3,3 miliardi di euro ed era detenuta al 100% dal Land Burgenland.

2 Conformemente all'articolo 4 della Landes-Hypothekenbank Burgenland-Gesetz (legge austriaca sulle banche di prestito ipotecario del Land Burgenland, LGBl n. 58/1991), nella versione data dalla legge LGBl. n. 63/1998], il Land Burgenland era garante, ai sensi dell'articolo 1356 dell'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (codice civile austriaco), in caso di cessazione dei pagamenti della BB, per l'insieme dei suoi impegni. In applicazione di tali disposizioni, i creditori della banca beneficiano di diritti diretti nei confronti del garante che tuttavia è tenuto ad agire soltanto qualora gli attivi della banca non fossero sufficienti a coprire i crediti.

3 Tale regime di garanzia di buon fine destinato agli istituti di credito pubblico (denominato l' «Ausfallhaftung»), in particolare quello del Land a favore della BB e dei suoi predecessori, esiste a condizioni praticamente immutate fin dal 1928. Esso non copriva né un periodo né un importo specifico. Conformemente al regime legale della garanzia (Gewährträgerhaftung), entrata in vigore il 29 giugno 1991, dal Land Burgenland veniva concessa una provvista per offrire tale garanzia legale. In forza di un accordo concluso tra la Commissione delle Comunità europee e la Repubblica d'Austria, sulla base del quale venne adottata la decisione C(2003) 1329 def. della Commissione del 30 aprile 2003, relativa all'aiuto E 8/02 (GU C 175, pag. 8), l'Ausfallhaftung doveva essere abrogato entro il 1º aprile 2007. Per tutte le obbligazioni esistenti al 2 aprile 2003, l'Ausfallhaftung restava in linea di principio valido, fino alla loro scadenza. Durante il periodo tra il 2 aprile 2003 e il 1º aprile 2007, l'Ausfallhaftung poteva essere mantenuto, per quanto riguarda le nuove obbligazioni, a condizione che esse arrivassero a scadenza entro il 30 settembre 2017.

Aiuti alla ristrutturazione della BB autorizzati dalla Commissione nel 2004

4 A seguito di una frode relativa ai crediti concessi alla HOWE Bau AG e constatata in occasione del controllo contabile annuale per l'esercizio 1999, la BB si è trovata di fronte a gravi difficoltà finanziarie. Il 20 giugno 2000 il Land Burgenland concludeva pertanto un accordo di garanzia per un importo di EUR 171 milioni, maggiorato di un interesse del 5% al fine di coprire i crediti irrecuperabili della BB che avrebbero comportato un sovraindebitamento di tale società. Peraltro, al fine di coprire i crediti dubbi supplementari rilevati in occasione di un controllo approfondito, il 23 ottobre 2000 veniva stipulato un accordo quadro con il principale creditore della BB e cioè la Bank Austria Creditanstalt AG. Tale accordo prevedeva la rinuncia da parte della Bank Austria Creditanstalt AG al rimborso dei prestiti a favore della BB, un accordo sugli utili futuri concluso tra tali due parti e una garanzia del Land Burgenland per un importo di EUR 189 milioni.

5 Con lettera del 18 giugno 2002, seguita da complementi di informazioni del 3 luglio e del 9 settembre 2002, la Repubblica d'Austria notificava le garanzie concesse dal Land Burgenland e sottoponeva alla Commissione un piano di ristrutturazione della BB.

6 Con lettera del 26 giugno 2003, la Commissione portava a conoscenza delle autorità austriache la sua decisione di avviare il procedimento di cui all'articolo 88, paragrafo 2, CE, nei confronti dei suddetti aiuti.

7 Con lettera del 19 dicembre 2003, le autorità austriache comunicavano di avere l'intenzione, nell'ambito della privatizzazione della BB, di modificare gli aiuti di cui trattasi.

8 Con lettera del 21 gennaio 2004 la Commissione portava a conoscenza della Repubblica d'Austria la sua decisione di estendere il procedimento formale avviato in forza dell'articolo 88, paragrafo 2, CE alle previste modifiche degli aiuti alla ristrutturazione della BB.

9 Il 7 maggio 2004 la Commissione adottava la decisione 2005/691/CE relativa all'aiuto di Stato n. C 44/03 (ex NN 158/01) che l'Austria intende concedere alla BB (GU 2005, L 263, pag. 8) (in prosieguo: la «decisione 2004»). In sostanza la Commissione ha considerato che i due accordi di garanzia del Land Burgenland a favore della BB costituivano aiuti di Stato, in particolare per il fatto che tali misure erano state adottate a condizioni che non sarebbero state accettabili per un investitore privato e conferivano pertanto alla BB un vantaggio artificiale rispetto ai suoi concorrenti. Inoltre, le suddette misure e i loro effetti sui concorrenti attuali e potenziali di altri Stati membri falsano, o minacciano di falsare la concorrenza e di incidere sugli scambi tra gli Stati membri. Tuttavia la Commissione ha concluso che le misure di ristrutturazione controverse erano compatibili con il mercato comune, conformemente all'articolo 87, paragrafo 3, lettera c), CE in combinato con gli orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà (GU 1999, C 288, pag. 2). Nell'ambito del suo esame sulla redditività a lungo termine dell'impresa beneficiaria dell'aiuto, la Commissione ha sottolineato di aver basato la sua valutazione sulle informazioni fornite dalle autorità austriache, e in particolare, sui tempi per il completamento della prevista privatizzazione della BB.

Le misure controverse adottate nell'ambito della privatizzazione della BB

10 Dopo due tentativi infruttuosi nel 2003 e nel 2005, il Land Burgenland avviava una terza gara per la privatizzazione della BB, la cui esecuzione veniva affidata alla banca di investimenti HSBC Trinkaus & Burkhardt KGaA, Düsseldorf (Germania), in collaborazione con la HSBC plc di Londra (Regno Unito) (in prosieguo: insieme considerate, «HSBC»). Tale procedimento iniziava nell'ottobre 2005 con la pubblicazione nella stampa di un bando di gara.

11 Solo tre tra i 14 operatori che hanno formalmente manifestato il loro interesse a depositare un'offerta, hanno presentato offerte indicative complete entro il termine stabilito, ammontanti a, rispettivamente, EUR 65 milioni, EUR 100 milioni e EUR 140 milioni e hanno preso parte alla seconda fase della gara a conclusione della quale doveva essere presentata un'offerta vincolante al più tardi il 6 febbraio 2006. Due offerenti, e cioè, la società di assicurazione austriaca Grazer Wechselseitige Versicherung AG unitamente alla GW Beteiligungserwerbs- und -verwaltungs-GmbH (in prosieguo: la «GRAWE») ed un consorzio austro-ucraino al quale erano associate le imprese austriache SLAV AG e SLAV Finanzbeteiligung GmbH e le società per azioni ucraine Ukrpodshipnik e Ilyich (in prosieguo: il «consorzio»), presentavano offerte vincolanti. Tali offerte hanno in seguito costituito l'oggetto di un esame individuale e di negoziazioni contrattuali che si sono concluse il 4 marzo 2006.

12 Il 5 marzo 2006, il Land Burgenland procedeva all'aggiudicazione della gara alla GRAWE nonostante che il prezzo di acquisto da questa proposto (EUR 100,3 milioni) fosse stato nettamente inferiore a quello proposto dal consorzio (EUR 155 milioni). Tale decisione si basava, in particolare, su una raccomandazione scritta della HSBC del 4 marzo 2006, che è stata completata con chiarimenti verbali destinati ai membri del governo del Land Burgenland nel giorno stesso della decisione. La raccomandazione della HSBC enunciava, in sostanza, che se, tenuto conto del prezzo di acquisto proposto, la decisione dovesse favorire il consorzio, veniva raccomandato che la BB fosse ceduta alla

GRAWE tenuto conto degli altri criteri di selezione, e cioè la sicurezza del pagamento del prezzo, la continuazione della gestione della BB evitando il ricorso all'Ausfallhaftung, gli aumenti di capitale e la sicurezza delle transazioni.

13 La vendita della BB, che è stata formalmente approvata dalle autorità del Burgenland il 7 marzo 2006, veniva conclusa il 12 maggio 2006. Prima di tale conclusione, la BB emetteva, nell'ambito dell'Ausfallhaftung, titoli per un importo di EUR 700 milioni, di cui EUR 350 milioni sono stati sottoscritti da una filiale della GRAWE. Infine, in ragione della privatizzazione, il periodo transitorio per l'applicazione della Ausfallhaftung di cui al punto 3 supra terminava prematuramente il giorno di tale conclusione.

Il procedimento amministrativo

14 Il 4 aprile 2006, la Commissione veniva adita con una denuncia del consorzio secondo la quale la Repubblica d'Austria avrebbe violato le regole sugli aiuti di Stato in occasione della privatizzazione della BB. Il denunciante sosteneva tra l'altro che la procedura della gara che sarebbe stata non equa, non trasparente e discriminatoria nei suoi confronti, non si sarebbe chiusa con la cessione della BB al maggior offerente (cioè il consorzio), ma alla GRAWE.

15 Con lettere del 15 maggio e del 1º giugno 2006, le autorità austriache rispondevano ad una richiesta di informazioni della Commissione del 12 aprile 2006. Successivamente, il 27 giugno 2006, veniva organizzato un incontro tra rappresentanti della Repubblica d'Austria e la Commissione e il 17 luglio 2006, la Commissione inviava un seconda richiesta di informazioni alla quale le autorità austriache rispondevano il 18 settembre 2006. Il consorzio, da parte sua, trasmetteva alla Commissione il 21 aprile e il 2 giugno 2006 informazioni supplementari.

16 Con lettera del 21 dicembre 2006, la Commissione informava le autorità austriache della sua decisione di avviare il procedimento formale di esame previsto nell'articolo 88, paragrafo 2, CE in relazione alla misura di aiuto. Tale decisione veniva pubblicata nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* l'8 febbraio 2007 (GU C 28, pag. 8).

17 Il 1º marzo 2007, la Repubblica d'Austria portava a conoscenza della Commissione le sue osservazioni in merito a tale decisione di avvio del procedimento formale. Peraltro, la Commissione ha ricevuto talune osservazioni e informazioni da terzi interessati tra i quali figuravano la GRAWE e il consorzio, in merito alle quali le autorità austriache hanno espresso il loro punto di vista. Inoltre, si sono tenute più riunioni tra i rappresentanti della Repubblica d'Austria e la Commissione. Infine, le autorità austriache hanno, a più riprese, inviato alla Commissione osservazioni e documenti supplementari.

18 Il 30 aprile 2008, la Commissione adottava la decisione 2008/719/CE sull'aiuto di Stato C 56/06 (ex NN 77/06) al quale l'Austria ha dato esecuzione per la privatizzazione della BB (GU L 239, pag. 32) (in prosieguo: la «decisione impugnata»).

La decisione impugnata

19 Nella decisione impugnata la Commissione ricorda in particolare che, per valutare una misura adottata nell'ambito di una privatizzazione con riferimento alle regole relative agli aiuti di Stato, si avvale di più principi fissati nella *XXIII Relazione sulla politica di concorrenza* del 1993 (punti 402 e segg.), nonché della sua prassi anteriore. Orbene, nel caso di specie non sarebbero state rispettate le condizioni ricordate in tale relazione per poter considerare che non vi sia aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, CE.

20 Per pronunciarsi sulla questione se la cessione della BB alla GRAWE (la misura qui in esame) costituisca un aiuto di Stato, la Commissione rileva innanzi tutto che le risorse del Land Burgenland (che è uno dei nove Bundesländer dell'Austria) devono considerarsi come mezzi «concessi dallo Stato mediante risorse di Stato». Inoltre, la Commissione rileva che la GRAWE è operante su scala internazionale, di modo che un eventuale vantaggio concesso mediante risorse pubbliche frapporrebbe ostacoli alla concorrenza del settore bancario e avrebbe effetti sul commercio intracomunitario. Per quanto riguarda la questione se la GRAWE abbia beneficiato di un vantaggio selettivo, la Commissione sottolinea che si deve stabilire se il Land Burgenland si sia comportato come un qualsiasi venditore operante in economia di mercato («private vendor test»).

21 Su quest'ultimo aspetto, per ricordare che il Land Burgenland aveva ricevuto un'offerta del consorzio il cui valore nominale superava di EUR 54,7 milioni l'offerta della GRAWE, la Commissione fa presente che un operatore economico operante in economia di mercato può, cionondimeno, scegliere l'offerta più bassa in due ipotesi.

22 La prima riguarda la situazione in cui è chiaro che la cessione al maggior offerente non è realizzabile, il che implica se del caso, in primo luogo, l'esame della sicurezza dell'operazione attraverso la solidità economica del consorzio ed in secondo luogo, la probabilità che il suddetto consorzio non ottenga in ultimo l'autorizzazione richiesta dal Finanzmarktaufsicht (autorità austriaca di sorveglianza dei mercati finanziari, in prosieguo: la «FMA»). Orbene, a parere della Commissione, non solo non si aveva alcuna ragione per dubitare del fatto che il prezzo di acquisto di EUR 155 milioni proposto dal consorzio poteva essere finanziato, ma nulla sta ad indicare né a dimostrare che la FMA avrebbe vietato la cessione della BB al consorzio.

