Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione)

24 ottobre 2013*

«Impugnazione — Concorrenza — Aiuti di Stato — Aiuto dichiarato illegittimo ed incompatibile con il mercato comune — Aiuto concesso al gruppo Grazer Wechselseitige (GRAWE) in occasione della privatizzazione della Bank Burgenland AG — Determinazione del prezzo di mercato — Gara d'appalto — Condizioni illecite prive di incidenza sull'offerta più elevata — Criterio denominato del "venditore privato" — Distinzione tra gli obblighi che incombono allo Stato esercente le proprie prerogative di potere pubblico e quelli che incombono allo Stato agente in qualità di azionista — Snaturamento degli elementi di prova — Obbligo di motivazione»

Nelle cause riunite C-214/12 P, C-215/12 P e C-223/12 P,

aventi ad oggetto le impugnazioni ai sensi dell'articolo 56 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, proposte rispettivamente il 7, l'8 e il 7 maggio 2012,

Land Burgenland, rappresentato da U. Soltész, P. Melcher e A. Egger, Rechtsanwälte,

ricorrente,

sostenuto da:

Repubblica federale di Germania, rappresentata da K. Petersen, T. Henze e J. Möller, in qualità di agenti,

interveniente in sede d'impugnazione,

procedimento in cui le altre parti sono:

Commissione europea, rappresentata da L. Flynn, V. Kreuschitz e T. Maxian Rusche, in qualità di agenti,

convenuta in primo grado,

Repubblica d'Austria,

ricorrente in primo grado (C-214/12 P),

Grazer Wechselseitige Versicherung AG, con sede in Graz (Austria), rappresentata da H. Wollmann, Rechtsanwalt,

ricorrente,

* Lingua processuale: il tedesco.

procedimento in cui l'altra parte è:

Commissione europea, rappresentata da L. Flynn, V. Kreuschitz e T. Maxian Rusche, in qualità di agenti,

convenuta in primo grado (C-215/12 P),

e

Repubblica d'Austria, rappresentata da C. Pesendorfer e J. Bauer, in qualità di agenti,

ricorrente,

sostenuta da:

Repubblica federale di Germania, rappresentata da K. Petersen nonché da T. Henze e J. Möller, in qualità di agenti,

interveniente in sede d'impugnazione,

procedimento in cui le altre parti sono:

Commissione europea, rappresentata da L. Flynn, V. Kreuschitz e T. Maxian Rusche, in qualità di agenti,

convenuta in primo grado

Land Burgenland, rappresentato da U. Soltész, P. Melcher e A. Egger, Rechtsanwälte,

ricorrente in primo grado (C-223/12 P),

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta da R. Silva de Lapuerta, presidente di sezione, J.L. da Cruz Vilaça, G. Arestis, J.-C. Bonichot e A. Arabadjiev (relatore), giudici,

avvocato generale: M. Wathelet

cancelliere: M. Aleksejev, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 19 giugno 2013,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con le loro impugnazioni, il Land Burgenland (C-214/12 P) e la Repubblica d'Austria (C-223/12 P) chiedono l'annullamento della sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 28 febbraio 2012, Land Burgenland e Austria/Commissione (T-268/08 e T-281/08; in prosieguo: la «sentenza Burgenland»), con la quale quest'ultimo ha respinto i loro ricorsi diretti all'annullamento della decisione

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

2 Con la sua impugnazione (C-215/12 P), la Grazer Wechselseitige Versicherung AG (in prosieguo: la «GRAWE») chiede l'annullamento della sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 28 febbraio 2012, Grazer Wechselseitige Versicherung/Commissione (T-282/08; in prosieguo: la «sentenza GRAWE»), con cui quest'ultimo ha respinto il suo ricorso diretto all'annullamento della decisione controversa.

Fatti

3 Fino alla sua privatizzazione, la Hypo Bank Burgenland AG (in prosieguo: la «BB») era una banca regionale avente la forma di una società per azioni di diritto austriaco, con sede in Eisenstadt (Austria). Nel 2005, la BB aveva un bilancio totale di EUR 3,3 miliardi ed era detenuta al 100% dal Land Burgenland.

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

5 Tale regime di garanzia di buon adempimento destinato agli istituti di credito pubblico, denominato «Ausfallhaftung», in particolare quello del suddetto Land a favore della BB e dei suoi predecessori, esisteva in condizioni praticamente immutate fin dal 1928. Esso non copriva né un periodo né un importo specifico.

6 In forza di un accordo concluso tra la Commissione delle Comunità europee e la Repubblica d'Austria, sulla base del quale è stata 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 abrogata entro il 1° aprile 2007. In linea di principio, tutte le garanzie in essere al 2 aprile 2003 continuavano ad essere coperte dalla Ausfallhaftung fino allo loro estinzione. Dopo tale data, la Ausfallhaftung poteva essere mantenuta dal 2 aprile 2003 al 1° aprile 2007 per le obbligazioni di nuova istituzione, a condizione che queste ultime fossero scadute entro il 30 settembre 2017.

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

8 Due offerenti, vale a dire, da un lato, la GRAWE, un'impresa austriaca che offre un ventaglio di servizi assicurativi nonché servizi finanziari e di leasing e che nel 2006 deteneva partecipazioni dirette importanti in due imprese finanziarie del settore bancario e dell'investimento, congiuntamente alla GW Beteiligungserwerbs- und -verwaltungs-GmbH, e, dall'altro, 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»), hanno presentato 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.

9 Il 5 marzo 2006, il Land Burgenland ha proceduto ad assegnare la BB alla GRAWE, nonostante il prezzo di acquisto da essa offerto (EUR 100,3 milioni) fosse decisamente inferiore al prezzo offerto dal consorzio (EUR 155 milioni). Tale decisione si è basata, in particolare, su una raccomandazione scritta della HSBC del 4 marzo 2006, integrata da spiegazioni verbali fornite ai membri del governo del Land Burgenland nel giorno della decisione. La raccomandazione della HSBC indica in sostanza che, sebbene, tenuto conto del prezzo di acquisto proposto, la decisione avrebbe dovuto favorire il consorzio, veniva raccomandato che la BB fosse ceduta alla GRAWE, in considerazione degli altri criteri di selezione, vale a dire 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.

10 La vendita della BB, che è stata formalmente approvata dalle autorità del Land Burgenland il 7 marzo 2006, è stata conclusa il 12 maggio 2006. Prima di tale conclusione la BB ha emesso, nell'ambito della Ausfallhaftung, titoli per un importo di EUR 700 milioni, di cui EUR 320 milioni erano previsti alle condizioni di privatizzazione ed EUR 380 milioni «supplementari» non figuravano, secondo il punto 35 della decisione controversa, nei progetti di contratto con la GRAWE e il consorzio.

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

12 Con lettera del 21 dicembre 2006, la Commissione ha informato le autorità austriache della sua decisione, relativa alla cessione della BB alla GRAWE, di avviare il procedimento formale di esame previsto dall'articolo 88, paragrafo 2, CE. Tale decisione è stata pubblicata nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* l'8 febbraio 2007 (GU C 28, pag. 8). Il 30 aprile 2008 la Commissione ha adottato la decisione controversa.

13 Per pronunciarsi sulla questione se la GRAWE abbia beneficiato di un vantaggio selettivo, la Commissione ha valutato se il Land Burgenland si sia comportato come un qualsiasi venditore operante in economia di mercato (in prosieguo: il criterio detto del «venditore privato»). A tale riguardo la Commissione evidenzia, ai punti da 120 a 122 della decisione controversa, che un venditore privato può accettare un'offerta inferiore a quella più elevata in due ipotesi.

14 La prima riguarda la situazione in cui è chiaro che la cessione al maggior offerente non è realizzabile, il che implica, se del caso, l'esame della sicurezza dell'operazione attraverso la solidità economica del consorzio e la probabilità che quest'ultimo non ottenga la necessaria autorizzazione della Finanzmarktaufsicht (autorità austriaca di sorveglianza dei mercati finanziari; in prosieguo: la «FMA»). Orbene, a parere della Commissione, non solo non sussisteva alcuna ragione per dubitare del fatto che il consorzio fosse in grado di versare il prezzo di acquisto di EUR 155 milioni da esso proposto, ma nulla sta ad indicare né a dimostrare che la FMA avrebbe vietato la cessione della BB al consorzio.

