

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

M. POIARES MADURO presentate il 24 aprile 2008 1(1)

[Causa C-347/06](#)

[ASM Brescia SpA](#)

[contro](#)

[Comune di Rodengo Saiano](#)

Aggiornamento 25/06/2008

i termini previsti dalle ultime disposizioni di legge sono i seguenti:

1 marzo 2008 predisposizione Bando tipo e criteri di gara da parte del Governo

1 dicembre 2008 definizione Ambiti territoriali minimi, sempre da parte del Governo

1 dicembre 2010 (due anni dal precedente termine) indizione della gara, previa definizione da parte degli enti locali interessati del Bacino ottimale di utenza.

Sulla ordinanza di rimessione del TAR Lombardia Sez. BRESCIA alla Corte di Giustizia UE in data 4 agosto 2006 sulla quale per ora si è pronunciato l'avvocato Poiares Maduro (vedi su questo "sito" il documento 24 aprile 2008) siamo ancora in attesa della decisione della Corte.

La prima e inaspettata decisione del TAR Brescia è l'ordinanza n. 410 che ha rigettato un'istanza di sospensione. E' del 23 maggio 2008 ed ha come estensore il Consigliere dott. Mario Mosconi. La decisione verte sul ricorso di ITALGAS contro il Comune di Brignano Gera d'Adda (BG) che era volta ad ottenere l'annullamento, previa sospensione, del bando di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione gas.

Mentre un altro successivo provvedimento (il secondo) è stato adottato sempre dal TAR Brescia (sentenza n. 566 del 27 maggio 2008) sul ricorso di THUGA OROBICA Spa contro il Comune di Stezzano (BG) per l'annullamento di alcuni provvedimenti quali ad esempio una deliberazione consiliare di indirizzi volta ad avviare la gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, ed inoltre di una deliberazione di Giunta comunale e di una "determina" del dirigente che dava attuazione alle deliberazioni collegiali, oltre, ovviamente al bando di gara.

la sentenza decide senza obra di dubbio sui seguenti punti:

- a. BLOCCO GARE A CAUSA DEGLI "ATO" EX 46 BIS LEGGE 222/ 07: non sussiste
- b. ANTICIPAZIONE GARA (rispetto alla scadenza dell'1.12.2010): ammissibile

c. MANCATA CONCESSIONE DELLA PROROGA DI UN ANNO PER RAGIONI DI INTERESSE PUBBLICO: sempre ammessa; non ha bisogno di motivazione.

d. canoni e valori del rimborso sono altri argomenti interessanti della sentenza. e. canone richiesto: 70% del VRD f. L'accollo in capo al comune (anziché al gestore subentrante) del rimborso che sarebbe spettato al gestore uscente viene ritenuto ammissibile g. la concessione del diritto di prelazione al gestore USCENTE: non è ammissibile anche se previsto nella Convenzione! h. la competenza a deliberare sulla eventuale istanza di ritiro (autotutela) della deliberazione di avvio delle procedure di gara: può essere fatta dal dirigente in presenza di definiti orientamenti del Consiglio comunale. i. il riparto dei punteggi tra offerta tecnica ed offerta economica diventa una scelta discrezionale del Comune.

=====

(Domanda di pronuncia pregiudiziale del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia)

«Mercato interno del gas naturale – Proroga automatica delle concessioni relative alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas»

1. L'effettività e persino il principio di legalità del diritto comunitario possono trovarsi a collidere con gli imperativi del principio della certezza del diritto. Le rispettive esigenze in gioco richiedono in tali casi una conciliazione o un arbitrato fra i loro divergenti interessi. Orbene, se già nel caso di confronto fra due norme comunitarie la ricerca di tale equilibrio si presenta delicata, essa può rivelarsi ancora più difficile nel caso di confronto fra una norma comunitaria e una norma nazionale. Infatti, tenuto conto del fatto che il principio della certezza del diritto non è un principio generale di diritto comune solo alla maggior parte degli ordinamenti giuridici nazionali, ma anche del diritto comunitario, il principio del primato del diritto non si rivela sempre come il migliore strumento per la risoluzione di un tale conflitto. In altri termini, le questioni pregiudiziali poste presuppongono una riflessione sulla portata degli obblighi imposti dal diritto comunitario nell'ambito dell'armonizzazione del diritto nazionale ad esso contrario.

2. In tale contesto si inseriscono le questioni pregiudiziali poste dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (in prosieguo: il «TAR»). Il giudice del rinvio chiede in sostanza alla Corte di pronunciarsi sulle implicazioni dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza che discendono dagli artt. 43 CE e 49 CE, nonché sulle conseguenze della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 26 giugno 2003, 2003/55/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE (2) (in prosieguo: la «direttiva 2003/55»), rispetto alle concessioni di distribuzione del gas naturale originariamente rilasciate in assenza di qualsiasi procedura di gara di appalto. Più precisamente, la causa principale verte su una normativa interna che, al fine di conformarsi alle supposte esigenze dal diritto comunitario, prevede un periodo transitorio, due volte dilazionato, volto a porre anticipatamente fine alle suddette concessioni.

I – Fatti della causa principale, quadro normativo nazionale e domanda di pronuncia pregiudiziale

3. La parte ricorrente nella causa principale, la ASM Brescia Spa, (in prosieguo: la «ASM Brescia») beneficiava di una concessione relativa al servizio di distribuzione del gas naturale nel comune di Rodengo Saiano (in prosieguo: il «comune») in base a una convenzione stipulata con detto comune in data 27 febbraio 1984 in assenza di una procedura di gara aperta ai potenziali operatori. La scadenza della concessione era stata fissata al 31 dicembre 2029. Il legislatore italiano ha inteso tuttavia anticipare la scadenza delle concessioni rilasciate in assenza di una procedura di gara in occasione del recepimento della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 22 giugno 1998, 98/30/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale (3).