23 La seconda ipotesi ricorre nel caso in cui sia giustificato prendere in considerazione fattori diversi dal prezzo, fermo restando che i soli fattori da prendere in considerazione sono quelli di cui un investitore operante in un economia di mercato avrebbe tenuto conto, il che, secondo la Commissione, esclude i rischi derivanti da un obbligo di versamento di una garanzia che dev'essere qualificata aiuto di Stato eventualmente in vigore, quale l'Ausfallhaftung, unico fattore di cui le autorità austriache si sono avvalse. La Commissione precisa su questo punto che dalla giurisprudenza, in particolare, risulta che quando viene valutato il modo con il quale un investitore operante in un'economia di mercato si sarebbe comportato, il ruolo dello Stato in quanto venditore di un'impresa, da un lato, e gli obblighi che gli gravano in quanto autorità pubblica, dall'altro lato, non debbono essere confusi. Orbene, nessun investitore operante in economia di mercato avrebbe accettato una garanzia che non avrebbe rispettato il principio dell'investitore operante in un'economia di mercato e la decisione circa la soppressione dell'Ausfallhaftung conferma che quest'ultima non rientra tra le condizioni del mercato.

24 Tenuto conto dell'insieme di tali considerazioni, la Commissione ha ritenuto che l'autorità austriaca competente non si sia comportata come un venditore operante in un'economia di mercato. Il vantaggio economico concesso alla GRAWE corrisponde quantomeno alla differenza tra l'offerta del consorzio e il prezzo di acquisto reale.

25 La Commissione aggiunge, al fine di esaminare gli argomenti presentati dalla Repubblica d'Austria circa l'importanza dell'Ausfallhaftung che, anche se il Land Burgenland avesse potuto tenere conto di tale garanzia quale criterio di valutazione delle offerte, l'offerta della GRAWE non era la migliore.

26 La Commissione ha infine considerato che l'aiuto di Stato consistente nella cessione della BB alla GRAWE non poteva essere dichiarato compatibile con il mercato comune.

27 Il dispositivo della decisione impugnata è così formulato:

«Articolo primo

L'aiuto di Stato illegalmente concesso dall'Austria, in violazione dell'articolo 88, paragrafo 3, [CE], a favore di GRAWE è incompatibile con il mercato comune. L'aiuto corrisponde alla differenza tra le due offerte finali, presentate nell'ambito della procedura di gara di appalto, con le correzioni stabilite in base ai parametri di cui ai considerando 167-174 della presente decisione.

Articolo 2

1. L'Austria procede al recupero dell'aiuto di cui all'articolo 1 presso il beneficiario.

2. Le somme da recuperare comprendono gli interessi che decorrono dalla data in cui sono state poste a disposizione del beneficiario fino a quella del loro effettivo recupero.

3. Gli interessi sono calcolati secondo il regime dell'interesse composto conformemente al regolamento (CE) n. 794/2004.

Articolo 3

1. Il recupero dell'aiuto di cui all'articolo 1 è immediato ed effettivo.

2. L'Austria assicura l'attuazione della presente decisione entro quattro mesi dalla data della sua notifica.

Articolo 4

1. Entro due mesi dalla notifica della presente decisione, l'Austria trasmette le seguenti informazioni alla Commissione:

a) l'importo complessivo (capitale e interessi) che dev'essere recuperato presso il beneficiario, calcolato in base ai parametri stabiliti nella presente decisione, insieme ad una spiegazione dettagliata del metodo usato per calcolare tale importo e la valutazione della proprietà da parte di un esperto indipendente;

b) una descrizione dettagliata delle misure già adottate e previste per conformarsi alla presente decisione;

c) i documenti attestanti che al beneficiario è stato imposto di rimborsare l'aiuto.

2. L'Austria tiene informata la Commissione circa i progressi delle misure nazionali prese per attuare la presente decisione fino al completo recupero dell'aiuto di cui all'articolo 1 e, su richiesta della Commissione, fornisce immediatamente informazioni sulle misure già adottate e previste per conformarsi alla presente decisione. Essa fornisce inoltre informazioni dettagliate riguardo all'importo dell'aiuto e degli interessi già recuperati presso il beneficiario.

Articolo 5

La Repubblica d'Austria è destinataria della presente decisione».

Procedimento e conclusioni delle parti

28 Con atti introduttivi depositati presso la cancelleria del Tribunale l'11 e il 15 luglio 2008, registrati rispettivamente con i numeri di ruolo T-268/08 e T-281/08, il Land Burgenland, da un lato, e la Repubblica d'Austria, dall'altro, hanno proposto i presenti ricorsi.

29 Con ordinanza del presidente dell'Ottava Sezione del Tribunale del 20 aprile 2009, sentite le parti, le cause T-268/08 e T-281/08 sono state riunite ai fini della fase scritta, della fase orale del procedimento e della sentenza, conformemente all'articolo 50 del regolamento di procedura del Tribunale.

30 In seguito alla modifica della composizione delle Sezioni del Tribunale il giudice relatore è stato assegnato alla Sesta Sezione, alla quale è stata di conseguenza attribuita la presente causa.

31 Su relazione del giudice relatore, il Tribunale (Sesta Sezione) ha deciso di aprire la fase orale del procedimento.

32 Le difese svolte dalle parti e le risposte ai quesiti loro rivolti dal Tribunale sono state sentite nel corso dell'udienza del 18 maggio 2011.

33 A causa dell'impedimento di un membro del collegio a partecipare al procedimento, il presidente del Tribunale ha designato un altro giudice per integrare la Sezione, ai sensi dell'articolo 32, paragrafo 3, del regolamento di procedura.

34 Con ordinanza del 18 novembre 2011, il Tribunale (Sesta Sezione) nella sua nuova composizione, ha riaperto la fase orale e le parti sono state informate che sarebbero state sentite in occasione di una nuova udienza.

35 Con lettere, rispettivamente, del 23, 24 e 25 novembre 2011, la Commissione e i ricorrenti hanno informato il Tribunale di rinunciare ad essere sentiti un'altra volta.

36 Di conseguenza, il presidente del Tribunale ha deciso di chiudere la fase orale del procedimento.

37 Nella causa T-268/08, il Land Burgenland conclude che il Tribunale voglia:

— annullare la decisione impugnata;

— condannare la Commissione alle spese.

38 Nella causa T-281/08, la Repubblica d'Austria conclude che il Tribunale voglia:

— annullare la decisione impugnata;

— condannare la Commissione alle spese.

39 Nelle cause T-268/08 e T-281/08, la Commissione conclude che il Tribunale voglia:

— dichiarare i ricorsi infondati e respingerli;

— condannare i ricorrenti alle spese.

In diritto

40 A sostegno dei loro ricorsi, i ricorrenti sollevano formalmente nove motivi.

41 Tali motivi rispettivamente deducono:

— erronea applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, CE nella determinazione del prezzo di mercato della BB in quanto la Commissione avrebbe a torto preteso il ricorso ad una procedura di gara per la privatizzazione controversa;

— violazione della pregressa prassi decisionale per quanto riguarda l'applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, CE;

— erronea applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, CE in quanto la Commissione ha rifiutato di tener conto dell'esito incerto e di un'eventuale lunga durata del procedimento di autorizzazione dinanzi alla FMA in caso di cessione della BB al consorzio;

— erronea applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, CE in quanto il Land Burgenland aveva il diritto di tener conto dei rischi connessi con l'Ausfallhaftung in vista della comparazione delle offerte presentate dalla GRAWE e, rispettivamente, dal consorzio;

— erronea applicazione del principio del venditore privato in economia di mercato nell'ambito dell'esame sussidiario dei rischi finanziari connessi con l'Ausfallhaftung;

— erronea applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, CE in ragione di una violazione delle regole che disciplinano l'onere della prova nell'ambito del procedimento di gara qui in considerazione;

— erronea applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, CE in quanto l'offerta del consorzio non poteva servire per determinare il prezzo di mercato della BB;

— erronea valutazione dell'emissione di titoli supplementari nell'ambito dell'Ausfallhaftung;

— erronea applicazione sotto più aspetti dell'articolo 87, paragrafo 1, CE nella determinazione dell'elemento di aiuto.

42 Il Tribunale ritiene opportuno esaminare in primo luogo il primo, secondo, sesto e settimo motivo sollevati dai ricorrenti, motivi che si ricollegano tutti al contesto generale di esame dell'operazione controversa.

43 Prima di affrontare l'esame propriamente detto degli argomenti sostenuti dalle parti, si deve procedere a talune osservazioni in limine sulla nozione di aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, CE nonché sulla natura e la portata del controllo giurisdizionale che il giudice dell'Unione europea è indotto ad effettuare nella specie.

Osservazioni preliminari circa la nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, CE nonché circa la natura e la portata del controllo giurisdizionale

44 L'articolo 87, paragrafo 1, CE stabilisce che, «[s]alvo deroghe contemplate dal presente trattato, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza».

45 Secondo una costante giurisprudenza la qualificazione di aiuto ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, CE richiede che sussistano tutti i presupposti previsti da tale disposizione. In primo luogo, è necessario che si tratti di un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali. In secondo luogo, tale intervento deve poter incidere sugli scambi tra Stati membri. In terzo luogo, tale intervento deve concedere un vantaggio al suo beneficiario favorendo talune imprese o talune produzioni. In quarto luogo, esso deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza (sentenza della Corte del 24 luglio 2003, Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, Racc. pag. I-7747, punti 74 e 75, e sentenza del Tribunale del 22 febbraio 2006, Le Levant 001 e a./Commissione, T-34/02, Racc. pag. II-267, punto 110).

46 Nella specie, è giocoforza constatare che soltanto il ricorrere del presupposto relativo all'esistenza di un vantaggio economico viene considerato dai ricorrenti. Appare, infatti, che i motivi sollevati a sostegno dei presenti ricorsi sono in sostanza tesi a dimostrare che a torto la Commissione ha concluso per l'esistenza di un vantaggio a favore della GRAWE, vantaggio che corrisponderebbe alla differenza tra l'offerta presentata da quest'ultima e quella presentata dal consorzio.

47 Si deve a questo proposito ricordare, conformemente ad una giurisprudenza consolidata, che la fornitura di beni o di servizi a condizioni preferenziali costituiva aiuto ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, CE (v., in tal senso, sentenze della Corte del 2 febbraio 1988, Van der Kooy e a./Commissione, 67/85, 68/85 e 70/85, Racc. pag. 219, punti 28 e 29; del 20 novembre 2003, GEMO, C-126/01, Racc. pag. I-13769, punto 29; del Tribunale del 16 settembre 2004, Valmont/Commissione, T-274/01, Racc. pag. II-3145, punto 44, e del 1º luglio 2010, Italia/Commissione, T-53/08, Racc. pag. II-3187, punto 79).

48 Applicato all'ipotesi di una vendita di un bene da parte di un ente pubblico ad una persona privata, tale principio ha come conseguenza che deve stabilirsi se in particolare il prezzo di cessione di tale bene equivale al prezzo di mercato in quanto corrisponde a quello che avrebbe potuto essere stato ottenuto dall'acquirente in condizioni normali di mercato (v., in tal senso, sentenza Valmont/Commissione, punto 47 supra, punto 45 e la giurisprudenza ivi citata). In questa prospettiva occorre che la Commissione applichi il criterio dell'investitore privato in economia di mercato al fine di verificare se il prezzo pagato dal presunto beneficiario dell'aiuto corrisponde al prezzo che un operatore privato, operante in condizioni normali di concorrenza, avrebbe potuto fissare (v., in tal senso, sentenze della Corte del 2 settembre 2010, Commissione/Scott, C-290/07 P, Racc. pag. I-7763, punto 68, e del 16 dicembre 2010, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, C-239/09, Racc. pag. I-13083, punto 34 e la giurisprudenza ivi citata). L'applicazione concreta di detto criterio implica in linea di principio una valutazione economica complessa (sentenza Commissione/Scott, cit., punto 68).

49 Per quanto riguarda la portata e la natura del controllo giurisdizionale, si deve in primo luogo ricordare che la nozione di aiuto statale, quale definita nel Trattato, presenta un carattere giuridico e deve essere interpretata sulla base di elementi obiettivi. Per tale ragione, il giudice dell'Unione deve esercitare, in linea di principio e tenuto conto sia degli elementi concreti della causa sottopostagli sia del carattere tecnico o complesso delle valutazioni effettuate dalla Commissione, un controllo completo per quanto riguarda la questione se una misura rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, CE (sentenze della Corte del 16 maggio 2000, Francia/Ladbroke Racing e Commissione, C-83/98 P, Racc. pag. I-3271, punto 25, e del 22 dicembre 2008, British Aggregates/Commissione, C-487/06 P, Racc. pag. I-10515, punto 111). Il giudice dell'Unione è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che ne sono state tratte (v. sentenza Commissione/Scott, punto 48 supra, punto 65 e la giurisprudenza ivi citata).

50 Tuttavia, il giudice dell'Unione, nell'ambito di tale controllo, deve astenersi dal sostituire la propria valutazione economica a quella della Commissione. Infatti, il controllo che i giudici dell'Unione esercitano sulle valutazioni economiche complesse condotte dalla Commissione è un controllo

ristretto che si limita necessariamente alla verifica dell'osservanza delle regole procedurali e di motivazione, all'esattezza materiale dei fatti, nonché all'assenza di manifesti errori di valutazione e di sviamento di potere (v. sentenza Commissione/Scott, punto 48 supra, punto 66 e la giurisprudenza ivi citata, e sentenza del Tribunal del 17 dicembre 2008, Ryanair/Commissione, T-196/04, Racc. pag. II-3643, punto 41).

51 In secondo luogo, occorre ricordare che la legittimità di una decisione della Commissione in materia di aiuti di Stato dev'essere valutata alla luce delle informazioni di cui poteva disporre la Commissione quando l'ha adottata (sentenze della Corte del 10 luglio 1986, Belgio/Commissione, 234/84, Racc. pag. 2263, punto 16, e del 14 settembre 2004, Spagna/Commissione, C-276/02, Racc. pag. I-8091, punto 31; sentenza Valmont/Commissione, punto 47 supra, punto 38). Da ciò in particolare risulta che dal momento che il concetto di aiuto di Stato risponde ad una situazione obiettiva che si valuta alla data in cui la Commissione prende la sua decisione, sono le valutazioni addotte a tale data che devono essere prese in considerazione per operare il controllo giurisdizionale (sentenza della Corte del 1° luglio 2008, Chronopost e La Poste/UFEX e a., C-341/06 P e C-342/06 P, Racc. pag. I-4777, punto 144).