15 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 venditore privato avrebbe tenuto conto, il che, secondo la Commissione, esclude i rischi derivanti da un obbligo di versamento di una garanzia che dev'essere qualificata come aiuto di Stato eventualmente in vigore, quale l'Ausfallhaftung.

16 La Commissione precisa su questo punto che dalla giurisprudenza risulta che il ruolo dello Stato in quanto venditore di un'impresa, da un lato, e gli obblighi ad esso incombenti in quanto autorità pubblica, dall'altro lato, non debbono essere confusi. Orbene, nessun venditore privato avrebbe sottoscritto una garanzia che non avesse rispettato le condizioni del mercato e la decisione circa la soppressione dell'Ausfallhaftung conferma che quest'ultima non rientra tra simili condizioni.

17 In tali circostanze, al punto 175 della decisione controversa, la Commissione ha constatato che la Repubblica d'Austria ha illegalmente concesso un aiuto di Stato alla GRAWE in relazione alla privatizzazione della BB, in violazione dell'articolo 88, paragrafo 3, CE, e che tale aiuto non è compatibile con il mercato comune. Pertanto, gli articoli 1, 2 e 4 di detta decisione sono così formulati:

«*Articolo 1*

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 [punti] 167-174 della presente decisione.

Articolo 2

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

(…)

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;

(...)».

Procedimento dinanzi al Tribunale e le sentenze Burgenland e GRAWE

18 Con atti introduttivi depositati presso la cancelleria del Tribunale rispettivamente l'11, il 15 e il 17 luglio 2008, il Land Burgenland, la Repubblica d'Austria e la GRAWE hanno presentato ricorsi diretti all'annullamento della decisione controversa (cause T-268/08, T-281/08 e T-282/08 rispettivamente).

19 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 e della sentenza.

20 A sostegno dei loro ricorsi, il Land Burgenland e la Repubblica d'Austria hanno dedotto nove motivi. Tra essi figuravano in particolare i motivi relativi:

— il primo, all'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 gara di appalto per la privatizzazione di tale banca;

— il terzo, all'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;

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

— il settimo, all'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, e

— l'ottavo, all'erronea valutazione dell'emissione di titoli nell'ambito dell'Ausfallhaftung al momento della privatizzazione della BB.

21 A sostegno del proprio ricorso, la GRAWE ha dedotto diversi motivi, taluni dei quali vertevano sull'erronea applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, CE, anzitutto nella determinazione del prezzo di mercato della BB, poi, sul rifiuto di tenere conto della Ausfallhaftung e, infine, sul fatto che la Commissione ha negato la possibilità di una differenza negativa a livello del prezzo di acquisto.

22 Con le sentenze Burgenland e GRAWE, il Tribunale ha respinto tutti i ricorsi di cui era investito. In particolare, esso ha sostanzialmente dichiarato:

— che la Commissione poteva, nel caso di specie, fondarsi esclusivamente sull'offerta presentata dal consorzio per determinare il prezzo di mercato della BB e che non era necessario ricorrere a perizie;

— che senza incorrere in errore 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 – poteva giustificare l'esclusione di quest'ultimo quale acquirente;

— che non può addebitarsi alla Commissione di avere escluso di prendere in considerazione l'Ausfallhaftung nell'ambito delle valutazioni delle offerte, in quanto si tratta di un aiuto di Stato che non è stato sottoscritto alle condizioni normali del mercato e, pertanto, non può essere presa in considerazione nella valutazione del comportamento delle autorità alla luce del criterio del venditore privato, e

— che la valutazione dell'emissione di titoli nell'ambito della Ausfallhaftung non è erronea, dal momento che era accertato che il consorzio non avesse tenuto conto, nella sua offerta, dei titoli supplementari del valore di EUR 380 milioni e che non era neanche dimostrato che la GRAWE non avesse beneficiato, a causa di detti titoli supplementari, di un vantaggio complementare, né che qualunque vantaggio sia stato altrimenti neutralizzato.

Procedimento dinanzi alla Corte

23 Con atto depositato presso la cancelleria della Corte il 25 luglio 2012, la Repubblica federale di Germania ha chiesto di intervenire nelle cause C-214/12 P e C-223/12 P a sostegno delle conclusioni, rispettivamente, del Land Burgenland e della Repubblica d'Austria.

24 Con ordinanze del 20 settembre 2012, il presidente della Corte ha ammesso la Repubblica federale di Germania ad intervenire nelle suddette cause.

25 Con ordinanza del presidente della Corte del 26 settembre 2012, le cause C-214/12 P, C-215/12 P e C-223/12 P sono state riunite ai fini della fase orale e della sentenza.

Conclusioni delle parti

26 Il Land Burgenland e la Repubblica d'Austria chiedono che la Corte voglia:

— in via principale, annullare la sentenza Burgenland, statuire definitivamente sulla controversia dichiarando la nullità della decisione controversa e condannare la Commissione alle spese del presente procedimento nonché di quello dinanzi al Tribunale, e

— in via subordinata, annullare la sentenza Burgenland, rinviare la causa dinanzi al Tribunale e riservare le spese.

27 La GRAWE chiede che la Corte voglia:

— in via principale, annullare la sentenza GRAWE, statuire definitivamente sulla controversia dichiarando la nullità della decisione controversa e condannare la Commissione alle spese del presente procedimento nonché di quello dinanzi al Tribunale, e

— in via subordinata, annullare la sentenza GRAWE, rinviare la causa dinanzi al Tribunale e riservare le spese.

28 La Commissione chiede che la Corte voglia:

— in via principale, respingere le impugnazioni e condannare il Land Burgenland, la GRAWE nonché la Repubblica d'Austria alle spese, e

— in via subordinata, dichiarare che lo stato degli atti nella causa C-215/12 P consente di statuire sulla controversia, respingere il ricorso nella causa T-282/08 in quanto infondato e condannare la GRAWE alle spese.

Sulle impugnazioni

29 Il Land Burgenland, la GRAWE e la Repubblica d'Austria deducono rispettivamente quattro, tre e due motivi a sostegno delle loro impugnazioni.

30 Dal momento che i motivi fatti valere nelle tre impugnazioni sono identici o simili, è opportuno trattarli congiuntamente. Pertanto, occorre esaminare, in primo luogo, il secondo motivo dell'impugnazione del Land Burgenland e il primo motivo delle impugnazioni della GRAWE e della Repubblica d'Austria, relativi alla pertinenza, ai fini della valutazione delle offerte per la BB, dei rischi connessi alla Ausfallhaftung.

Sui motivi relativi alla pertinenza, ai fini della valutazione delle offerte presentate per la BB, dei rischi connessi alla Ausfallhaftung

Argomenti delle parti

31 Il Land Burgenland, con il secondo motivo della sua impugnazione, nonché la Repubblica d'Austria e la GRAWE, con il primo motivo delle loro impugnazioni, sostengono che il Tribunale ha violato l'articolo 87, paragrafo 1, CE dichiarando che la Commissione non è incorsa in errori di diritto avendo omesso di tener conto, nella valutazione delle offerte fatte per l'acquisto della BB, dei rischi connessi alla Ausfallhaftung.

32 In primo luogo, ad avviso del Land Burgenland e della Repubblica d'Austria, il Tribunale a torto si è fondato, ai punti da 154 a 158 della sentenza Burgenland, sulle sentenze del 14 settembre 1994, Spagna/Commissione (da C-278/92 a C-280/92, Racc. pag. I-4103), e del 28 gennaio 2003, Germania/Commissione (C-334/99, Racc. pag. I-1139), che operano una distinzione tra gli obblighi a carico dello Stato agente in quanto pubblico potere e quelli ad esso incombenti in qualità di proprietario e azionista di una società. Orbene, dal momento che l'Ausfallhaftung istituisce una garanzia di diritto privato remunerata, i rischi ad essa connessi sarebbero a carico del Land Burgenland in quanto proprietario e azionista della BB. Inoltre, all'epoca, quest'ultima non sarebbe stata un'impresa in difficoltà, contrariamente alle circostanze all'origine della sentenza Germania/Commissione, citata.

33 Nella loro replica, limitata all'incidenza della sentenza del 5 giugno 2012, Commissione/EDF (C-124/10 P), sulle cause che hanno dato luogo alle presenti impugnazioni, il Land Burgenland e la Repubblica d'Austria precisano che da tale sentenza risulta che uno Stato membro non agisce in qualità di autorità pubblica solo perché concede risorse nell'esercizio di prerogative della pubblica amministrazione. Pertanto, la circostanza che il Land Burgenland abbia contrattato le sue obbligazioni nei confronti della BB per mezzo di una legge non può prevalere sul fatto che esse incombono al Land Burgenland nella sua qualità di azionista della BB. Inoltre, dal momento che la Commissione non ha effettuato una valutazione globale di tutti gli elementi pertinenti richiesta dalla sentenza Commissione/EDF, citata, il Tribunale non avrebbe potuto ritenere che il Land Burgenland fosse vincolato alla Ausfallhaftung in quanto esercente prerogative di potere pubblico.

34 In secondo luogo, il Tribunale a torto avrebbe omesso di tener conto delle sentenze del Tribunale del 15 settembre 1998, BP Chemicals/Commissione (T-11/95, Racc. pag. II-3235), nonché del 2 marzo 2012, Paesi Bassi e ING Groep/Commissione (T-29/10 e T-33/10), dalle quali risulterebbe che, nel valutare una misura a titolo del criterio dell'investitore privato, deve tenersi conto degli aiuti concessi precedentemente, per accertare l'esistenza e, eventualmente, la portata di un aiuto. Orbene, sarebbe pacifico che l'Ausfallhaftung era un aiuto esistente e legale che, pertanto, occorreva prenderla in considerazione.

35 In terzo luogo, l'unità e la coerenza del diritto dell'Unione esigerebbero di tener conto della Ausfallhaftung. Infatti, sarebbe incoerente, da un lato, ammettere la legalità della Ausfallhaftung nonché imporre al Land Burgenland di limitarla al minimo necessario e, dall'altro, proibirgli di tener conto dei rischi ad essa connessi al momento della vendita della BB. Una simile interpretazione dell'articolo 87, paragrafo 1, CE renderebbe impossibile, in pratica, la privatizzazione di imprese pubbliche.

36 In quarto luogo, il punto 158 della sentenza Burgenland sarebbe incomprensibile, dato che si riferirebbe alle «caratteristiche qui sopra descritte» per stabilire che la Ausfallhaftung non è stata sottoscritta alle condizioni normali del mercato. Infatti, una simile constatazione non risulterebbe da alcuna delle caratteristiche della Ausfallhaftung descritte in tale sentenza.

37 La GRAWE addebita al Tribunale, in primo luogo, di avere applicato la sentenza Spagna/Commissione, citata, in modo incorretto. Il Land Burgenland avrebbe posto in essere la Ausfallhaftung per le obbligazioni della BB nell'ambito di un'attività economica. Tale responsabilità sarebbe indissolubile dalla decisione adottata, nel 1928, di esercitare attività commerciali nel settore dei servizi finanziari. Orbene, la funzione della Ausfallhaftung sarebbe stata quella di porre capitali propri a disposizione della BB, il che sarebbe economicamente equiparabile all'apertura di una banca sotto forma di una società di persone. Pertanto, la Ausfallhaftung sarebbe un'obbligazione contrattata dal Land Burgenland nella sua qualità di proprietario della BB e, pertanto, sarebbe necessario tenerne conto nell'ambito dell'applicazione del criterio del venditore privato.

38 Nella sua replica, anch'essa limitata all'incidenza sulle presenti cause della sentenza Commissione/EDF, citata, la GRAWE ritiene che da essa discenda che il modo di concessione di un vantaggio, nel caso di specie una legge, non presenta alcuna rilevanza ai fini della questione se tale vantaggio sia stato concesso dallo Stato agente nella sua qualità di potere pubblico o nella sua qualità di azionista. Orbene, il Tribunale, essendosi fondato sul carattere legale della Ausfallhaftung, avrebbe applicato un criterio erroneo. Inoltre, non si sarebbe mai posta la questione se il Land Burgenland abbia assunto a proprio carico la Ausfallhaftung in qualità di azionista. In proposito, la GRAWE ritiene che niente impedisca ad uno Stato membro di perseguire contemporaneamente obiettivi sociali e, come nel caso in esame, obiettivi di redditività. Infatti, il Land Burgenland conseguirebbe dei dividendi corrispondenti a una remunerazione della Ausfallhaftung, che sostituirebbe i fondi propri. Secondo la GRAWE, anche quando un vantaggio riveste il carattere di un aiuto, ciò non esclude che esso sia concesso in qualità di azionista.

39 In secondo luogo, alla diversità di circostanze tra le presenti cause e quella all'origine della sentenza Germania/Commissione, citata, rilevata dal Land Burgenland e dalla Repubblica d'Austria, la GRAWE aggiunge che la Repubblica federale di Germania aveva altresì preso in considerazione i costi di un risanamento del luogo di insediamento e che le misure in tale causa erano state attuate in violazione dell'articolo 88, paragrafo 3, CE.

40 In terzo luogo, la GRAWE fa valere che la sentenza GRAWE viola il principio di certezza giuridica nonché l'imperativo di coerenza. Dal momento che la decisione C(2003) 1329 def. ha accertato la conformità della Ausfallhaftung con il diritto dell'Unione, tutti gli operatori economici dovrebbero potervi fare affidamento anche per quanto riguarda le conseguenze economiche che le sono indissolubilmente connesse. Orbene, la decisione controversa e la sentenza GRAWE avrebbero rimesso in discussione la suddetta decisione.

41 In quarto luogo, per le stesse ragioni invocate dal Land Burgenland e dalla Repubblica d'Austria, la GRAWE ritiene che la sentenza Paesi Bassi e ING Groep/Commissione, citata, imponesse al Tribunale di ammettere la necessità di prendere in considerazione la Ausfallhaftung nella valutazione del criterio del venditore privato.

42 In quinto luogo, la GRAWE sottolinea che l'effetto negativo sulla concorrenza della Ausfallhaftung non ha la stessa portata a seconda che tale garanzia operi concretamente o che si tratti unicamente di un impegno eventuale del Land Burgenland nei confronti della BB. Infatti, pagamenti solo potenziali avrebbero un'incidenza inferiore sulla concorrenza rispetto a pagamenti concreti. Pertanto, quanto intrapreso dal Land Burgenland al fine di evitare il ricorso alla Ausfallhaftung avrebbe avuto il fine di limitare la distorsione della concorrenza sul mercato. Di conseguenza, la posizione del Tribunale nuocerebbe all'effetto utile dell'articolo 87, paragrafo 1, CE.

43 La GRAWE aggiunge che, al momento della crisi finanziaria, numerosi Stati membri hanno fornito capitali a istituti di credito e che, a tali capitali pubblici, dovrebbero essere sostituiti il più rapidamente possibile fondi privati, al fine di tutelare la concorrenza e di ritornare a condizioni normali di funzionamento del mercato. Orbene, la decisione controversa e la sentenza GRAWE ostacolerebbero notevolmente tale processo.

44 Per concludere la propria argomentazione su questo punto, la GRAWE mette in evidenza il fatto che, tenendo conto della Ausfallhaftung, l'offerta della GRAWE era la migliore.

45 La Commissione contesta l'argomentazione sviluppata dal Land Burgenland, dalla Repubblica d'Austria e dalla GRAWE.

Giudizio della Corte

46 Con il loro primo argomento il Land Burgenland, la Repubblica d'Austria e la GRAWE fanno valere, in sostanza, che il Tribunale ha disconosciuto, alla luce delle caratteristiche della Ausfallhaftung, tanto il ruolo del Land Burgenland in quanto proprietario e azionista della BB quanto, così facendo, il criterio dell'investitore privato, quale risulta dalle sentenze citate Spagna/Commissione e Germania/Commissione.