Sul primo, secondo, sesto e settimo motivo

Argomenti delle parti

52 Con il primo motivo, i ricorrenti sostengono in sostanza che la Commissione ha a torto concluso, facendo riferimento alla *XXIII Relazione sulla politica di concorrenza*, che la privatizzazione di un'impresa pubblica doveva effettuarsi mediante una procedura di gara aperta, trasparente e non condizionata che non era valido un prezzo di mercato determinato unicamente in funzione di una perizia. L'assenza di una regolare procedura di gara ai fini di una privatizzazione non implicherebbe che si sia in presenza di un aiuto di Stato, ma che si rende unicamente necessario verificare, in modo individualizzato, se la vendita di cui trattasi non contenga eventuali elementi di aiuto, verifica che può essere effettuata soltanto sulla base di una perizia. In altre parole, la *XXIII Relazione sulla politica di concorrenza* si limiterebbe a mitigare l'onere della prova dell'assenza di aiuto di Stato per quanto riguarda le privatizzazioni operate nell'ambito di una procedura di gara. Ammesso che l'interpretazione di detta relazione sostenuta dalla Commissione debba essere accolta, resta cionondimeno che tale relazione, che contiene soltanto una descrizione delle attività della direzione generale della concorrenza e degli obiettivi politici giudicati prioritari per un determinato periodo, è priva di ogni effetto giuridico vincolante.

53 Nella specie, la vendita della BB alla GRAWE avrebbe senz'altro avuto luogo al prezzo di mercato. Ciò risulterebbe chiaramente dalle perizie indipendenti, dalla valutazione indicativa della BB operata dalla HSBC all'inizio della terza operazione di privatizzazione e dalle offerte presentate in occasione del secondo tentativo di privatizzazione (v. punto 68 della decisione impugnata). Le valutazioni di cui trattasi, ivi compresi quella effettuata dal consorzio, avrebbero ritenuto che il valore della BB si collocava tra EUR 44,4 milioni ed EUR 75 milioni. Come risulterebbe dalla prassi decisionale della Commissione nonché dalla sua comunicazione 97/C 209/03 relativa agli elementi di aiuti di Stato connessi alle vendite di terreni e fabbricati da parte di pubbliche autorità (GU 1997, C 209, pag. 3), invocata per analogia, siffatte valutazioni indipendenti dovrebbero considerarsi valide nella determinazione del valore del bene oggetto di una vendita.

54 Omettendo di fondarsi sulle valutazioni indipendenti che le erano state proposte (v. punto 68 della decisione impugnata) o di chiedere una nuova perizia indipendente, la Commissione, che ha il dovere di munirsi, nell'ambito del procedimento formale di esame, di tutti i pareri necessari per ottenere un'informazione completa sull'insieme dei dati del caso, non avrebbe dato luogo ad un esame diligente ed imparziale dei documenti messi a sua disposizione al fine di stabilire esattamente l'esistenza e, se del caso, l'importo dell'aiuto.

55 Infine, i ricorrenti ritengono che l'obbligo di ricorrere ad un procedimento di aggiudicazione quale sarebbe prevista dalla Commissione, sarebbe in contraddizione con il criterio del venditore privato in economia di mercato. Sottolineano che, nell'ambito di vendite effettuate da persone private, il ricorso ad una procedura di gara formale è inesistente o quantomeno insignificante e lascia più soventemente spazio a negoziazioni con gli offerenti scelti. Peraltro, nella sua prassi decisionale la Commissione avrebbe concesso alle pubbliche autorità un margine di manovra considerevole per quanto riguarda l'organizzazione della gara. Di conseguenza, non esisterebbero prove empiriche del fatto che le offerte presentate nell'ambito di una gara costituiscano un «valore approssimativo migliore» (v. punto 112 della decisione impugnata) di una valutazione operata da un esperto. Inoltre, dal momento che le imprese private non fanno generalmente ricorso a procedure di gara, l'obbligo di dare corso ad un procedimento di aggiudicazione richiesto dalla Commissione si risolverebbe nel creare una disparità di trattamento a danno delle imprese pubbliche, e questo in violazione degli articoli 295 CE e 86 CE.

56 Con il secondo motivo i ricorrenti sostengono che la decisione impugnata è in contrasto con la precedente prassi decisionale della Commissione e, di conseguenza, violerebbe il principio di parità di trattamento. Finora nel caso in cui non fosse stata posta in essere nessuna procedura di gara nell'ambito di un'operazione di privatizzazione o ciò fosse avvenuto in modo irregolare, la Commissione si sarebbe sempre accontentata di perizie per determinare il prezzo di mercato. Essi sottolineano, inoltre, che a loro conoscenza la Commissione ha constatato la presenza di un elemento di aiuto nell'ambito di un'operazione di privatizzazione solo una volta, e cioè nella causa che ha dato luogo alla decisione 2008/717/CE della Commissione, del 27 febbraio 2008, relativa all'aiuto di Stato C 46/07 (ex NN 59/07) al quale la Romania ha dato esecuzione a favore dell'impresa automobilistica Craiova (già Daewoo România) (GU L 239, pag. 12), caso nel quale la Commissione, contrariamente a quanto avvenuto nel caso di specie, ha constatato il valore di mercato sulla base di una valutazione dell'impresa privatizzata.

57 Con il sesto motivo i ricorrenti in sostanza sostengono che nel richiedere alle autorità austriache di dimostrare che il consorzio non soddisfaceva i criteri di aggiudicazione della BB, in particolare, sotto l'aspetto della sicurezza dell'operazione ed evitando il ricorso all'Ausfallhaftung (v., in particolare, punti 129, 132, 133, 145 e 156 della decisione impugnata), la Commissione ha violato l'onere della prova e gli obblighi di informazione che incombono agli offerenti nell'ambito di una gara. Infatti, la prova che un offerente soddisfi i criteri di aggiudicazione dovrebbe essere fornita dall'offerente stesso nel corso della gara e non, a posteriori, dalla Commissione. Nella specie, il consorzio avrebbe omesso di fornire entro i termini le prove della sua solvibilità e del rifinanziamento della BB, e questo a scapito del fatto che era stato debitamente avvertito del suo obbligo a tal proposito. A rischio di creare una discriminazione nei confronti degli altri offerenti, le prove prodotte a posteriori dovrebbero essere dichiarate irricevibili. I ricorrenti fanno altresì presente che, in assenza di siffatte prove, il Land Burgenland poteva legittimamente nutrire dubbi circa la solvibilità del consorzio.

58 Infine, nell'ambito del loro settimo motivo, i ricorrenti sostengono, in linea di principio, che dal momento che la gara è stata considerata inficiata da irregolarità, in quanto riposava su criteri di selezione illegali, quali la presa in considerazione dell'Ausfallhaftung (v. punti 134 e segg. e 141 e segg. della decisione impugnata), l'offerta di acquisto del consorzio non potrebbe servire per determinare il prezzo di mercato della BB (v. punti 109-114 della decisione impugnata). Peraltro, dalla prassi decisionale della Commissione risulterebbe che essa ha rifiutato di tener conto dei risultati di un procedimento di aggiudicazione irregolare all'atto della determinazione dell'elemento di aiuto. Nella specie sarebbe innegabile che il rischio più importante incorso dal Land Burgenland sotto l'aspetto della mobilizzazione dell'Ausfallhaftung ha portato il consorzio a maggiorare in modo eccessivo la sua offerta a guisa di compensazione assimilabile ad un «premio di rischio». Il carattere esorbitante, ovvero fantasioso dell'offerta di acquisto presentata dal consorzio sarebbe concretamente confermato dall'importo delle altre offerte presentate (v. punto 66 della decisione impugnata) nonché dalle valutazioni indipendenti (v. punto 68 della decisione impugnata), di cui la Commissione avrebbe dovuto tenere conto.

59 La Commissione contesta l'insieme dei rilievi sollevati dai ricorrenti.

Giudizio del Tribunale

60 L'esame del primo motivo richiede, in sostanza, di pronunciarsi su due questioni: la prima intesa a stabilire se la Commissione abbia effettivamente preteso, fondandosi sulla *XXIII Relazione sulla politica di concorrenza*, che il prezzo di mercato della BB poteva essere fissato solo tramite gara. La seconda questione riguarda il se la Commissione poteva senza incorrere in errore manifesto di valutazione, escludere nel caso di specie il ricorso alle perizie presentate durante il procedimento di esame della misura controversa e di cui i ricorrenti si avvalgono in vista della valutazione del prezzo di mercato.

61 Da una lettura d'insieme della decisione impugnata, risulta che a torto i ricorrenti affermano che la Commissione «parte dal principio che una privatizzazione deve essere effettuata nell'ambito di una procedura di gara di appalto aperta, trasparente e non condizionata». La Commissione si è, infatti, limitata nelle sue valutazioni a menzionare la circostanza che «la valutazione, alla luce della normativa sugli aiuti di Stato, di una misura adottata nel contesto di una privatizzazione, parte da una serie di principi stabiliti nella XXIII relazione sulla politica di concorrenza (...) nonché dalla sua prassi successiva».

62 Il punto 403 della XXIII Relazione sulla politica di concorrenza è così formulato:

«Per una maggiore trasparenza, è opportuno ribadire i principi generali che la Commissione applica alle privatizzazioni, elaborati nel corso degli anni sulla base dell'esame dei singoli casi.

Occorre ricordare che l'articolo 222 [CE] lascia impregiudicato il regime di proprietà delle imprese. Pertanto, gli aiuti per facilitare le privatizzazioni non possono beneficiare in quanto tali di una deroga al principio fondamentale di incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune di cui all'articolo 92, paragrafo 1.

Se la privatizzazione si effettua mediante la vendita di azioni in borsa, in generale si presume che l'operazione abbia luogo a condizioni di mercato e non comporti elementi di aiuto. Prima del lancio di una sottoscrizione azionaria i debiti possono essere cancellati o ridotti senza che ciò dia luogo ad una presunzione di aiuto a condizione che i proventi dell'emissione superino la riduzione del debito.

Se la privatizzazione non avviene mediante il lancio di una sottoscrizione pubblica di nuove azioni ma tramite vendita per contratto (ossia mediante cessione della società, nella sua totalità o in parte, ad altre società), per poter affermare senza ottenere accertamenti che l'operazione in questione non comporta elementi di aiuto occorre che siano soddisfatte le seguenti condizioni:

— la vendita deve avvenire mediante procedura di offerta pubblica, aperta, trasparente ed incondizionata, non subordinata al risultato di altri atti, quali l'acquisto di attività diverse da quelle offerte oppure la prosecuzione di talune attività;

— la società deve essere ceduta al miglior offerente;

— gli offerenti debbono disporre di tempo e di informazioni sufficienti per compiere una valutazione adeguata per le attività su cui basare la propria offerta.

Le privatizzazioni effettuate mediante il lancio di una sottoscrizione pubblica di azioni oppure mediante gara pubblica con aggiudicazione al miglior offerente alle condizioni di cui supra non sono soggette a notifica preventiva alla Commissione; gli Stati membri possono peraltro notificarle qualora

desiderino ottenere la sicurezza giuridica connessa all'autorizzazione formale. Negli altri casi, le cessioni devono essere esaminate per individuare eventuali elementi di aiuto e quindi sono soggette a notifica. Si tratta in particolare dei seguenti casi:

— le cessioni concluse al termine di un negoziato con un unico potenziale acquirente offre un numero di acquirenti selezionati;

— le cessioni precedute dalla cancellazione del debito da parte dello Stato, di altre imprese pubbliche o di organismi pubblici;

— le cessioni precedute dalla conversione del debito in capitale azionario con aumento del capitale e;

— le cessioni effettuate a base a condizioni che non sono usuali e transazioni analoghe tra privati.

In ogni caso è esclusa la discriminazione basata sulla nazionalità degli eventuali acquirenti delle azioni o delle attività in questione.

Le cessioni a condizioni che non possono considerarsi normali condizioni commerciali debbono essere precedute da una stima del valore delle imprese a cura degli esperti indipendenti. La previa notifica alla Commissione è obbligatorio che tutte le privatizzazioni di imprese che operano in settori sensibili (fibre sintetiche, industria automobilistica, ecc)».

63 Come i ricorrenti stessi riconoscono, gli orientamenti enunciati in tale relazione sono unicamente intesi a precisare i casi nei quali si presume che le misure di privatizzazione previste dagli Stati membri non contengano elementi di aiuto e in cui quindi non ha luogo notificarle a meno che le autorità nazionali auspichino assicurarsi della certezza dell'operazione sotto il punto di vista giuridico.

64 Quindi, da tali orientamenti non risulta che la Commissione esige in tutte le ipotesi l'istituzione di una gara aperta, trasparente ed incondizionata. Si limitano a fare presente che nel caso in cui venga posto in essere un siffatto procedimento, esso deve soddisfare talune condizioni affinché possa presumersi che la privatizzazione di cui trattasi soddisfi le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato.

65 Parimenti, la presente relazione non fornisce alcun elemento pertinente ai fini della presente fattispecie, per quanto riguarda l'eventuale ricevibilità delle perizie presentate in vista della determinazione del prezzo di mercato dell'entità di cui è prevista la privatizzazione. A questo proposito, la sola indicazione fornita per quanto riguarda le perizie è che «le cessioni concluse a condizioni che non possono considerarsi normali condizioni commerciali devono essere precedute da una stima del valore delle imprese a cura di esperti indipendenti». Orbene, quest'ultima ipotesi non è esattamente nella specie contemplata, poiché la Commissione ha esplicitamente escluso, nell'ambito della gara pubblica condotta in vista della privatizzazione della BB, che si trattasse di una vendita conclusa a condizioni commerciali speciali (v., in tal senso, considerando 111 e 112 della decisione impugnata).

66 Dall'insieme di quanto considerato risulta che non vi è nulla a sostegno dell'affermazione dei ricorrenti secondo la quale la Commissione avrebbe concluso, a scapito del principio di parità tra operatori privati e persone giuridiche di diritto pubblico, avvalendosi della *XXIII Relazione sulla politica di concorrenza*, che solo una gara avrebbe consentito di determinare il prezzo di mercato nel caso di una cessione di un'impresa in vista della sua privatizzazione.

67 Per tali ragioni, non ha luogo pronunciarsi sulla portata giuridica della *XXIII Relazione sulla politica di concorrenza* che, come è stato in precedenza detto, aveva il solo obiettivo di ricordare agli Stati membri, per scrupolo di trasparenza e di chiarificazione, gli orientamenti generali seguiti dalla Commissione in vista dell'esame di misure adottate nell'ambito delle privatizzazioni di imprese.

68 Resta pertanto da stabilire, nell'ambito del primo motivo, se la Commissione senza incorrere in errore manifesto di valutazione abbia rifiutato di tener conto delle differenti perizie di cui i ricorrenti si sono avvalsi nella specie in vista di stabilire il prezzo di mercato della BB.

69 A questo proposito, deve ricordarsi che il prezzo di mercato di un'impresa, che è generalmente in funzione del gioco dell'offerta e della domanda, corrisponde al prezzo più elevato che un investitore privato operante in condizioni normali di concorrenza sarebbe disposto a pagare per essa (v., in tal senso, sentenza della Corte del 29 aprile 2004, Germania/Commissione, C-277/00, Racc. pag. I-3925, punto 80, nonché la giurisprudenza citata supra al punto 48).

70 Quando una pubblica autorità prevede di vendere un'impresa che le appartiene e a tal fine fa ricorso ad una gara aperta, trasparente e non condizionata, è dato pertanto presumere che il prezzo di mercato corrisponde all'offerta più elevata, fermo restando che deve dimostrarsi, in primo luogo, che tale offerta ha valore di impegno e che essa è credibile e, in secondo luogo, che non è giustificata la presa in considerazione di fattori economici diversi dal prezzo come i rischi fuori bilancio esistenti tra le offerte. Pertanto, la Commissione non incorre in errore manifesto di valutazione concludendo che l'elemento di aiuto può essere valutato a partire dal prezzo di mercato che è a sua volta, in linea di principio, funzione delle offerte concretamente presentate nell'ambito di una gara.

71 Ciò considerato non può rimproverarsi alla Commissione di non aver tenuto conto delle perizie indipendenti, menzionate al punto 68 della decisione impugnata, perizie che corroborerebbero l'idea sostenuta dai ricorrenti secondo la quale il prezzo proposto dalla GRAWE per rilevare la BB sarebbe conforme al prezzo di mercato.

72 Infatti, il ricorso a siffatte perizie ai fini della determinazione del prezzo di mercato della BB avrebbe senso solo nell'ipotesi in cui non fosse stata seguita nessuna procedura di gara in vista della sua vendita, o se del caso nell'ipotesi in cui fosse stato concluso che la gara pubblica posta in essere non era stata aperta, trasparente ed incondizionata. A questo proposito è incontestabile che le offerte validamente ed effettivamente sottoposte nell'ambito della gara bandita in vista della privatizzazione di una determinata impresa costituiscono, in linea di principio, un valore approssimativo del prezzo di mercato di detta entità migliore delle perizie indipendenti. Infatti, siffatte perizie, a prescindere dal metodo e dai parametri scelti per la loro elaborazione, riposano su un esame prospettico e portano pertanto ad una valutazione del prezzo di mercato dell'impresa di cui trattasi di valore inferiore rispetto a quella derivante da offerte completamente e validamente presentate nell'ambito di una gara regolarmente istituita.

73 Per le medesime ragioni, non può rimproverarsi alla Commissione di non aver ritenuto necessario far elaborare uno studio ex post da un esperto indipendente né con ciò di essere venuta meno al suo dovere di esame diligente ed imparziale delle misure delle quali essa deve prendere conoscenza. Come chiaramente risulta dai punti 112 e 113 della decisione impugnata, la Commissione è partita della constatazione che, in presenza di offerte di acquisto vincolanti della BB, le perizie indipendenti, quale che sia il loro autore, la loro data di elaborazione o il metodo di analisi scelto, erano, in quanto tali, prive di pertinenza per determinare se il prezzo pagato dalla GRAWE per rilevare la BB corrispondeva al prezzo di mercato. Peraltro, i ricorrenti non hanno raggiunto la prova che la Commissione aveva omesso di prendere in considerazione l'insieme delle informazioni e delle valutazioni che le erano state presentate, in particolare dalle autorità austriache, nel corso della fase amministrativa del procedimento.

74 Il primo motivo va pertanto respinto.

75 Con il loro secondo motivo, che è strettamente legato al primo, i ricorrenti vogliono dimostrare che la decisione impugnata si discosta dalla prassi decisionale fino ad allora seguita dalla Commissione, in quanto è la prima volta che la Commissione avrebbe preteso da uno Stato membro che vuole privatizzare un'impresa che gli appartiene di organizzare una gara aperta, trasparente ed incondizionata.

76 Sotto tale aspetto, il Tribunale ricorda che la nozione di aiuto di Stato riveste carattere giuridico e va interpretato con riferimento a elementi obiettivi (v. sentenza Valmont/Commissione, punto 47 supra, punto 37 e la giurisprudenza ivi citata). La qualifica di una misura come aiuto di Stato non può pertanto dipendere da una valutazione soggettiva della Commissione e deve essere determinata indipendentemente da ogni prassi amministrativa anteriore della Commissione, ammesso che essa sia dimostrata (v., in tal senso e per analogia, sentenza della Corte del 30 settembre 2003, Freistaat Sachsen e a./Commissione, C-57/00 P e C-61/00 P, Racc. pag. I-9975, punti 52 e 53, e sentenza del Tribunale del 15 giugno 2005, Regione autonoma della Sardegna/Commissione, T-171/02, Racc. pag. II-2123, punto 177).

77 In siffatte condizioni, i ricorrenti non possono sostenere una violazione del principio di parità di trattamento avvalendosi della prassi decisionale anteriore. Poiché la Commissione è tenuta a procedere ad un'analisi individualizzata delle circostanze proprie di ciascun caso, non è vincolata a decisioni anteriori.

78 Ad ogni modo, i ricorrenti, i quali procedono per affermazioni generali sostenendo che fino ad allora la Commissione ha sempre «salvato» le privatizzazioni, non sono riusciti ad indicare in quale misura le circostanze che hanno dato luogo alle decisioni da essi citate e le considerazioni giuridiche ad esse sottostanti sono comparabili con quelle di cui al caso di specie. In particolare, non è stato dimostrato che una di tali decisioni contemplasse una situazione in cui, alla stregua della presente fattispecie, fosse stato concluso che il prezzo di mercato del bene o dell'entità da cedere era stato validamente fissato tramite una gara aperta, trasparente ed incondizionata.

79 Da quanto sopra considerato consegue che il secondo motivo non può comunque essere accolto.

80 Per quanto riguarda il sesto motivo, che deduce che la Commissione ha violato l'onere della prova e gli obblighi di informazioni a carico degli offerenti nell'ambito di una gara pubblica bandita in vista della privatizzazione di un'impresa, risulta di primo acchito che, con la loro argomentazione, i ricorrenti fanno confusione tra, da un lato, gli obblighi di informazione a carico degli offerenti nell'ambito di qualsiasi gara pubblica e, dall'altro, l'esigenza di un esame diligente e imparziale che si impone alla Commissione nei confronti delle presunte misure di aiuto.

81 Per quanto riguarda gli obblighi di informazione a carico degli offerenti nell'ambito di una gara pubblica, i ricorrenti sostengono, in sostanza, che il consorzio avrebbe dovuto fornire la prova che era solvibile e che la FMA si sarebbe pronunciata a favore della cessione della BB ad esso.

82 Orbene, come giustamente rilevato dalla Commissione, il consorzio non era esattamente in grado di fornire la minima indicazione circa l'esito favorevole o meno della procedura di autorizzazione dinanzi alla FMA nell'ipotesi in cui il Land Burgenland avesse deciso di optare per l'offerta del predetto consorzio. Del resto, dal momento che l'importo dell'offerta di acquisizione presentata dal consorzio era nettamente superiore a quello presentato dalla GRAWE e che, quindi, l'esistenza di un vantaggio in favore di quest'ultima non poteva essere escluso, spettava esattamente alle autorità competenti fornire indizi seri del fatto che l'esame effettuato dalla FMA si sarebbe risolto nell'impedire la cessione della BB al consorzio, il che esse hanno omesso di fare.

83 Per quanto riguarda la prova della capacità e della solvibilità finanziaria del consorzio, emerge che nessuna delle parti nel procedimento formale di esame ha messo in dubbio la sua capacità di raccogliere i fondi necessari per onorare il prezzo di acquisto offerto. Peraltro dagli atti risulta in particolare che in linea di principio la prova della capacità finanziaria di un offerente di onorare il prezzo di acquisto proposto va valutata in una fase precoce della gara e cioè nella fase della «Due diligence» che, a dire dei ricorrenti, implica un esame dei bilanci nonché delle risorse personali e materiali degli offerenti la cui offerta è stata giudicata ferma e ricevibile. Orbene, è giocoforza constatare che l'offerta del consorzio è stata accantonata solo nella fase finale dei negoziati condotti

nell'ambito di tale procedimento, poiché, come è stato menzionato al punto 53 della decisione impugnata, «l'Austria indica che presumeva che il consorzio sarebbe stato un partner economicamente forte, come aveva annunciato durante le trattative».

84 Gli altri aspetti evocati dai ricorrenti, e cioè la capacità del consorzio di tenere sotto controllo gli eventuali problemi di liquidità in caso di acquisizione della BB (v. punti 78 e 79 della decisione impugnata vertente sul «rifinanziamento della BB dopo la sua cessione»), oltre ad essere pertinenti solo nel caso in cui l'Ausfallhaftung dovesse essere presa in considerazione, ipotesi che sarà esaminata di seguito (v. punti 149 e segg., infra), non sono comunque neanch'essi fondati. Risulta, infatti, dalla decisione impugnata che il consorzio non ha mai escluso la possibilità del ritiro dei depositi da parte dei clienti o la cancellazione delle linee di credito interbancarie (sebbene in misura decisamente inferiore della Commissione) e avesse fornito a titolo di garanzia lettere di intenti rilasciate da diverse banche (v. punto 78 della decisione impugnata). In siffatte circostanze, non può sostenersi che il consorzio non avesse fornito alcuna garanzia della sua solvibilità.

85 Inoltre, si deve rilevare che, rispondendo ad un quesito rivolto dal Tribunale nel corso dell'udienza circa la questione se e in quale misura i ricorrenti mettevano in discussione la capacità economica del consorzio di pagare il prezzo di acquisto della BB di EUR 155 milioni, questi hanno confermato che non avevano assolutamente messo in discussione il fatto che il consorzio fosse stato in grado di pagare il suddetto prezzo.

86 Alla luce dell'insieme di tali considerazioni, il sesto motivo va respinto.

87 Per quanto infine riguarda il settimo motivo, che deduce che l'offerta del consorzio non poteva servire per determinare il prezzo di mercato, si deve ricordare che, come risulta dall'esame del primo motivo (v. in particolare punto 70 supra), quando una pubblica autorità vuole vendere un'impresa che le appartiene e fa ricorso a tal fine ad una gara aperta, trasparente e incondizionata, è dato di presumere che il prezzo di mercato corrisponda all'offerta più elevata, fermo restando che deve essere accertato in primo luogo che tale offerta ha valore di impegno e che è credibile e, in secondo luogo, la presa in considerazione di fattori economici diversi dal prezzo, come i rischi fuori bilancio esistenti tra le offerte, non è giustificata.

88 La Commissione pertanto non incorre in errore manifesto di valutazione nel concludere che l'elemento di aiuto può essere valutato a partire dal prezzo di mercato che è esso stesso funzione delle offerte concretamente presentate nell'ambito della gara.

89 Peraltro, nella prospettiva del venditore privato in economia di mercato, le ragioni soggettivo di ordine strategico che inducono un determinato offerente a presentare un'offerta di un certo importo non sono determinanti. Il venditore privato in economia di mercato opterà in linea di principio per l'offerta di acquisto più elevata e questo indipendentemente dalle ragioni che hanno indotto gli acquirenti potenziali a proporre offerte di un certo importo. Di conseguenza, l'affermazione dei ricorrenti secondo la quale l'importo dell'offerta presentata dal consorzio sarebbe esorbitante deve essere disattesa.

90 Per quanto riguarda l'argomento dei ricorrenti secondo cui la Commissione non poteva fondarsi sui risultati di una gara pubblica che essa stessa ha giudicato irregolare, basta ricordare che, mentre nella fase dell'apertura del procedimento formale di esame essa aveva formulato dubbi circa la regolarità della gara pubblica, in particolare sotto l'ottica del rispetto della parità di trattamento tra i vari offerenti (v., a questo proposito, il punto 42 della decisione impugnata), la Commissione è giunta alla conclusione che le carenze che inficiano le condizioni della gara non avevano influito sull'importo delle offerte concretamente presentate e che, pertanto, l'offerta nominale più elevata costituiva un buon valore approssimativo del prezzo di mercato (v. punto 143 della decisione impugnata).