47 In proposito, anzitutto, si deve osservare che, ai punti 155 e 156 della sentenza Burgenland nonché ai punti 128 e 129 della sentenza GRAWE, il Tribunale ha correttamente richiamato la suddetta nozione, quale risulta dalla giurisprudenza della Corte relativa al criterio in discorso.

48 Poi, al punto 157 della sentenza Burgenland e al punto 130 della sentenza GRAWE, conformemente a detta giurisprudenza, il Tribunale ha ritenuto che, nell'ambito dell'applicazione del criterio dell'investitore privato, occorresse determinare se le misure di cui trattasi sarebbero rientrate tra quelle che un simile investitore, che conta di realizzare, più o meno a lungo termine, utili, avrebbe potuto concedere.

49 Infine, al punto 158 della sentenza Burgenland e al punto 131 della sentenza GRAWE, il Tribunale ha rilevato, nella sua valutazione insindacabile dei fatti, che, in considerazione delle sue caratteristiche, la Ausfallhaftung non è stata sottoscritta alle condizioni normali del mercato.

50 Ciò premesso, ai punti 158 e 159 della sentenza Burgenland e al punto 131 della sentenza GRAWE, il Tribunale ha giustamente concluso che la Ausfallhaftung non poteva essere presa in considerazione nella valutazione del comportamento delle autorità austriache alla luce del criterio del venditore privato e che, conseguentemente, non poteva addebitarsi alla Commissione di aver escluso la pertinenza della Ausfallhaftung al momento della valutazione delle offerte presentate rispettivamente dal consorzio e dalla GRAWE.

51 Inoltre, per quanto attiene all'incidenza della sentenza Commissione/EDF, citata, occorre rilevare che questa concerneva principalmente l'applicabilità, esclusa dalla Commissione nella decisione di cui trattasi nella causa all'origine di tale sentenza, del criterio dell'investitore privato alle circostanze della causa stessa e non all'applicazione in concreto di questo stesso criterio (v. sentenza Commissione/EDF, cit., punto 75). Tuttavia, nelle cause qui in esame è pacifico che la Commissione ha applicato il criterio del venditore privato ed è proprio la conferma operata dal Tribunale del modo in cui tale criterio è stato attuato dalla Commissione che il Land Burgenland, la Repubblica d'Austria e la GRAWE contestano.

52 Orbene, quanto all'applicazione del criterio di cui trattasi, la sentenza Commissione/EDF citata, ha confermato la giurisprudenza risultante, in particolare, dalle summenzionate sentenze Spagna/Commissione e Germania/Commissione, secondo cui, ai fini della valutazione della questione se la stessa misura sarebbe stata attuata, nelle normali condizioni di mercato, da un venditore privato operante in una situazione la più analoga possibile a quella dello Stato, devono essere presi in considerazione unicamente i benefici e gli obblighi connessi alla posizione di quest'ultimo nella sua qualità di azionista, ad esclusione di quelli connessi alla sua qualità di potere pubblico (v., in questo senso, sentenza Commissione/EDF, cit., punto 79).

53 Con la sentenza Commissione/EDF, citata, la Corte ha inoltre precisato che, nell'ambito di tale valutazione, la forma della messa a disposizione di un vantaggio e la natura dei mezzi dell'intervento statale sono indifferenti, allorché lo Stato membro interessato abbia concesso tale vantaggio della sua qualità di azionista dell'impresa di cui trattasi (v. sentenza Commissione/EDF, punti 91 e 92).

54 Relativamente all'esame effettuato in proposito dal Tribunale, dalle sentenze Burgenland e GRAWE risulta che il Tribunale non ha fondato il rigetto delle pretese del Land Burgenland, della Repubblica d'Austria e della GRAWE sull'origine legale della Ausfallhaftung, contrariamente a quanto asseriscono questi ultimi. Difatti, il Tribunale ha verificato se la Ausfallhaftung dovesse essere presa in considerazione nell'applicazione del criterio del venditore privato ed ha rilevato che un venditore privato non avrebbe sottoscritto una simile garanzia.

55 Orbene, il Land Burgenland, la Repubblica d'Austria e la GRAWE non invocano alcun argomento atto a rimettere in discussione il suddetto rilievo, ma essi stessi sostengono che la Ausfallhaftung costituisce un aiuto di Stato, come del resto constatato dalla Commissione nella decisione C(2003) 1329 def.

56 In tali circostanze, e dal momento che, con la concessione di un aiuto, uno Stato membro persegue, per definizione, obiettivi diversi dalla redditività dei mezzi accordati ad un'impresa che gli appartiene, si deve ritenere che tali mezzi siano, in linea di principio, concessi dallo Stato esercente le sue prerogative di potere pubblico.

57 Per quanto riguarda l'argomento fatto valere dal Land Burgenland, dalla Repubblica d'Austria e dalla GRAWE, secondo cui, con la Ausfallhaftung, il Land Burgenland perseguiva nondimeno obiettivi di redditività o, quanto meno, mirava anche a tali obiettivi, si deve rammentare che, qualora uno Stato membro invochi un criterio come quello del venditore privato, incombe al medesimo, in caso di dubbio, provare inequivocabilmente, e sulla base di elementi oggettivi e verificabili, che la misura attuata sia riconducibile alla sua qualità di azionista (v., in questo senso, sentenza Commissione/EDF, citata, punto 82).

58 Tali elementi devono fare chiaramente apparire che lo Stato membro interessato ha preso, preliminarmente o simultaneamente alla concessione del beneficio economico, la decisione di procedere, con la misura effettivamente posta in essere, ad un investimento nell'impresa pubblica controllata (sentenza Commissione/EDF, cit., punto 83).

59 A tal riguardo possono risultare necessari, segnatamente, elementi da cui emerga che tale decisione è fondata su valutazioni economiche analoghe a quelle che, nelle circostanze della specie, un venditore privato razionale, che si fosse trovato in una situazione la più analoga possibile a quella dello Stato membro in questione, avrebbe fatto accertare, prima di procedere all'investimento, al fine di determinare la redditività futura dell'investimento stesso (v., in questo senso, sentenza Commissione/EDF, cit., punto 84).

60 Solo quando lo Stato membro interessato presenti alla Commissione elementi del genere richiesto, spetta a quest'ultima operare una valutazione globale prendendo in considerazione, oltre agli elementi forniti dallo Stato membro stesso, qualsiasi altro elemento pertinente nella specie che le consenta di accertare se la misura in questione sia riconducibile alla qualità di azionista o a quella di potere pubblico dello Stato membro medesimo (v., in questo senso, sentenza Commissione/EDF, cit., punto 86).

61 Tuttavia, né durante il procedimento amministrativo né dinanzi al Tribunale, il Land Burgenland, la Repubblica d'Austria e la GRAWE hanno invocato elementi dai quali emergesse che l'istituzione o il mantenimento della Ausfallhaftung erano fondati su valutazioni economiche realizzate dal Land Burgenland per accertarne la redditività. Ne consegue che la Commissione non era tenuta ad effettuare una simile valutazione globale relativamente alla Ausfallhaftung e che le sentenze Burgenland e GRAWE non sono viziate da errori su questo punto.

62 Per quanto riguarda l'argomento secondo cui il Tribunale non avrebbe tenuto conto delle sentenze citate BP Chemicals/Commissione nonché Paesi Bassi e ING Groep/Commissione, alle quali si riferiscono il Land Burgenland, la Repubblica d'Austria e la GRAWE, occorre sottolineare che, dal

momento che le circostanze di fatto e di diritto delle cause che hanno condotto alle suddette sentenze divergono in modo sostanziale da quelle all'origine delle presenti controversie, tali sentenze sono prive di pertinenza nel caso di specie.

63 Infine, è sufficiente rilevare che il punto 158 della sentenza Burgenland deve essere letto, in particolare, alla luce dei punti 2, 3 e 149 della stessa sentenza, il che consente di comprendere la portata del suddetto punto 158.

64 Ne risulta che, respingendo le conclusioni del Land Burgenland, della Repubblica d'Austria e della GRAWE, il Tribunale non ha commesso l'errore di diritto addebitatogli da questi ultimi né l'asserita violazione dell'unità e della coerenza del diritto dell'Unione, e neppure una violazione del principio della certezza del diritto o degli obblighi di motivazione ad esso incombenti.

65 Conseguentemente, il secondo motivo dell'impugnazione del Land Burgenland e i primi motivi delle impugnazioni della Repubblica d'Austria e della GRAWE devono essere respinti in quanto infondati.

Sui motivi delle impugnazioni relativi all'incidenza dell'esito e della durata prevedibili del procedimento dinanzi alla FMA sulla valutazione delle offerte del consorzio e della GRAWE

Argomenti delle parti

66 Il Land Burgenland, con il quarto motivo della sua impugnazione, e la Repubblica d'Austria, con il secondo motivo della sua impugnazione, fanno valere che il Tribunale ha violato l'articolo 87, paragrafo 1, CE, dichiarando, ai punti da 106 a 140 della sentenza Burgenland, che la Commissione non è incorsa in errore concludendo che né l'esito incerto né la durata probabilmente maggiore del procedimento dinanzi alla FMA in caso di vendita della BB al consorzio giustificassero la vendita di quest'ultima alla GRAWE.

67 In primo luogo, ai punti 119 e 120 della sentenza Burgenland il Tribunale avrebbe erroneamente ritenuto che gli elementi addotti dal Land Burgenland e dalla Repubblica d'Austria per dimostrare che l'acquisto della BB da parte del consorzio probabilmente non avrebbe potuto essere autorizzato non fossero pertinenti nell'ambito della valutazione delle possibilità di esito positivo della procedura di autorizzazione, in quanto non sarebbe stato specificato se, o in quale misura, tali elementi sarebbero stati presi in considerazione dalla FMA. Tanto la Commissione quanto il Tribunale avrebbero conosciuto dettagliatamente i criteri di autorizzazione applicati dalla FMA e il Land Burgenland nonché la Repubblica d'Austria avrebbero dettagliatamente precisato i punti relativamente ai quali sorgono dubbi rilevanti in merito alla questione se una simile vendita potesse essere oggetto di un'autorizzazione della FMA. Il Tribunale pertanto avrebbe valutato la loro argomentazione in modo manifestamente erroneo e senza motivazione verificabile.

68 Laddove il Tribunale, al punto 121 della sentenza Burgenland, afferma che taluni degli elementi menzionati al punto 119 di detta sentenza costituiscono unicamente «preoccupazioni circa l'avvenire commerciale della BB» che non sono determinanti per un venditore privato, esso avrebbe commesso un errore, in quanto tali elementi sarebbero stati presi in considerazione dalla FMA al momento della procedura di autorizzazione e, pertanto, da un venditore privato. Orbene, alla luce del margine di previsione che il Tribunale avrebbe esplicitamente riconosciuto, al punto 136 della sentenza Burgenland, al Land Burgenland, quest'ultimo poteva ritenere che una vendita al consorzio sarebbe stata probabilmente vietata dalla FMA. La probabilità del 50% sarebbe stata, a tale riguardo, soltanto un'espressione semplificata della circostanza che dai contatti informali con la FMA risultava che una vendita alla GRAWE sarebbe stata autorizzata, mentre, in caso di una vendita al consorzio, l'esito del procedimento sarebbe stato «del tutto aperto».

69 In secondo luogo, il Land Burgenland e la Repubblica d'Austria sostengono, in via principale, che, alla luce di quanto precede, le considerazioni svolte dal Tribunale al punto 132 della sentenza Burgenland, relative all'urgenza della vendita del BB, non sono più pertinenti. In via subordinata essi fanno valere che le considerazioni del Tribunale si poggiano su un'interpretazione errata dell'articolo 87, paragrafo 1, CE, in quanto, dopo due tentativi infruttuosi ed impegnativi in termini di tempo e denaro di privatizzazione della BB e in considerazione tanto della scadenza dell'offerta della GRAWE nel corso di una procedura di autorizzazione da parte della FMA, quanto di un potenziale divieto da parte di quest'ultima di una vendita della BB al consorzio, un venditore privato non avrebbe corso il rischio di un insuccesso di tale terzo tentativo di privatizzazione e, pertanto, non avrebbe venduto la BB al consorzio. Inoltre, contrariamente a quanto avrebbe constatato il Tribunale al suddetto punto 132, il Land Burgenland e la Repubblica d'Austria avrebbero fornito una serie di prove atte a dimostrare che, a causa del protrarsi del procedimento dinanzi alla FMA, la privatizzazione della BB sarebbe stata compromessa. Pertanto, il Tribunale avrebbe valutato i fatti in modo incompleto ed avrebbe omesso di motivare correttamente la sentenza Burgenland.

70 In terzo luogo, il Land Burgenland e la Repubblica d'Austria ritengono che il Tribunale abbia a torto limitato l'esame da esso effettuato all'individuazione di errori manifesti di valutazione. Conformemente alla giurisprudenza della Corte e all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il Tribunale avrebbe avuto l'obbligo di effettuare un controllo giurisdizionale circostanziato.

71 La Commissione contesta l'argomentazione del Land Burgenland e della Repubblica d'Austria. In particolare, essa rileva innanzitutto che, con i loro motivi, questi non addebitano al Tribunale uno snaturamento dei fatti e ritiene che, pertanto, le loro conclusioni siano inconferenti.

Giudizio della Corte

72 Innanzitutto, si deve necessariamente rilevare che la questione riguardante la misura in cui gli elementi di prova prodotti nel corso del procedimento amministrativo dimostrino o meno, in base alla normativa nazionale applicabile, la probabilità di un divieto da parte della FMA di una vendita della BB al consorzio rientra nella valutazione insindacabile dei fatti da parte del Tribunale. Lo stesso vale per quanto riguarda gli effetti della durata del procedimento dinanzi alla FMA sulle prospettive di privatizzazione della BB.

73 Pertanto, dal momento che al proposito non è stato invocato alcuno snaturamento degli elementi di prova pertinenti, le suddette conclusioni del Land Burgenland e della Repubblica d'Austria sono irricevibili (v., in questo senso, sentenze del 18 maggio 2006, Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Commissione, C-397/03 P, Racc. pag. I-4429, punto 85, nonché del 29 marzo 2011, ThyssenKrupp Nirosta/Commissione, C-352/09 P, Racc. pag. I-2359, punto 180).

74 In secondo luogo, relativamente all'argomento addotto dal Land Burgenland e dalla Repubblica d'Austria secondo cui, per quanto riguarda gli elementi di prova prodotti dinanzi al Tribunale, questo ha erroneamente escluso, ai punti 120 e 121 della sentenza Burgenland, la pertinenza degli indizi di cui al punto 119 di questa, anche se dagli elementi di prova prodotti dinanzi al Tribunale risulta che, contrariamente a quanto esso ha constatato ai punti 120 e 121 della sentenza Burgenland, la FMA avrebbe preso in considerazione il piano d'affari del consorzio. Tuttavia, da ciò non emerge che gli indizi menzionati al suddetto punto 119, diversi da quelli relativi a tale piano d'affari, sarebbero stati presi in considerazione dalla FMA.

75 Inoltre, si deve rilevare che i criteri di ponderazione dei differenti indizi presi in considerazione dalla FMA non risultano da detti elementi di prova, di modo che non vi sono elementi che consentano di accertare in quale misura il predetto piano d'affari sarebbe stato determinante nella valutazione che la FMA doveva effettuare.

76 In tali circostanze, si deve necessariamente rilevare che l'asserito snaturamento, ai punti 120 e 121 della sentenza Burgenland, degli elementi di prova non è dimostrato, dal momento che esso non risulta manifestamente dai documenti del fascicolo (v., in questo senso, sentenza del 27 ottobre 2011, Austria/Scheucher-Fleisch e a., C-47/10 P, Racc. pag. I-10707, punto 59 e giurisprudenza ivi citata).