91 Peraltro, nel prosieguo delle considerazioni esposte nell'ambito del secondo motivo, deve concludersi che neanche il riferimento alla costante asserita prassi della Commissione dà sostegno al punto di vista sostenuto dai ricorrenti. Per quanto riguarda, in particolare, i casi che hanno dato luogo alla decisione 2000/513/CE della Commissione, dell'8 settembre 1999, riguardanti gli aiuti concessi dalla Francia all'impresa Stardust Marine (GU 2000, L 206, pag. 6), e alla decisione 2000/628/CE della Commissione, dell'11 aprile 2000, relativa agli aiuti concessi dall'Italia alla Centrale del Latte di Roma (GU L 265, pag. 15), alle quali i ricorrenti fanno riferimento, basta constatare che le suddette decisioni riguardavano situazioni in cui mancava appunto l'istituzione di una gara di appalto aperta, trasparente ed incondizionata.

92 Di conseguenza, anche il settimo motivo va respinto.

Sul terzo motivo, che deduce erronea applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, CE in quanto la Commissione ha rifiutato di tenere in considerazione l'esito incerto e un'eventuale lunga durata del procedimento di autorizzazione dinanzi alla FMA in caso di cessione della BB al consorzio

Argomenti delle parti

93 I ricorrenti censurano la Commissione per avere, nell'ambito dell'applicazione del criterio del venditore privato in economia di mercato, compiuto un esame incompleto della sicurezza dell'operazione. Rimproverano in sostanza alla Commissione di non avere tenuto in sufficiente conto, nel corso della valutazione e del confronto delle offerte di acquisizione della BB, dell'esito incerto della possibile durata del procedimento di autorizzazione dinanzi alla FMA in caso di vendita al consorzio. Orbene, un venditore privato avrebbe scelto, proprio per tali ragioni, l'offerta della GRAWE, offerta che, pur essendo d'importo inferiore a quella presentata dal consorzio, scadeva il 31 marzo 2006 e che, tenuto conto delle perizie citate al punto 68 della decisione impugnata e all'esperienza tratta da precedenti tentativi di privatizzazione della BB, era di particolare interesse.

94 Secondo i ricorrenti, l'affermazione della Commissione secondo cui la durata del procedimento di esame effettuato dall'autorità di sorveglianza non può giustificare l'esclusione di un offerente da una gara dato che ciò consentirebbe discriminazioni nei confronti degli offerenti stranieri (v. punto 130 della decisione impugnata), violerebbe il fatto che si deve operare una distinzione tra il ruolo dello Stato in quanto venditore privato e quello che egli esercita sovranamente nella sua qualità di autorità di regolamentazione dei mercati finanziari. A questo proposito, tenuto conto dell'indipendenza della FMA e delle regole alle quali quest'ultima è soggetta, le autorità austriache non sarebbero in grado di ottenere una qualsiasi informazione circa l'esito del procedimento di autorizzazione. Inoltre, la censura della Commissione verterebbe su una questione che non rientra nel diritto degli aiuti di Stato (ma piuttosto nella libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali) e violerebbe la ripartizione delle competenze tra lo Stato federale e i Länder.

95 I ricorrenti aggiungono che, nella specie, il modo di operare del Land Burgenland, che è consistito, in un primo tempo, nel scegliere l'acquirente per, in un secondo tempo, sollecitare le autorizzazioni richieste, sarebbe non solo conforme al criterio del venditore privato, ma anche riconosciuto nella prassi decisionale della Commissione.

96 I ricorrenti sostengono che, come risulta in particolare da una lettera del consulente della HSBC del 3 marzo 2008 e trasmessa alla Commissione il 5 marzo 2008, nella specie, esistevano numerosi indizi che deponevano contro l'autorizzabilità della vendita della BB al consorzio.

97 Innanzi tutto sottolineano che i membri del consorzio, in particolare Active Bank e Ukrpodshipnik, non disponevano di alcuna quotazione di un'agenzia di rating riconosciuta, quand'anche trattasi, come menzionato dalla Commissione in più comunicazioni e decisioni di una condizione indispensabile per poter esercitare attività sui mercati bancari e dei capitali europei.

98 I ricorrenti ritengono poi che in mancanza di un'analisi di solvibilità presentata dal consorzio, essi si sono riferiti alla prassi delle agenzie di rating secondo la quale un'impresa non può, in linea di principio, ricevere una quotazione più vantaggiosa dello Stato in cui è stabilita, nella specie l'Ucraina, la quale beneficia di una quotazione massima della «BB» («sub investment grade»).

99 I ricorrenti fanno peraltro riferimento ai difetti che inficiano il piano d'affari (business plan) presentato dal consorzio (v. lettera delle autorità austriache del 1° marzo 2007), alla mancanza di esperienza dello stesso sul mercato bancario europeo e all'auspicio di detto consorzio di condurre una nuova politica commerciale per la BB che, a termine e come risulta dai commenti della HSBC, potrebbe portare ad una perdita sostanziale dei suoi mezzi propri e quindi ad un intervento del Land Burgenland a titolo dell'Ausfallhaftung. I ricorrenti deducono che questi aspetti sarebbero stati necessariamente presi in considerazione dalla FMA che, in applicazione dei criteri contemplati all'articolo 5, paragrafo 1, punto 3, della Bankwesengesetz (BWG, legge federale sul sistema bancario), doveva valutare se il consorzio offrisse una garanzia di gestione economicamente solida e prudente della BB dopo l'acquisizione di quest'ultima, circostanza che la Commissione ha omesso di esaminare in violazione dell'obbligo di motivazione previsto dall'articolo 253 CE.

100 Le stime pessimistiche circa l'autorizzazione della FMA in caso di cessione della BB al consorzio sarebbero ugualmente suffragate dalle informazioni circa la debolezza strutturale e funzionale del sistema bancario ucraino, come in particolare risulta dalle relazioni periodiche del Fondo monetario internazionale. Tali relazioni sarebbero state esplicitamente menzionate dalle autorità austriache nel corso della fase del procedimento formale e sarebbero comunque pubblicamente accessibili. Nella loro replica, i ricorrenti affermano che la recente evoluzione del settore bancario ucraino è venuta a confermare le preoccupazioni che essi avevano espresso all'epoca dei fatti.

101 Secondo i ricorrenti, si dovrebbe ugualmente tener conto del fatto che l'adempimento da parte della FMA del suo obbligo di controllo sarebbe stato reso più difficile nel caso di un'acquisizione della BB da parte del consorzio, in ragione dell'assenza di collaborazione istituzionalizzata tra la FMA e le autorità ucraine, in particolare tramite un protocollo di accordo concluso con la banca nazionale ucraina.

102 Inoltre, i ricorrenti fanno presente che il Land Burgenland non si è fondato unicamente sulle sue proprie valutazioni ma che ha preso contatto in modo informale con la FMA al fine di accertarsi dell'affidabilità delle sue previsioni circa l'autorizzazione che tali autorità avrebbe accordato al consorzio. Secondo le informazioni fornite dalla FMA, l'esito del procedimento di autorizzazione dell'acquisizione della BB da parte del consorzio sarebbe stato totalmente aperto, ma sarebbe stato appurato che tale procedimento avrebbe portato in un primo momento ad un divieto nel caso di acquisizione della BB dal consorzio. Orbene, il carattere incerto e la durata più lunga di tale acquisizione non sarebbero stati accettabili per il Land Burgenland, nella sua qualità di venditore privato. Ne sarebbe derivato che, come indicato dalla Repubblica d'Austria in una lettera del 1° giugno 2006, il Land Burgenland era partito dal principio che «la FMA non avrebbe autorizzato, e probabilmente non avrebbe potuto farlo, l'acquisizione della banca da parte del consorzio». Le constatazioni accolte dall'ordinanza di provvedimento urgente del Landesgericht Eisenstadt (Tribunale regionale di Eisenstadt, Austria) nella sua decisione del 26 maggio 2006 confermerebbero tale stato di fatto. I ricorrenti hanno precisato che dai contatti che le autorità competenti hanno intrattenuto con la FMA risulterebbe che si poteva contare su una decisione di autorizzazione entro qualche settimana in caso di cessione della BB alla GRAWE. La FMA avrebbe per contro lasciato intendere che nel caso di cessione della BB al consorzio, tale procedimento sarebbe verosimilmente durato 6 mesi o, nel peggiore dei casi, un anno. Non vi sarebbe alcun dubbio che il procedimento di autorizzazione dinanzi alla FMA sarebbe stato, in caso di vendita al consorzio, considerevolmente più lungo ed il suo esito molto più incerto.

103 Infine, i ricorrenti sottolineano che la Commissione ha erroneamente applicato il criterio del venditore privato nel pretendere, per quanto riguarda la cessione della BB alla GRAWE, la prova che la vendita al consorzio non sarebbe stata manifestamente realizzabile o del fatto che la FMA avrebbe certamente vietato una vendita al consorzio. Come chiaramente spiegato dal consulente della HSBC nelle sue osservazioni del maggio 2006, un venditore privato accorto avrebbe cercato di massimizzare il valore scontato del prezzo di acquisto, definito come l'offerta le cui probabilità di ottenimento sono maggiori. Orbene, dato che il valore scontato del prezzo di acquisto proposto dalla GRAWE era nettamente superiore a quello del consorzio, la decisione del Land Burgenland a favore di GRAWE sarebbe stata giustificata, dato che il prezzo di acquisto nominale inferiore offerto dalla GRAWE era ampiamente compensato dalla sicurezza accresciuta dell'operazione. In altre parole, la Commissione non avrebbe integrato nella sua analisi la probabilità, che sarebbe del 50%, che la vendita al consorzio non sarebbe stata autorizzata dalla FMA.

104 Nella replica, i ricorrenti sottolineano che la Commissione si contraddice circa il margine di precisione di cui il Land Burgenland disporrebbe per quanto riguarda l'esito del procedimento dinanzi alla FMA: pur riconoscendo che l'esito di tale procedura non poteva essere stimata con precisione anticipatamente, la Commissione pretenderebbe, in altri passi dei suoi scritti, che il rifiuto di autorizzazione dell'acquisizione della BB al maggior offerente fosse palese.

105 La Commissione contesta le censure sollevate dai ricorrenti.

Giudizio del Tribunale

106 Il presente motivo si rifà alla problematica, evocata al punto 121 in fine della decisione impugnata, dell'autorizzazione che deve essere concessa dall'autorità dei mercati finanziari competente nel quadro del processo di privatizzazione, e cioè la FMA. I ricorrenti sostengono, infatti, che l'esito incerto e la lunghezza del procedimento di autorizzazione nel caso in cui la BB fosse stata venduta al consorzio hanno giustificato che la BB fosse alla fine ceduta alla GRAWE, e ciò quand'anche l'offerta presentata da quest'ultima fosse di importo inferiore.

107 A questo proposito le parti concordano sul fatto, menzionato al punto 120 della decisione impugnata, che un venditore operante secondo i principi dell'economia di mercato può scegliere l'offerta più bassa se è chiaro che la cessione al maggior offerente non è realizzabile. Più precisamente, è importante sottolineare che, contrariamente a quanto i ricorrenti hanno lasciato supporre, la Commissione ha chiaramente riconosciuto, al punto 125 della decisione impugnata, che un venditore in economia di mercato non avrebbe optato per un acquirente che, con ogni probabilità, non avrebbe ricevuto le autorizzazioni richieste presso le autorità competenti.

108 Spetta pertanto al Tribunale stabilire se la Commissione sia incorsa in errore manifesto di valutazione nel concludere che gli elementi dedotti dai ricorrenti — al fine di dimostrare, in primo luogo, che l'autorizzazione da parte della FMA della cessione della BB al consorzio era gravida d'incertezza e, in secondo luogo, che il procedimento di autorizzazione dinanzi alla FMA in caso di cessione della BB al consorzio sarebbe stato più lungo — non giustificavano, alla luce del criterio dell'operatore privato in economia di mercato, il fatto che sia stato deciso di cedere la BB alla GRAWE.

109 Per quanto in primo luogo riguarda i termini propriamente detti del procedimento di autorizzazione, dagli elementi versati agli atti risulta che, ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 3, della BWG, in vigore all'epoca dei fatti, l'acquisizione di una partecipazione qualificata in un istituto di credito austriaco è soggetta a dichiarazione e ad autorizzazione.

110 L'esame dell'acquisizione di una partecipazione qualificata viene effettuato in base ad un test di attitudine e di onorabilità («Fit & Proper»), che è definito all'articolo 5, paragrafo 1, della BWG. Come risulta in particolare dai punti 125 e 126 della decisione impugnata, non contestati dalle parti, la FMA

può ai sensi dell'articolo 20 della BWG sottoporre colui che acquisisce di una banca a criteri di qualifica e di esperienza solo quando le parti della trattativa hanno concluso un accordo di vendita vincolante. Da ciò risulta che una valutazione concomitante di più potenziali acquirenti non può, in pratica, essere effettuata dalla FMA. Quest'ultima autorità ha inoltre confermato alla Commissione che essa avrebbe dato luogo all'esame dell'acquisizione di una partecipazione qualificata solo se esisteva un'intenzione concreta e apertamente manifesta di acquisizione e di vendita tra le due parti della trattativa. Nella specie, il Land Burgenland doveva pertanto optare definitivamente per una delle offerte di acquisizione della BB prima che fosse dato corso dinanzi alla FMA al procedimento di autorizzazione dell'acquisizione. Inoltre, secondo le informazioni fornite dalle autorità austriache stesse, la FMA è, in quanto autorità amministrativa indipendente, soggetta ad obblighi di riservatezza e di imparzialità. Non può pertanto formulare a priori pronostici circa l'esito di un procedimento di autorizzazione iniziato.