77 In terzo luogo, l'esame da parte della Commissione della questione se determinate misure possano essere considerate aiuti di Stato, in quanto le pubbliche autorità non avrebbero agito come un venditore privato, richiede che si proceda ad una valutazione economica complessa (v., in questo senso, sentenze del 22 novembre 2007, Spagna/Lenzing, C-525/04 P, Racc. pag. I-9947, punto 59, e del 24 gennaio 2013, Frucona Košice/Commissione, C-73/11 P, punto 74).

78 A questo riguardo va ricordato che, nell'ambito del controllo che i giudici dell'Unione esercitano sulle valutazioni economiche complesse compiute dalla Commissione nel settore degli aiuti di Stato, non spetta al giudice dell'Unione sostituire la propria valutazione economica a quella della Commissione (v., in questo senso, sentenze del 2 settembre 2010, Commissione/Scott, C-290/07 P, Racc. pag. I-7763, punti 64 e 66, nonché Frucona Košice/Commissione, cit., punto 75).

79 Tuttavia, 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 (sentenze del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval, C-12/03 P, Racc. pag. I-987, punto 39; Commissione/Scott, cit., punto 65, e Frucona Košice/Commissione, cit., punto 76).

80 Nel caso di specie, dal momento che la Commissione ha effettuato, conformemente a quanto rammentato al punto 77 della presente sentenza, una valutazione economica complessa, l'esame che il Tribunale era tenuto a condurre era limitato a quanto indicato al punto precedente. Orbene, è giocoforza rilevare che l'esame effettuato del Tribunale ai punti 109 e seguenti della sentenza Burgenland è conforme ai requisiti del controllo giurisdizionale che esso doveva operare, contrariamente a quanto asseriscono il Land Burgenland e la Repubblica d'Austria.

81 In quarto luogo, per quanto riguarda l'asserita violazione dell'obbligo di motivazione che il Land Burgenland e la Repubblica d'Austria addebitano al Tribunale, da quanto precede nonché da una semplice lettura del punto 132 della sentenza Burgenland si evince che il ragionamento del Tribunale, ai punti 120, 121 e 132 di detta sentenza, è tale da consentire tanto ai ricorrenti di conoscere i motivi per cui il Tribunale ha respinto le loro argomentazioni quanto alla Corte di disporre degli elementi sufficienti per esercitare il suo controllo giurisdizionale in sede di impugnazione e, pertanto, è conforme ai requisiti elaborati dalla giurisprudenza costante della Corte in materia (v., in questo senso, segnatamente, sentenza del 21 dicembre 2011, A2A/Commissione, C-320/09 P, punto 97).

82 Ne consegue che il quarto motivo dell'impugnazione del Land Burgenland e il secondo motivo dell'impugnazione della Repubblica d'Austria devono essere respinti in quanto in parte irricevibili e in parte infondati.

Sui motivi delle impugnazioni vertenti sul carattere determinante o meno dell'offerta del consorzio per la valutazione del prezzo di mercato della BB

Argomenti delle parti

83 Il Land Burgenland, con il terzo motivo della sua impugnazione, sostiene che il Tribunale ha violato l'articolo 87, paragrafo 1, CE dichiarando, ai punti da 69 a 73 e da 87 a 91 della sentenza Burgenland, che la Commissione non è incorsa in errore avendo determinato il valore di mercato della BB sulla base dell'offerta del consorzio, senza tener conto delle perizie indipendenti in suo possesso e non facendo redigere alcuna altra perizia.

84 In primo luogo, il Tribunale avrebbe erroneamente considerato che la Commissione non era incorsa in un errore manifesto di valutazione avendo determinato il prezzo di mercato della BB sul solo fondamento dell'offerta del consorzio. Infatti, secondo il Land Burgenland, dalla giurisprudenza risulta che sussistono altri metodi che riflettono il prezzo di mercato reale dell'oggetto da vendere. Dato che le offerte presentate non costituiscono, in tutti i casi, la migliore stima approssimativa di tale prezzo, il Tribunale avrebbe dovuto verificare se ciò si verificasse relativamente a detta offerta. Orbene, quest'ultimo non avrebbe proceduto a una simile verifica nella sentenza Burgenland, che si limiterebbe a menzionare la decisione controversa.

85 In secondo luogo, il Land Burgenland ritiene che il Tribunale abbia snaturato la decisione controversa, la quale accerterebbe che la gara d'appalto era irregolare, a causa dell'esistenza della condizione illecita diretta ad evitare il ricorso alla Ausfallhaftung, e che si è contraddetto avendo ritenuto allo stesso tempo che la gara d'appalto fosse irregolare, a motivo della suddetta condizione illecita, e non condizionata. Orbene, tale carattere irregolare della suddetta gara avrebbe inficiato l'offerta del consorzio.

86 In terzo luogo, il Tribunale avrebbe valutato in maniera erronea l'argomentazione del Land Burgenland e si sarebbe astenuto dall'esaminare i fatti, avendo rilevato, al punto 90 della sentenza Burgenland, che l'irregolarità che viziava la gara d'appalto non aveva potuto incidere sull'importo delle offerte. Infatti, il Tribunale si sarebbe limitato a riferirsi alla decisione controversa senza aver effettuato verifiche proprie, in particolare senza avere valutato se la Commissione avesse preso in considerazione l'insieme degli elementi pertinenti. Tuttavia, quest'ultima si sarebbe essa stessa limitata a rilevare che le suddette condizioni non avevano cagionato una distorsione delle offerte verso il basso, ma avrebbe omesso di valutare se esse avessero comportato una siffatta distorsione verso l'alto. Il Land Burgenland avrebbe sottolineato in primo grado che l'offerta del consorzio era fino al 200% superiore al valore della BB e, quindi, non realistica.

87 In quarto luogo, se il punto 89 della sentenza Burgenland dovesse essere inteso nel senso che l'offerta del consorzio avrebbe dovuto essere presa in considerazione nonostante il suo carattere eccessivo, non riflettendo il prezzo di mercato della BB, allora il Tribunale avrebbe operato considerazioni contraddittorie. Infatti, non sarebbe coerente prendere in considerazione le distorsioni verso il basso, ma non quelle verso l'alto, benché risultino dalle stesse circostanze.

88 In quinto luogo, le considerazioni esposte al suddetto punto 89 violerebbero il principio della parità di trattamento della proprietà pubblica e privata sancito dall'articolo 345 TFUE. Le carenze rilevate dalla Commissione sarebbero state fondate sulla condizione relativa alla necessità di evitare il ricorso alla Ausfallhaftung. Orbene, anche se il Land Burgenland non poteva prendere in considerazione, ad avviso della Commissione e del Tribunale, i rischi risultanti dalla Ausfallhaftung, esso doveva necessariamente poter ignorare l'aumento dell'offerta del consorzio, imputabile a tali rischi, che rendeva tale offerta eccessiva. Escludendo tale elemento, il Tribunale avrebbe svantaggiato il Land Burgenland rispetto a venditori privati.

89 La GRAWE, con il secondo motivo della sua impugnazione, ritiene altresì che i risultati di una procedura di gara d'appalto siano un indicatore valido del prezzo di mercato solo quando la gara d'appalto è aperta, trasparente e non condizionata. Orbene, secondo la Commissione e il Tribunale, tale requisito centrale non era soddisfatto nella privatizzazione della BB, a causa della condizione relativa alla necessità di evitare il ricorso alla Ausfallhaftung. Inoltre, detta condizione avrebbe provocato una distorsione dell'offerta del consorzio verso l'alto, come illustrato dalla GRAWE dinanzi al Tribunale. Tuttavia, quest'ultimo non avrebbe esaminato tale argomentazione, ma si sarebbe limitato a citare la posizione della Commissione, senza aver verificato l'esattezza dell'analisi di quest'ultima, che avrebbe del pari omesso di verificare la sussistenza di una distorsione dell'offerta del consorzio verso l'alto.

90 La GRAWE sottolinea che, contrariamente a quanto asserito dalla Commissione dinanzi al Tribunale, una distorsione del prezzo del mercato della BB verso l'alto sarebbe rilevante, in quanto, nell'ambito dell'applicazione del criterio dell'investitore privato, il prezzo del mercato corrisponderebbe al prezzo più elevato che un investitore privato operante in normali condizioni di concorrenza sarebbe disposto a pagare. Pertanto, il Tribunale avrebbe dovuto dichiarare che, nell'ambito del suo obbligo di esaminare con cura e in modo imparziale la causa, la Commissione avrebbe dovuto fare ricorso ad altri metodi di determinazione del prezzo di mercato.

91 La Commissione contesta l'argomentazione del Land Burgenland e della GRAWE.

Giudizio della Corte

92 Da costante giurisprudenza della Corte risulta che il prezzo di mercato è il prezzo più elevato che un investitore privato operante in normali condizioni di concorrenza è disposto a pagare per una società nella situazione in cui essa si trova (v. sentenze del 20 settembre 2001, Banks, C-390/98, Racc. pag. I-6117, punto 77, e del 29 aprile 2004, Germania/Commissione, C-277/00, Racc. pag. I-3925, punto 80).

93 Ai fini della verifica del prezzo di mercato, le autorità nazionali possono prendere in considerazione, segnatamente, la forma utilizzata per la cessione di una società, per esempio quella dell'asta pubblica, che si presume garantisca una vendita alle condizioni di mercato, o una perizia eventualmente predisposta in occasione della cessione (v., in questo senso, sentenza del 13 novembre 2008, Commissione/Francia, C-214/07, Racc. pag. I-8357, punti 59 e 60).

94 Ne consegue che, ai punti 70 e 87 della sentenza Burgenland e al punto 77 della sentenza GRAWE, il Tribunale ha correttamente ritenuto che, quando una pubblica autorità procede alla vendita di un'impresa che le appartiene tramite una gara di appalto aperta, trasparente e non condizionata, si può presumere che il prezzo di mercato corrisponda 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.

95 Infatti, in simili condizioni, la Commissione non può essere tenuta a ricorrere, ai fini della verifica del prezzo di mercato, ad altri strumenti, come perizie indipendenti.

96 Il Tribunale ha altresì correttamente dichiarato, al punto 90 della sentenza Burgenland e al punto 81 della sentenza GRAWE, che l'offerta più elevata presentata nell'ambito di una gara d'appalto irregolare a causa di condizioni illecite può nondimeno corrispondere al prezzo di mercato, allorché le carenze che inficiano le condizioni della gara di appalto non hanno influito sull'importo di tale offerta, provocandone una diminuzione.

97 Nel caso di specie, da un lato, la Commissione ha verificato, nell'ambito della sua valutazione economica complessa della questione se il Land Burgenland si fosse comportato come un venditore privato, se i vizi del procedimento di gara d'appalto rilevati abbiano avuto un'incidenza sul risultato di tale procedura ed ha rilevato, in particolare sulla base delle osservazioni del consorzio secondo cui quest'ultimo considerava le condizioni illecite controverse non più applicabili per l'avvenire, che tali vizi non hanno comportato una diminuzione dell'importo dell'offerta più elevata.

98 Dall'altro lato, poiché il Land Burgenland e la GRAWE non hanno sollevato alcun argomento dinanzi al Tribunale diretto a dimostrare che la suddetta valutazione della Commissione fosse errata, a quest'ultimo non può addebitarsi di aver confermato quanto constatato dalla Commissione senza aver effettuato verifiche proprie.

99 Per quanto riguarda l'argomento fatto valere dal Land Burgenland e dalla GRAWE, secondo cui la Commissione ha omesso di esaminare una distorsione verso l'alto dell'importo dell'offerta più elevata e il Tribunale si è astenuto dal censurare tale omissione, è sufficiente rilevare che il Tribunale ha giustamente considerato, al punto 89 della sentenza Burgenland, che il venditore privato in economia di mercato opterà in linea di principio per l'offerta di acquisto più elevata quando questa ha valore di impegno ed è credibile, indipendentemente dalle ragioni che hanno indotto l'acquirente potenziale a proporre detta offerta e che, di conseguenza, l'affermazione secondo la quale l'importo dell'offerta presentata dal consorzio sarebbe esorbitante deve essere respinta.

100 Da quanto precede risulta che il terzo motivo dell'impugnazione del Land Burgenland e il secondo motivo dell'impugnazione della GRAWE devono essere respinti in quanto infondati.

Sui motivi delle impugnazioni vertenti sulla valutazione delle emissioni privilegiate per l'ammontare di EUR 320 milioni

Argomenti delle parti

101 Il Land Burgenland, con il primo motivo della sua impugnazione, lamenta che il Tribunale ha violato il suo diritto ad essere sentito avendo omesso di valutare la sua argomentazione secondo cui la Commissione avrebbe dovuto prendere in considerazione, al punto 171 della decisione controversa, non solo i vantaggi risultanti dall'emissione di titoli «supplementari» del valore di EUR 380 milioni, ma anche quelli connessi all'emissione di titoli per un valore di EUR 320 milioni. Inoltre, esso sostiene di aver richiamato l'attenzione del Tribunale su tale argomentazione nelle proprie osservazioni circa la relazione d'udienza, dal momento che essa non vi figurava.

102 Orbene, dal momento che la presa in considerazione dei vantaggi connessi all'emissione di titoli per un ammontare di EUR 320 milioni rispettivamente per il consorzio e per la GRAWE farebbe venir meno qualunque elemento d'aiuto nella vendita della BB alla GRAWE, la valutazione di tale argomento avrebbe dovuto condurre all'annullamento della decisione controversa. Infatti, in funzione della loro differenza di quotazione e, quindi, delle loro classi di rischio, il consorzio avrebbe beneficiato, a seguito di detta emissione di titoli, di un vantaggio di rifinanziamento di almeno EUR 43,5 milioni, mentre tale vantaggio sarebbe stato soltanto compreso tra EUR 3,52 e 8,32 milioni per la GRAWE.

103 Il Land Burgenland precisa che non può ritenersi che tali argomentazioni siano valutate ai punti 171 e 72 della sentenza Burgenland, dal momento che tali punti le disattendono e dato che, per di più, il punto 171 è inficiato da un vizio di motivazione.

104 Il Land Burgenland aggiunge che la valutazione del Tribunale, ai punti da 168 a 172 della sentenza Burgenland, del resto della sua argomentazione relativa all'ottavo motivo di ricorso si fonda su una motivazione ed un apprezzamento giuridico insufficienti, sul disconoscimento delle prove da esso

fornite, su una contraddizione con le osservazioni contenute al punto 148 della decisione controversa e su un'omessa verifica della questione se tale decisione fosse fondata su una valutazione di tutti gli elementi di prova rilevanti.

105 Con il terzo motivo della sua impugnazione, la GRAWE asserisce di aver fatto valere in primo grado che, in funzione della loro diversa quotazione e, quindi, delle classi di rischio a cui appartenevano la GRAWE stessa e il consorzio, quest'ultimo ha beneficiato, in conseguenza della predetta emissione di titoli per un valore di EUR 320 milioni, di un vantaggio di rifinanziamento pari a EUR 42,5 milioni, mentre il vantaggio che la GRAWE ha tratto dall'emissione di tutti i titoli per un valore di EUR 700 milioni è stato solo pari a EUR 1,6 milioni, cosicché il prezzo di acquisto offerto dai due concorrenti avrebbe dovuto subire un aggiustamento pari a EUR 40,8 milioni a favore della GRAWE. Orbene, nella sentenza GRAWE il Tribunale non avrebbe esaminato tale argomentazione.

106 Ad avviso della GRAWE, tale omissione non può essere giustificata con il fatto che l'emissione di titoli per un valore di EUR 320 milioni fosse nota al consorzio e alla GRAWE, di modo che essi potevano tenerne conto nelle loro rispettive offerte. Infatti, dato che la Commissione e il Tribunale hanno ritenuto che i vantaggi risultanti dalla Ausfallhaftung non potessero essere valutati nell'ambito del criterio dell'investitore privato, essi avrebbero quindi dovuto essere apprezzati separatamente allo scopo di salvaguardare la coerenza del ragionamento.