111 Del resto, le parti concordano sul fatto che la FMA può vietare l'acquisizione entro un termine di tre mesi dopo la dichiarazione, in mancanza della quale l'acquisizione si reputa autorizzata. Se la FMA ritiene di aver bisogno per il suo esame di più tempo dei tre mesi assegnati, deve in primo luogo vietare l'acquisizione prima della scadenza del termine di tre mesi. Quest'ultimo divieto non pregiudica tuttavia la decisione della FMA sull'acquisizione della partecipazione qualificata.

112 Per quanto in secondo luogo riguarda gli argomenti specificamente prodotti dai ricorrenti, essi consistono in linea essenziale, in primo luogo, in considerazioni generali vertenti sul comportamento riservato, se non ostile, che le autorità di sorveglianza hanno avuto, o dovrebbero in linea generale avere nei confronti degli operatori originari dell'Ucraina, in secondo luogo in indicazioni vertenti sulla situazione dei membri del consorzio e, in terzo luogo, su indicazioni fornite dalla FMA stessa.

113 Per quanto, in primo luogo, riguarda le considerazioni generali circa il comportamento molto riservato che le autorità di sorveglianza hanno effettivamente tenuto come attesterebbe l'esempio della decisione del Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Ufficio federale di controllo dei servizi finanziari tedeschi), il quale, al termine di un esame durato tredici mesi, ha rifiutato l'acquisizione della NordFinanz Bank AG da parte di un gruppo ucraino o ancora il rifiuto opposto nel 1994 di concedere una concessione bancaria a un predecessore di uno dei membri del consorzio (SLAV), o che dovrebbero, in generale, avere (tenuto conto in particolare dell'armonizzazione a livello europeo delle regole di procedura e dei criteri di valutazione applicabili alla valutazione prudenziale delle acquisizioni e degli aumenti di partecipazione in entità del settore finanziario) nei confronti delle persone fisiche o giuridiche stabilite in Ucraina, le suddette considerazioni non sono, ai fini della presente causa, né pertinenti né convincenti nel merito.

114 Innanzi tutto, tali elementi non sono in grado di fornire la minima indicazione circa l'esito concreto che il procedimento di autorizzazione dinanzi alla FMA avrebbe avuto qualora il Land Burgenland avesse deciso di cedere la BB al consorzio. Nella specie, non si trattava di stabilire se le entità del settore bancario ucraino fossero soggette ad obblighi e a controlli di qualità sufficiente, cioè, equivalente a quella degli obblighi e dei controlli effettuati negli Stati membri dell'Unione. Come menzionato chiaramente dalla Commissione, senza essere contestato su tale punto dalle ricorrenti, l'esame effettuato dalla FMA circa l'acquisizione di partecipazioni in istituti bancari è inteso a stabilire se gli acquirenti potenziali presentino, alla luce dei criteri di qualifica e di esperienza contemplati dall'articolo 20 della BWG, le garanzie di affidabilità in vista di una gestione solida e trasparente dell'istituto di credito interessato.

115 Del resto, è giocoforza constatare che talune considerazioni avanzate nella specie, in particolare nella replica, si riferiscono agli sviluppi delle nuove prassi a seguito della crisi finanziaria sopravvenuta a livello mondiale. Orbene, come risulta dalla giurisprudenza citata supra al punto 51, la legittimità di una decisione della Commissione in materia di aiuti di Stato deve valutarsi in funzione degli elementi di informazione di cui la Commissione poteva disporre al momento in cui essa l'ha emessa.

116 Non occorre di conseguenza tener conto degli sviluppi sopravvenuti successivamente alla sua adozione, che, per definizione, non sono stati portati a conoscenza della Commissione. Quindi devono essere respinti in quanto irricevibili gli argomenti che deducono, in primo luogo, la prudenza di cui, a seguito della crisi finanziaria, debbono d'ora innanzi far prova gli organismi di controllo e le autorità finanziarie e di regolamentazione, e, in secondo luogo, le eventuali modifiche del diritto applicabile che ne sono conseguite.

117 Inoltre, l'argomento sviluppato dai ricorrenti passa sotto silenzio la circostanza che l'intenzione manifestata dal consorzio di acquisire la BB poteva analizzarsi come una volontà di fondare un istituto di credito in Austria. A questo proposito, se l'integrazione di uno dei membri del consorzio, e cioè la Active Bank, è stata affrontata dai ricorrenti, non è stato per contro accertato che essa era prevista solo a seguito di un'eventuale cessione della BB al consorzio. Quindi, tale elemento non era tra quelli che dovevano essere presi in considerazione nella fase del procedimento di esame dinanzi alla FMA.

118 Inoltre, tali considerazioni generali trascurano la circostanza che la FMA deve, come sottolineato dai ricorrenti nei loro rispettivi ricorsi, esaminare ogni domanda di acquisizione di partecipazioni in un istituto finanziario senza pregiudizio. Il fatto che taluni dei membri del consorzio siano stati in origine stabiliti in Ucraina non può di per sé spiegare che la FMA riservi un esito negativo al procedimento di autorizzazione.

119 Per quanto in secondo luogo riguarda gli indizi presentati dai ricorrenti circa il consorzio, e cioè l'assenza di quotazione da parte di un'agenzia internazionalmente riconosciuta, le asserite carenze che inficiano il suo piano d'affari, la mancanza di esperienza o ancora la politica commerciale che intendeva condurre in seno alla BB, non sono nanch'essi pertinenti nell'ambito della valutazione delle possibilità di successo del procedimento di autorizzazione dinanzi alla FMA.

120 Innanzi tutto, i ricorrenti non hanno indicato se o in quale misura tali elementi sarebbero stati presi in considerazione dalla FMA nella sua valutazione.

121 Inoltre i ricorrenti, come altresì sottolineato dalla Commissione con i loro argomenti che deducono asserite carenze che inficiano il piano di affari del consorzio, la sua mancanza di esperienza o ancora la politica commerciale che il suddetto consorzio intendeva condurre in seno alla BB, fanno in realtà presenti preoccupazioni circa l'avvenire commerciale della BB, e cioè dell'entità da vendere, e che sono, in linea di principio, estranee a quelle che ispirano un venditore in economia di mercato.

122 In terzo luogo, i ricorrenti sostengono, in sostanza, che da contatti informali con la FMA risulta che, in caso di vendita alla GRAWE, poteva contarsi su una decisione di autorizzazione nelle settimane successive alla vendita della BB, mentre occorreva attendersi un procedimento di autorizzazione della durata di sei mesi, se non di un anno, in caso di vendita al consorzio. Tali informazioni fornite nel corso di una riunione del 31 gennaio 2006, sarebbero state confermate il 2 marzo 2006. Informato del fatto che l'esito del procedimento di autorizzazione era del tutto aperto, il Land Burgenland «sarebbe partito dal principio che la FMA non potrebbe e probabilmente non avrebbe potuto autorizzare l'acquisizione della banca da parte del consorzio», ragione per la quale ha deciso di cedere la BB alla GRAWE.

123 Orbene, come menzionato dalla Commissione al punto 127 della decisione impugnata, nell'indicare, in modo informale, che l'esito del procedimento di autorizzazione era aperto, la FMA non ha pregiudicato il carattere negativo o meno di tale esito. La Commissione non ha pertanto trascurato il senso delle informazioni fornite dalle autorità austriache.

124 Per quanto in terzo luogo riguarda la presa in considerazione della probabile durata del procedimento di autorizzazione dinanzi alla FMA, si deve, in limine, ricordare che la Commissione ha considerato che la durata probabilmente più lunga del procedimento dinanzi alla FMA non era tale da costituire un ostacolo ad una vendita della BB al consorzio.

125 A questo proposito, la Commissione ha motivato la sua posizione nei seguenti termini (v. il punto 130 della decisione impugnata):

«Inoltre, la durata della procedura necessaria alla FMA (meno di tre mesi per GRAWE, ma fino ad anno per il consorzio) non è sufficiente per squalificare il consorzio. L'Austria evidenzia che BB sarebbe stata danneggiata dal prolungarsi dell'incertezza, finendo in difficoltà. Tuttavia, né in principio né in concreto la Commissione può accettare tale argomento. In linea di principio, questo sarebbe considerato come discriminante nei confronti di eventuali offerenti al di fuori dell'Unione europea, forse anche di un altro Stato membro, dato che tale ragionamento potrebbe essere applicato a qualsiasi potenziale acquirente attualmente non noto alla FMA, quindi a qualsiasi impresa non austriaca. Per quanto riguarda il caso in oggetto, la Commissione nota che BB non si trovava in situazione di difficoltà nel periodo della vendita. Le procedure di vendita erano in corso dal 2003, quindi non si spiega la necessità dell'urgenza. In questo contesto, non è neanche accettabile l'argomento che GRAWE aveva stabilito una scadenza per la sua offerta, in quanto questo avrebbe fornito numerose opportunità per rendere discriminanti le procedure del bando».

126 Si deve constatare che la Commissione si è rifatta alla valutazione delle autorità austriache, secondo la quale, in caso di acquisizione della BB da parte del consorzio, ci si doveva aspettare un procedimento di autorizzazione di una durata che poteva anche essere di un anno (anche se le sembrava più probabile una durata di sei mesi), mentre, in caso di acquisizione della BB da parte della GRAWE, tale durata sarebbe stata di tre mesi (v. punto 130 della decisione impugnata).

127 Essa ha per contro rifiutato di considerare che tale circostanza era tale da escludere il consorzio per due ragioni: la prima, di natura teorica, relativa al rischio di consacrare una discriminazione nei confronti di tutti gli offerenti non austriaci, la seconda (legata al caso di specie), relativa alla constatazione che la BB non si trovava in difficoltà al momento della cessione e che non vi era pertanto alcuna particolare urgenza per cedere la BB alla GRAWE.

128 Orbene, come sottolineato dai ricorrenti, il primo motivo di esclusione della presa in considerazione della durata del procedimento di autorizzazione dinanzi alla FMA, e cioè il rischio di creare una discriminazione nei confronti degli offerenti stabiliti in altri paesi, omette la distinzione fondamentale da operarsi nell'ambito della determinazione dell'esistenza di un vantaggio ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, CE, tra gli obblighi che lo Stato deve assumere in quanto impresa che esercita un'attività economica e gli obblighi che possono incombergli in quanto pubblico potere (v., in tal senso, sentenza Ryanair/Commissione, punto 50 supra, punto 84).

129 Nella specie, se è vero che lo Stato agisce quale operatore privato in economia di mercato nell'ambito della decisione di vendere la BB, esso opera invece a titolo delle sue prerogative di pubblica autorità allorché agisce quale autorità preposta alla valutazione prudenziale delle acquisizioni e degli aumenti di partecipazione nelle entità del settore finanziario. Quindi, non può rimproverarsi al Land Burgenland il fatto che la FMA abbia indicato che, per quanto riguarda la GRAWE, la quale era già conosciuta da tale autorità, una decisione di autorizzazione poteva intervenire entro qualche settimana, mentre, per quanto riguarda il consorzio, che era sconosciuto alla FMA — circostanza che implicava un'indagine più approfondita — il procedimento di autorizzazione in vista della privatizzazione della BB avrebbe richiesto verosimilmente diversi mesi.

130 Pertanto, a torto la Commissione ha dedotto, a sostegno del suo rifiuto di considerare che la durata probabilmente maggiore del procedimento di autorizzazione dinanzi alla FMA in caso di vendita della BB al consorzio sarebbe tale da frapporre ostacoli ad una siffatta vendita, l'esistenza di un rischio di violazione della parità di trattamento tra offerenti. Vi è, infatti, contraddizione tra, da un lato, il fatto di esaminare il comportamento del Land Burgenland con riferimento del criterio dell'operatore privato in economia di mercato e, dall'altro lato, quello di opporgli il rischio di una violazione del rischio del principio di non discriminazione in ragione della differenza di durata tra il procedimento di autorizzazione in caso di cessione della BB alla GRAWE e quello di cessione al consorzio.

131 Tale errore è tuttavia tale da inficiare la decisione impugnata solo nel caso in cui la Commissione non avrebbe dedotto alcuna altro valido motivo a sostegno della sua posizione. Infatti, secondo una giurisprudenza ben consolidata, un motivo errato non può giustificare l'annullamento dell'atto se esistono altri motivi sufficienti a starne a fondamento (v. sentenza della Corte del 7 aprile 2011, Grecia/Commissione, C-321/09 P, non pubblicata nella Raccolta, punto 61 e la giurisprudenza ivi citata).

132 Orbene, per quanto riguarda il secondo motivo di cui la Commissione in tale contesto si avvale e che deduce il caso di specie, secondo il quale non vi era una particolare urgenza che giustificasse di cedere la BB alla GRAWE piuttosto che al consorzio, tale motivo non può essere criticato. Certo, dall'esposizione dei fatti risulta che i passi compiuti dal Land Burgenland in vista della vendita della BB risalivano al 2003 e che, come sostenuto dai ricorrenti, proprio perché il procedimento di privatizzazione della BB era stato particolarmente lungo e costoso, il Land Burgenland non voleva perdere un'occasione supplementare di cedere la BB. Quindi, non può escludersi che, tenuto conto dei dubbi che provava circa l'esito del procedimento di autorizzazione dinanzi alla FMA, il Land Burgenland abbia preferito cedere la BB alla GRAWE, la cui offerta era di durata limitata. Tuttavia, occorreva ancora che il Land Burgenland fornisse elementi concreti per dimostrare che la lunghezza del procedimento dinanzi alla FMA in caso di cessione della BB al consorzio avrebbe compromesso fortemente le opportunità di privatizzazione, dimostrazione che esattamente manca.

133 Dall'insieme di quanto sopra considerato consegue che senza incorrere in errore manifesto di valutazione la Commissione ha concluso che né l'esito incerto né la durata probabilmente maggiore del procedimento dinanzi alla FMA — qualora fosse stato deciso di cedere la BB al consorzio — hanno giustificato l'esclusione del consorzio quale acquirente.