107 La Commissione ritiene che l'argomentazione del Land Burgenland e della GRAWE sia irricevibile, in quanto né l'atto introduttivo del ricorso proposto dinanzi al Tribunale dal Land Burgenland né quello della GRAWE contenevano un motivo di annullamento concernente la valutazione delle emissioni privilegiate per l'ammontare di EUR 320 milioni. Pertanto, le osservazioni formulate sulla relazione d'udienza sarebbero state volte ad introdurre un motivo nuovo, che sarebbe irricevibile.

108 In via subordinata, tale istituzione fa valere che l'argomentazione in esame è infondata.

109 In ogni caso, una valutazione da parte del Tribunale dell'argomentazione del Land Burgenland e della GRAWE non avrebbe potuto condurre ad una modifica del dispositivo delle sentenze Burgenland e GRAWE. Infatti, poiché il consorzio e la GRAWE erano a conoscenza dell'emissione di titoli per l'ammontare di EUR 320 milioni, essi ne avrebbero tenuto conto nelle loro rispettive offerte.

Giudizio della Corte

110 In primo luogo, dal fascicolo della causa che ha condotto alla sentenza Burgenland risulta che, sebbene l'argomentazione del Land Burgenland riguardo all'emissione di titoli per EUR 320 milioni non figuri nell'atto introduttivo quale parte distinta dell'ottavo motivo del ricorso proposto da quest'ultimo, essa è tuttavia presente in tale motivo. Orbene, a seguito delle precisazioni in merito alla relazione d'udienza apportate dal Land Burgenland, la presenza e la portata di questa argomentazione, che già figurava nell'atto introduttivo del ricorso, non potevano suscitare alcun dubbio. Pertanto, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, dette precisazioni non possono essere considerate un motivo nuovo, che sarebbe irricevibile.

111 Inoltre, dal fascicolo della causa all'origine della sentenza GRAWE risulta che l'argomentazione in discorso figurava in modo sufficientemente chiaro nel ricorso della GRAWE.

112 Ne consegue che il Tribunale avrebbe dovuto esaminare tale argomentazione tanto nella sentenza Burgenland quanto nella sentenza GRAWE. Tuttavia, contrariamente a quanto afferma la Commissione, dalle sentenze Burgenland e GRAWE non emerge che il Tribunale abbia operato una simile valutazione.

113 Nel caso di specie, pertanto, occorre esaminare detta argomentazione che è, sostanzialmente, riprodotta dal Land Burgenland e dalla GRAWE rispettivamente nel primo e nel terzo motivo delle loro impugnazioni.

114 In proposito è sufficiente ricordare che, al punto 99 della presente sentenza, si è rilevato che il Tribunale ha correttamente ritenuto che il venditore privato in economia di mercato opterà, in linea di principio, per l'offerta di acquisto più elevata quando questa ha valore di impegno ed è credibile, indipendentemente dalle ragioni che hanno indotto l'acquirente potenziale a proporre detta offerta. Infatti, dal punto di vista di un simile venditore privato, le ragioni che conducono un dato offerente a presentare un'offerta di un certo importo non sono determinanti.

115 Nel caso di specie, è pacifico che tanto il consorzio quanto la GRAWE fossero a conoscenza dell'emissione di titoli per l'ammontare di EUR 320 milioni e che, di conseguenza, ne abbiano tenuto conto nelle loro rispettive offerte. Orbene, dal momento che, alla luce di quanto rammentato al punto precedente, non si deve procedere ad un esame dei motivi che hanno condotto l'acquirente potenziale a effettuare l'offerta di acquisto più elevata, ne consegue che, in ogni caso, l'argomentazione relativa ad una simile emissione di titoli non può essere accolta.

116 In particolare, come giustamente rilevato dalla Commissione, dal momento che qualunque elemento delle condizioni di privatizzazione di un'impresa pubblica può presentare vantaggi e svantaggi distinti per ciascuno dei diversi offerenti, l'analisi a cui si riferiscono il Land Burgenland e la GRAWE non può, nel caso di specie, essere circoscritta ai soli effetti dell'emissione di titoli per l'ammontare di EUR 320 milioni, ma dovrebbe parimenti vertere, ad esempio, sui vantaggi fiscali che taluni offerenti potevano trarre dal riporto di perdite fiscali della BB. Orbene, la Commissione non è tenuta ad effettuare una simile analisi dettagliata e differenziata per ciascun offerente.

117 Infatti, conformemente alla giurisprudenza costante della Corte, quando un'impresa viene acquistata al prezzo più elevato che un investitore privato operante in normali condizioni di concorrenza era disposto a pagare per tale società nella situazione in cui essa si trovava, essa è stata valutata al prezzo di mercato e non si può ritenere che il compratore abbia fruito di un vantaggio rispetto agli altri operatori del mercato (v., in questo senso, sentenze citate, Banks, punto 77, e del 29 aprile 2004, Germania/Commissione, punto 80).

118 In secondo luogo, per quanto riguarda le affermazioni del Land Burgenland vertenti sulla valutazione da parte del Tribunale della sua argomentazione relativa all'emissione di titoli per un ammontare di EUR 380 milioni, da un lato, dal punto 165 della sentenza Burgenland risulta che il Tribunale ha tenuto conto di tutta l'argomentazione del Land Burgenland a questo riguardo e che, in particolare, esso ha fatto riferimento agli elementi di prova sui quali quest'ultimo si fonda nell'ambito della propria impugnazione.

119 D'altro lato, dal punto 170 della sentenza Burgenland risulta che il Tribunale ha respinto tale argomentazione ritenendo che, malgrado detti elementi, la Commissione poteva, senza incorrere in errore, fondare la propria conclusione sugli elementi contenuti nella decisione controversa.

120 Pertanto, si deve necessariamente rilevare, innanzitutto, che la suddetta motivazione consente al Land Burgenland di conoscere i motivi per i quali il Tribunale ha respinto tale argomentazione e alla Corte di disporre di elementi sufficienti per esercitare il proprio controllo giurisdizionale. Poi, tale motivazione non contiene né una valutazione giuridica insufficiente, né un disconoscimento delle prove fornite dal Land Burgenland, e neppure un'omessa verifica della questione se la Commissione abbia fondato la decisione controversa su una valutazione del complesso degli elementi di prova rilevanti. Infine, la lettura, in particolare, della prima frase di detto punto 170 non consente di rilevare la sussistenza di una asserita contraddizione tra esso e le affermazioni contenute al punto 148 della decisione controversa.

121 In base a tutte le considerazioni che precedono, il primo motivo dell'impugnazione del Land Burgenland e il terzo motivo dell'impugnazione della GRAWE devono essere respinti in quanto infondati.

122 Nessuno dei motivi invocati dal Land Burgenland, dalla Repubblica d'Austria e dalla GRAWE a sostegno delle loro impugnazioni può essere accolto e, pertanto, queste ultime devono essere respinte.

Sulle spese

123 A norma dell'articolo 184, paragrafo 2, del suo regolamento di procedura, quando l'impugnazione è respinta, la Corte statuisce sulle spese.

124 Ai sensi dell'articolo 138, paragrafo 1, del medesimo regolamento, applicabile al procedimento di impugnazione in forza del successivo articolo 184, paragrafo 1, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Il Land Burgenland, la Repubblica d'Austria e la GRAWE, rimasti soccombenti, devono essere pertanto condannati alle spese, conformemente alla domanda della Commissione.

125 Ai sensi dell'articolo 140, paragrafo 1, del medesimo regolamento, anch'esso applicabile al procedimento d'impugnazione per effetto del suddetto articolo 184, paragrafo 1, gli Stati membri intervenuti nella causa sopportano le proprie spese. Pertanto, occorre decidere che la Repubblica federale di Germania sopporterà le proprie spese.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara e statuisce:

1) Le impugnazioni sono respinte.

2) Il Land Burgenland, la Grazer Wechselseitige Versicherung AG e la Repubblica d'Austria sono condannati alle spese.

3) La Repubblica federale di Germania sopporta le proprie spese.

Firme