134 Per quanto, in quarto luogo, riguarda l'argomento dei ricorrenti secondo cui la Commissione avrebbe fatto prova di eccessiva severità sotto il profilo dell'applicazione del test dell'investitore privato in economia di mercato esigendo, nella specie, che doveva essere «ovvio che la vendita al miglior offerente non era realizzabile» (v. punto 120 della decisione), neppure tale argomento può essere accolto.

135 Infatti, da una lettura d'insieme della parte della motivazione della decisione impugnata relativa alla sicurezza dell'operazione, emerge chiaramente che la formulazione accolta è frutto di una forzatura di linguaggio, poiché la Commissione si è presa la cura di esaminare attentamente gli argomenti che le autorità austriache avevano presentato per dimostrare la natura incerta e la probabile lunghezza del procedimento di autorizzazione dinanzi alla FMA. Quindi, la Commissione ha chiaramente riconosciuto che era «evidente che un venditore nel mercato privato non scelga un acquirente che, con tutta probabilità, non ottenga le necessarie autorizzazioni da parte della FMA (o di qualsiasi altra autorità coinvolta nell'operazione)» (punto 125 della decisione impugnata).

136 Pertanto, la Commissione non ha negato al Land Burgenland un «margine di previsione» nella specie. Ha semplicemente concluso che nulla stava ad indicare né dimostrava che la FMA avrebbe vietato la cessione al consorzio (v. punto 133 della decisione impugnata).

137 Peraltro, i ricorrenti non sono riusciti a dimostrare come siano giunti alla conclusione che esisteva una probabilità del 50% che la vendita della BB al consorzio non si realizzasse (e a contrario, del 50% che si realizzasse).

138 Infine, per quanto riguarda l'obbligo di motivazione circa la presa in considerazione del procedimento di autorizzazione dinanzi alla FMA, si deve ricordare che secondo costante giurisprudenza, la motivazione prescritta dall'articolo 253 CE deve essere adeguata alla natura dell'atto in esame e deve fare apparire in forma chiara ed inequivocabile l'iter logico seguito dall'istituzione da cui esso promana, in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato e al giudice competente di esercitare il proprio controllo. L'obbligo di motivazione deve essere valutato

in funzione delle circostanze del caso, in particolare del contenuto dell'atto, della natura dei motivi esposti e dell'interesse che i destinatari dell'atto o altre persone da questo interessate direttamente e individualmente possano avere a ricevere spiegazioni. La motivazione non deve necessariamente specificare tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti, in quanto la verifica che la motivazione di un atto soddisfi gli obblighi di cui all'art. 253 CE va effettuata alla luce non solo del suo tenore, ma anche del suo contesto e del complesso delle norme giuridiche che disciplinano la materia in esame (v. sentenza Chronopost e La Poste/UFEX e a., punto 51 supra, punto 88 e la giurisprudenza ivi citata).

139 Nella specie, è giocoforza constatare che i ricorrenti, tenuto conto di quanto circostanziatamente enunciato ai punti da 125 a 133 della decisione impugnata, sono stati in grado di comprendere il ragionamento che ha indotto la Commissione a concludere che un venditore operante in economia di mercato non avrebbe escluso che il consorzio diventasse acquirente della BB sulla base delle conseguenze del procedimento di autorizzazione dinanzi alla FMA. Peraltro, come risulta dall'esame del presente motivo, il Tribunale, alla luce della medesima esposizione, è stato in grado di esercitare il suo controllo su tale ragionamento.

140 Tento conto di tutto quanto sopra considerato, anche il terzo motivo va respinto.

Sul quarto motivo, che deduce erronea applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, CE in quanto il Land Burgenland aveva il diritto di tener conto dei rischi finanziari connessi con l'Ausfallhaftung

Argomenti delle parti

141 I ricorrenti ritengono che contrariamente a quanto affermato dalla Commissione, un venditore privato avrebbe necessariamente tenuto conto dei rischi che derivano dall'Ausfallhaftung. La distinzione che la Commissione avrebbe operato tra i venditori pubblici e i venditori privati sarebbe particolarmente artificiale e formalista, in quanto non offre un'immagine realistica del comportamento degli operatori economici sul mercato.

142 In primo luogo, sostengono che se nelle cause Gröditzer Stahlwerke (sentenza della Corte del 28 gennaio 2003, Germania/Commissione, C-334/99, Racc. pag. I-1139, punti 136 e segg.), Stardust Marine (sentenza della Corte del 16 maggio 2002, Francia/Commissione, C-482/99, Racc. pag. I-4397) e BP Chemicals (sentenza del Tribunale del 15 settembre 1998, BP Chemicals/Commissione, T-11/95, Racc. pag. II-3235) viene effettivamente fatto riferimento alla questione se lo Stato avesse contratto obbligazioni in quanto azionista o in quanto pubblica autorità, i fatti oggetto di tali cause sarebbero chiaramente distinti da quelli di cui al caso di specie.

143 Nella specie, il Land Burgenland non sarebbe intervenuto presso la BB quale pubblica autorità e non avrebbe concesso l'Ausfallhaftung nell'ambito delle sue prerogative di pubblica autorità. I ricorrenti sottolineano in particolare che tale garanzia è fondata su una disposizione di diritto privato austriaco, e cioè l'articolo 1356 dell'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch relativo all'Ausfallbürgschaft (cauzione in caso di non pagamento). L'Ausfallhaftung corrisponderebbe ad una «dichiarazione di patronato di diritto civile», distinta dalle garanzie dello Stato che sono state concesse dai Länder tedeschi (Anstaltslast e Gewährträgerhaftung), con la quale il Land Burgenland migliora la situazione economica della banca e che altro non è che un riflesso degli interessi del Land in quanto proprietario. Tale analisi corrisponderebbe peraltro alla giurisprudenza dell'Oberste Gerichtshof (Corte suprema austriaca), che, in una sentenza del 4 aprile 2006, ha dichiarato che «l'Ausfallhaftung soddisfa la funzione di sostituzione di mezzi propri» e «costituisce, di conseguenza, uno strumento di finanziamento dei mezzi propri». Il fatto che il Land Burgenland si sia impegnato a titolo dell'Ausfallhaftung nell'ambito di una legge sarebbe dovuto alla necessità di offrire una pubblicità sufficiente all'impegno di cui trattasi.

144 In secondo luogo, i ricorrenti deducono che la Commissione ha riconosciuto che l'Ausfallhaftung concessa in favore delle banche austriache costituiva un aiuto di Stato esistente e, di conseguenza, legittimo fino alla fine del periodo di transizione. I suoi effetti avrebbero dovuto essere presi in considerazione nell'ambito della valutazione della misura di privatizzazione controversa. L'approccio della Commissione a questo proposito sarebbe contraddittorio e comprometterebbe le possibilità per un Land di privatizzare una banca quando non è in grado di minimizzare, contemporaneamente, il rischio di dover intervenire a titolo dell'Ausfallhaftung.

145 In terzo luogo, i ricorrenti ritengono che il fatto che non sia stata presa in considerazione l'Ausfallhaftung non è esposto coerentemente dalla Commissione nella decisione impugnata. La Commissione non potrebbe in una sola volta rifiutare di valutare le conseguenze dell'Ausfallhaftung nella fase dell'esame della decisione di cedere la BB alla GRAWE e tenere conto della somma da pagare a titolo di tale garanzia nel calcolo dell'elemento di aiuto (v. punto 170 della decisione impugnata).

146 In quarto luogo, i ricorrenti considerano che l'approccio della Commissione costituisce un ostacolo alla privatizzazione e che è in contraddizione con la decisione del 2004, che aveva subordinato la concessione di aiuti alla ristrutturazione e alla privatizzazione della BB.

147 In quinto e ultimo luogo, i ricorrenti sottolineano che il Land Burgenland ha fortemente ridotto gli effetti di distorsione della concorrenza dell'Ausfallhaftung adottando la decisione di cedere la BB alla GRAWE, cioè ad un'impresa che fruisce di un solido rating e presenta un profilo di rischio minimo. Del resto, il Land Burgenland avrebbe auspicato di iscrivere la sua azione nell'ambito delle misure utili che erano state convenute nell'ambito degli aiuti alla ristrutturazione contemplati dalla decisione del 2004.

148 La Commissione contesta l'insieme di tali motivi.

Giudizio del Tribunale

149 La Commissione ha descritto, nella decisione impugnata (v., in particolare, nota a fondo pagina n. 9 al considerando 21), l'Ausfallhaftung come un regime di garanzia legale, che comporta l'obbligo per le autorità statali, in particolare regionali, di intervenire in caso di insolvenza o di liquidazione dell'istituto di credito di cui trattasi. Conformemente a tale garanzia, i creditori dell'istituto di credito possono direttamente esercitare un diritto nei confronti dell'autorità pubblica garante nell'ipotesi in cui l'istituto di credito dovesse trovarsi in una situazione di liquidazione o di insolvenza e gli attivi del detto istituto non fossero sufficienti a soddisfarli. Tale descrizione dell'Ausfallhaftung non è stata formalmente contestata dai ricorrenti.

150 Dalla proposta della Commissione di misure utili relative all'Ausfallhaftung risulta che la Repubblica d'Austria si era impegnata a sopprimere tale garanzia a termine di un periodo transitorio. In concreto e come risulta supra dal punto 3, le obbligazioni esistenti alla data del 2 aprile 2003 sono coperte dall'Ausfallhaftung fino alla data di scadenza. Durante il periodo transitorio, che andava fino al 1° aprile 2007, a meno che gli istituti finanziari considerati non fossero stati privatizzati ad una data anteriore, l'Ausfallhaftung è mantenuta per le nuove obbligazioni la cui data di scadenza sopravviene prima del 30 settembre 2017.

151 Da ciò consegue che, quand'anche la BB fosse privatizzata, il Land Burgenland dovrebbe continuare a rendersi garante di quest'ultima nei confronti, da un lato, delle obbligazioni sottoscritte prima del 2 aprile 2003 (e quale che sia la data di scadenza di tali obbligazioni) e, dall'altro, delle obbligazioni contratte durante il periodo transitorio (che scade alla data della privatizzazione) la cui scadenza interviene prima del 30 settembre 2017.

152 È in questa prospettiva che i ricorrenti sostengono che la Commissione doveva necessariamente tener conto, nella sua valutazione delle offerte di acquisto, dell'Ausfallhaftung, la quale, al momento della vendita, copriva pressoché EUR 3,1 miliardi del passivo della BB. Il Land Burgenland, poiché poteva essere indotto a farsi garante delle perdite che la BB avrebbe subito anche dopo la sua privatizzazione, avrebbe avuto il diritto di assicurarsi che il suddetto acquirente presentasse garanzie di serietà e di solvibilità sufficienti, oltre la semplice capacità di pagare il prezzo di acquisto, al fine di contrastare ogni rischio di liquidazione o di ristrutturazione della BB. In definitiva, le autorità austriache hanno ritenuto che la cessione della banca alla GRAWE a un prezzo nettamente inferiore a quello proposto dal consorzio era del tutto giustificato dal minor rischio di dover soddisfare l'obbligo di garanzia ai sensi dell'Ausfallhaftung.

153 Orbene, a parere della Commissione, l'Ausfallhaftung, che in precedenza era stata qualificata come aiuto esistente, non poteva essere presa in considerazione quando si tratta, come nella specie, di esaminare una data operazione alla luce del principio dell'operatore privato in economia di mercato. La ragione dedotta sta nel fatto che per definizione, tale garanzia, che è stata qualificata come aiuto, non è di quelle che un venditore privato sarebbe indotto a concedere. La Commissione ha pertanto respinto nella decisione impugnata, la presa in considerazione dell'Ausfallhaftung nei seguenti termini:

> «(135) La Commissione è dell'opinione che la Ausfallhaftung sia un elemento che non doveva essere considerato dal Land Burgenland. Come affermato nella decisione di avvio del procedimento, prendere in considerazione la Ausfallhaftung avrebbe confuso il ruolo del Land Burgenland nella veste di garante dell'aiuto di Stato e il Land Burgenland nella veste di venditore della banca.
>
> (…)
>
> (137) Inoltre, a risposta degli argomenti avanzati dall'Austria per sostenere la legalità dell'aiuto di Stato in essere, si dovrebbe sottolineare che nella misura in questione si tratta pur sempre di un aiuto di Stato erogato da una pubblica autorità. Tutte le decisioni finora adottate dalla Corte stabiliscono chiaramente il principio di base che il ruolo dello Stato come venditore di un'impresa e il ruolo dello Stato e i suoi obblighi come autorità pubblica non dovrebbe essere confuso, quando si effettua il test per gli investitori dell'economia di mercato. Non ci sono precedenti a sostegno dell'opinione dell'Austria che un investitore economico del mercato prenderebbe in considerazione una garanzia classificata come aiuto di Stato: per ipotesi, nessun investitore avrebbe emesso una garanzia non conforme ai principi del mercato e la decisione dell'abolizione della Ausfallhaftung conferma che la Ausfallhaftung non era concessa in termini di mercato. La Corte di giustizia ritiene che le garanzie considerate come aiuti di Stato illegali, non potrebbero essere prese in considerazione nel calcolare i costi potenziali della liquidazione. Questo, al contrario, non significa che possa essere presa in considerazione una misura di aiuto di Stato esistente. La Commissione non ritiene che la legalità o meno dell'aiuto di Stato sia rilevante. Una misura classificata come aiuto di Stato, non verrebbe mai concessa da un venditore privato che non avrebbe, quindi, preso in considerazione tale misura».

154 Tale presa di posizione della Commissione va condivisa.

155 Infatti, dalla giurisprudenza emerge che, ai fini dell'applicazione del criterio dell'investitore privato, occorre distinguere tra gli obblighi che lo Stato deve assumere come azionista di una società e quelli che possono incombergli come autorità pubblica (sentenza della Corte del 14 settembre 1994, Spagna/Commissione, da C-278/92 a C-280/92, Racc. pag. I-4103, punto 22).

156 Così nella causa che ha dato luogo alla sentenza del 28 gennaio 2003, Germania/Commissione, punto 142 supra (punti 133-141), la Corte ha escluso che i vari prestiti e garanzie che un investitore privato non avrebbe mai concesso alle medesime condizioni e che dovevano essere qualificati come

aiuti di Stato illegittimi possano essere presi in considerazione nell'ambito dell'esame della questione se la liquidazione della Gröditzer Stahlwerke fosse più onerosa della sua privatizzazione ad un prezzo negativo.

157 A torto i ricorrenti sostengono che tale causa non sarebbe pertinente in quanto riguardava un aiuto di Stato illegale e non un aiuto esistente. Infatti, ciò che è determinante nell'ambito dell'applicazione del criterio dell'operatore privato è sapere se le misure di cui trattasi rientrino tra quelle che un operatore privato in economia di mercato, che conta di realizzare utili a termine più o meno lungo, avrebbe potuto concedere. Quindi, a prescindere dalla qualificazione degli impegni controversi che avrebbe potuto essere accolta, la questione fondamentale che si pone è sapere se detti impegni rientrano tra quelli che avrebbero potuto essere sottoscritti da un operatore privato in economia di mercato.

158 Pertanto, ammesso che, a dispetto del carattere obbligatorio della decisione C(2003) 1329 def., sia auspicabile che le autorità austriache contestino, nell'ambito del presente procedimento, la qualificazione di aiuto di Stato dell'Ausfallhaftung accolta in questa stessa decisione, si deve concludere che, tenuto conto delle caratteristiche qui sopra descritte del regime posto in essere dall'Ausfallhaftung, quest'ultima non è stata sottoscritta alle condizioni normali del mercato e non può pertanto essere presa in considerazione nella valutazione del comportamento delle suddette autorità secondo il criterio dell'investitore privato in economia di mercato.

159 Tenuto conto dell'insieme di quanto sopra considerato, non può rimproverarsi alla Commissione di non aver preso in considerazione l'Ausfallhaftung nell'ambito della valutazione delle offerte presentate dal consorzio e rispettivamente dalla GRAWE ai fini dell'acquisizione della BB.

160 Da ciò consegue che il quarto motivo va disatteso.

Sul quinto motivo che deduce l'erronea applicazione del principio del venditore privato in economia di mercato nell'ambito dell'esame sussidiario dei rischi collegati con l'Ausfallhaftung

161 Con il presente motivo, i ricorrenti sostengono, in sostanza, che l'esame a titolo sussidiario dei rischi finanziari incorsi dal Land Burgenland qualora fosse stato deciso di vendere la BB al consorzio sarebbe errato. Sottolineano, in particolare, che la valutazione della portata delle perdite di liquidità conseguenti alla messa in atto dell'Ausfallhaftung riposa su ipotesi errate ed è insufficientemente motivata. Peraltro, a torto la Commissione ha omesso di tener conto, nello scenario di liquidazione della BB, di una perizia indipendente di cui il Land Burgenland non poteva che fidarsi.

162 Si deve ricordare che la Commissione ha, ad abundantiam, esaminato gli argomenti dei ricorrenti in relazione con la presa in considerazione dell'Ausfallhaftung (v. punti 144-157 della decisione impugnata). Al termine di tale esame, è giunta alla conclusione che l'offerta della GRAWE, quand'anche il punto di vista della Repubblica d'Austria dovesse essere seguito e l'Ausfallhaftung presa in considerazione, non costituiva la migliore offerta.

163 Orbene, dal momento che si deve confermare l'argomento principale esposto dalla Commissione, e cioè quello che porta a concludere che l'Ausfallhaftung non poteva essere presa in considerazione nella valutazione delle offerte di acquisto della BB (v. quarto motivo), non occorre esaminare la fondatezza del presente motivo, che è soltanto diretto contro gli argomenti esposti a titolo sussidiario e che per definizione non sono in grado di rimettere in discussione la soluzione definitivamente accolta dalla Commissione. Infatti, secondo una consolidata giurisprudenza, un motivo errato non può giustificare l'annullamento dell'atto che ne è inficiato qualora rivesta carattere sovrabbondante ed esistono altri motivi sufficienti a starne a fondamento (v. sentenza Grecia/Commissione, punto 131 supra, punto 61 e la giurisprudenza ivi citata).

164 Il presente motivo deve pertanto essere dichiarato inoperante.

Sull'ottavo motivo, che deduce l'errata valutazione dell'emissione di titoli nell'ambito dell'Ausfallhaftung

Argomenti delle parti

165 I ricorrenti sostengono che a torto la Commissione ha concluso che la GRAWE, a seguito dell'emissione, alla vigilia della chiusura della vendita, di titoli di prestito aggiuntivi per l'ammontare di EUR 380 milioni a suo favore abbia fruito di un vantaggio. La Commissione avrebbe in particolare ignorato che, come risulterebbe da diverse testimonianze e dal calendario delle emissioni di titoli comunicato dalle autorità austriache, le nuove emissioni di titoli sono state annunciate ai due offerenti, i quali ne hanno tratto profitto in eguale misura. Inoltre la Commissione avrebbe omesso di comparare il vantaggio rispettivo che i due offerenti avrebbero potuto trarre dalle emissioni di nuovi titoli, tenuto conto del profilo di rischio e del loro differente rating. Sostengono in particolare che, siccome la GRAWE disponeva di un ottimo rating, il vantaggio collegato con l'Ausfallhaftung sarebbe stato, per quanto li riguarda, solo molto ridotto. Il consorzio, da parte sua, ne avrebbe tratto massiccio profitto, il che avrebbe ampiamente compensato il prezzo di acquisto. La Commissione non ne avrebbe assolutamente tenuto conto all'atto della comparazione delle due offerte di prezzo di acquisto, il che costituirebbe un errore manifesto nell'ambito della determinazione dei fatti.

166 Inoltre, i ricorrenti ritengono che, ammesso che l'emissione di titoli di prestito aggiuntivi per un importo di EUR 380 milioni fosse stato promesso solo alla GRAWE, il vantaggio che ne sarebbe derivato a quest'ultima sarebbe stato debole tenuto conto del suo eccellente profitto di rischio.

167 La Commissione contesta l'insieme di tali rilievi.

Giudizio del Tribunale

168 Si deve ricordare che al punto 171 della decisione impugnata, la Commissione ha così concluso:

«L'emissione di nuovi titoli aggiuntivi per un importo pari a 380 Mio EUR ai sensi della garanzia pubblica non veniva menzionata né nella lettera della procedura di gara né nella bozza di contratto con GRAWE. La Commissione è dell'opinione che un tale accordo rivestisse un'importanza notevole nel processo di vendita e, quindi, dovesse essere incluso nella bozza di contratto con il consorzio. Inoltre, il consorzio confermava di non avere tenuto conto nell'offerta dell'emissione di ulteriori obbligazioni. Pertanto, la Commissione è dell'opinione che la differenza tra l'offerta del consorzio e l'effettivo prezzo di vendita debba essere corretta verso l'alto, a causa del vantaggio concesso a GRAWE derivante dal rifinanziamento pari a ulteriori 380 Mio EUR. La base per il calcolo è il tasso di interesse pagato da BB per le ulteriori obbligazioni pari a 380 Mio EUR, comparato con i costi di rifinanziamento di BB dopo la chiusura».

169 Queste sono le conclusioni che i ricorrenti hanno considerato nell'ambito del presente motivo. Essi sostengono in sostanza che l'adeguamento verso l'alto del valore totale del vantaggio percepito dalla GRAWE in conseguenza dell'emissione di titoli aggiuntivi per un importo di EUR 380 milioni passerebbe sotto silenzio il fatto che di tale emissione di titoli avrebbe approfittato egualmente il consorzio.

170 Orbene, se è vero che, come risulta dai considerando 148 e 171 della decisione impugnata, la Commissione non ha rifiutato di integrare tale emissione di titoli aggiuntivi nello scenario di liquidazione, esaminato a titolo sussidiario, proposto dalle autorità austriache in caso di cessione al consorzio, essa si è però limitata, nell'ambito della valutazione dell'ammontare del vantaggio concesso alla GRAWE, ad indicare che, in concreto, l'offerta presentata dal consorzio non teneva conto dell'emissione di titoli aggiuntivi. In questo contesto, la Commissione ha tenuto conto del fatto, da un

lato, che l'emissione di titoli aggiuntivi per un valore di EUR 380 milioni non era menzionata né nella lettera di procedura di gara né nella bozza di contratto con il consorzio e, dall'altro lato, che quest'ultimo aveva confermato di non avere effettivamente preso in considerazione tale emissione.

171 L'argomento dei ricorrenti secondo cui, quand'anche si ammettesse che l'emissione di titoli aggiuntivi fosse stata proposta solo alla GRAWE, quest'ultima non avrebbe fruito di alcun vantaggio complementare, tenuto conto del suo rating finanziario più elevato e del suo profilo di rischio più favorevole di quelli di cui beneficerebbe il consorzio, non riposa su alcuna convincente spiegazione e deve per questa sola ragione essere respinto.

172 Quand'anche si ammettesse che i ricorrenti intendano in realtà menzionare nel presente motivo il rischio finanziario incorso dal Land Burgenland a titolo dell'Ausfallhaftung, deve ricordarsi che, come risulta dall'esame del quarto motivo (v. punto 158 supra), tale garanzia non è un elemento di cui debba tenersi conto nella valutazione della misura controversa alla luce del criterio dell'investitore privato in economia di mercato. Inoltre, come sottolineato dalla Commissione, non era importante, nell'ambito della valutazione dell'importo dell'aiuto, determinare quale sarebbe stato l'ipotetico vantaggio di cui la BB avrebbe approfittato nel caso in cui fosse stata acquisita dal consorzio, ma piuttosto sapere quale fosse il vantaggio che sia stato concretamente e obiettivamente concesso alla GRAWE.

173 L'ottavo motivo va pertanto disatteso.

Sul nono motivo, che deduce erronea applicazione sotto più aspetti dell'articolo 87, paragrafo 1, CE nella determinazione dell'elemento di aiuto

Argomenti delle parti

174 I ricorrenti censurano la Commissione per aver concluso per l'esistenza di un aiuto senza accertare con certezza che la GRAWE fosse stata avvantaggiata. Ciò costituirebbe un'erronea applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, CE, dato che la Commissione non opera sufficiente distinzione tra l'esistenza di un aiuto e l'importanza dell'elemento di aiuto. Rimproverano altresì alla Commissione di non aver preso in considerazione, al punto 156 della decisione impugnata, il rischio di non pagamento del prezzo da parte del consorzio ai fini della comparazione della sua offerta con quella della GRAWE, il che costituirebbe un errore manifesto nella determinazione dei fatti. Infine, censurano la Commissione per avere, al punto 174, seconda frase, della decisione impugnata, affermato che la presa in considerazione del vantaggio poteva essere ritirato dal riporto di perdite fiscali, mentre i vantaggi fiscali dell'operazione per il consorzio non sono stati esaminati.

175 La Commissione contesta la fondatezza degli argomenti dei ricorrenti.

Giudizio del Tribunale

176 Con i loro argomenti, i ricorrenti rimproverano alla Commissione di aver concluso per l'esistenza di un vantaggio senza neanche assicurarsi che gli adeguamenti evocati ai punti 167-174 della decisione impugnata, intesi a tener conto delle differenze tra le due offerte presentate e del vantaggio supplementare che la GRAWE ha tratto dall'emissione di titoli supplementari per l'ammontare di EUR 380 milioni, porterebbero a concludere per l'esistenza di un aiuto negativo.

177 Orbene, se è escluso il ragionamento sussidiario esposto a proposito dello scenario di liquidazione e se viene tenuto conto del fatto che senza incorrere in errore manifesto di valutazione la Commissione ha ritenuto che doveva essere preso in considerazione soltanto il vantaggio supplementare che la GRAWE aveva tratto dall'emissione complementare dei titoli per un importo di EUR 380 milioni (v.

punti 168-171 supra), i ricorrenti non sono stati in grado di dimostrare che siffatti adeguamenti si sarebbero risolti nel neutralizzare il vantaggio finanziario che la GRAWE ha conseguito mediante la privatizzazione della BB.

178 Infatti, l'importo di partenza dell'aiuto da recuperare è in linea di principio dato dalla differenza di EUR 54,7 milioni tra l'offerta di prezzo del consorzio e il prezzo di acquisto effettivamente pagato dalla GRAWE, importo che deve essere adeguato in funzione delle differenze nei parametri di cui la GRAWE e, rispettivamente, il consorzio, hanno tenuto concretamente conto nella presentazione delle loro offerte di acquisizione della BB. La decisione impugnata prevede tuttavia solo due tipi di correzioni al ribasso, e cioè quello per un importo di EUR 2,1 milioni che risulta dalla differenza nell'importo della penalità di rimborso anticipato (v. punto 168 della decisione impugnata) e quello, di un importo da definire, che corrisponde al trasferimento al Land Burgenland di quattro società immobiliari (v. punti 18 e 172 della decisione impugnata).

179 In conclusione, il nono motivo è infondato e va respinto.

180 Da tutto quanto precede consegue che i presenti ricorsi debbono essere respinti.

Sulle spese

181 Ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. La Repubblica d'Austria e il Land Burgenland rimasti soccombenti vanno condannati alle spese conformemente alla domanda della Commissione.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Sesta Sezione)

dichiara e statuisce:

1) I ricorsi sono respinti.

2) La Repubblica d'Austria e il Land Burgenland sono condannati alle spese.

Jaeger Wahl Soldevila Fragoso

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 28 febbraio 2012.

Firme