4. A tal fine, adottava il Dlgs. 23 maggio 2000, n. 164 (4) (in prosieguo: il «decreto n. 164/2000»), che stabilisce il principio secondo cui le attività di importazione, esportazione, trasporto e dispacciamento, distribuzione e vendita del gas sono libere. L'attività di distribuzione, qualificata come servizio pubblico comunale, è affidata, in forza dell'art. 14 del decreto n. 164/2000, a concessionari scelti esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a dodici anni.

5. Per accelerare il passaggio all'affidamento tramite gara d'appalto delle concessioni esistenti, i commi 5 e 7 dell'art. 15 del decreto n. 164/2000 prevedono quanto segue:

«5. Per l'attività di distribuzione del gas, gli affidamenti e le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché quelli alle società derivate dalla trasformazione delle attuali gestioni, proseguono fino alla scadenza stabilita, se compresa entro i termini previsti dal comma 7 per il periodo transitorio. Gli affidamenti e le concessioni in essere per i quali non è previsto un termine di scadenza o è previsto un termine che supera il periodo transitorio, proseguono fino al completamento del periodo transitorio stesso. (...)

(...)

7. Il periodo transitorio di cui al comma 5 è fissato in cinque anni a decorrere dal 31 dicembre 2000. (...)».

6. L'art. 15, comma 7, del decreto n. 164/2000 stabilisce inoltre che il termine previsto per il periodo transitorio può essere prorogato al massimo di cinque anni, ovvero fino al 2010, nel rispetto delle condizioni che vi sono precisate.

7. La durata del periodo transitorio è stata modificata una prima volta nel 2004, e l'art. 1, comma 69, della legge 23 agosto 2004, n. 239, prevede che «(...) [i]l periodo transitorio di cui [all']articolo 15, comma 5 [del decreto n. 164/2000] termina entro il 31 dicembre 2007, fatta salva la facoltà per l'ente locale affidante o concedente di prorogare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, per un anno la durata del periodo transitorio, qualora vengano ravvisate motivazioni di pubblico interesse. (...)».

8. A causa della complessità del sistema messo in atto e delle incertezze che esso comporta per quanto riguarda la durata del periodo transitorio entro il quale le concessioni rilasciate in assenza di una procedura di gara devono terminare, il legislatore adottava nel 2005 un ulteriore decreto, il decreto legislativo 30 dicembre 2005, n. 273 (in prosieguo: il «decreto n. 273/2005»).

9. La controversia sorta fra la società ricorrente ASM Brescia e il comune, a cui essa è contrattualmente vincolata, mette in evidenza le ambiguità delle normative che si sono succedute. L'assenza di un accordo fra le parti riguardo al termine del periodo transitorio e, conseguentemente, alla scadenza della concessione controversa, portava la società ricorrente a presentare un ricorso per annullamento avverso la deliberazione consiliare del 19 luglio 2005, che fissava la scadenza della suddetta concessione al 31 dicembre 2005.

10. Il TAR respingeva, con ordinanza cautelare del 18 ottobre 2005, la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato.

11. Il decreto n. 273/2005, entrato in vigore in corso di causa, doveva chiarire la situazione. L'art. 23, comma 1, prevede che il termine del periodo transitorio è automaticamente prorogato fino al 31 dicembre 2007 e può essere prolungato di due anni, ovvero fino al 31 dicembre 2009, qualora si verifichi almeno una delle condizioni indicate all'art. 15, comma 7, del decreto n. 164/2000. Fondandosi sul detto decreto la società riteneva quindi che la concessione della quale era in possesso sarebbe stata valida almeno fino al 31 dicembre 2007 se non, come termine ultimo, fino al 31 dicembre 2009.

12. Accertata l'applicabilità del decreto n. 273/2005 alla controversia in esame, il Consiglio di Stato concedeva con ordinanza cautelare 21 febbraio 2006 la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato.

13. Risolta tale questione, resta il fatto che il TAR, chiamato a procedere all'esame del merito della controversia, nutre dubbi circa la compatibilità con il diritto comunitario della proroga del periodo transitorio durante il quale le concessioni, che inizialmente dovevano scadere dopo tale periodo, avrebbero dovuto concludersi anticipatamente.

14. Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se sia contraria agli artt. 43, 49, 86, n. 1 del Trattato nonché ai principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza una proroga automatica e generalizzata fino al 31 dicembre 2007 delle attuali concessioni di distribuzione del gas naturale, originariamente rilasciate senza il preventivo svolgimento di una procedura di gara.

2) Se siano contrarie agli artt. 43, 49, 86, n. 1 del Trattato nonché ai principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza ulteriori proroghe automatiche fino al 31 dicembre 2009 delle attuali concessioni di distribuzione del gas naturale, originariamente rilasciate senza il preventivo svolgimento di una procedura di gara, nelle seguenti ipotesi:

- a) quando il concessionario abbia realizzato una fusione societaria che consenta di servire un'utenza doppia rispetto a quella originaria della società maggiore;
 - b) quando il concessionario abbia raggiunto un'utenza superiore a 100 000 clienti finali, oppure una quantità di gas distribuito superiore a 100 milioni di metri cubi annui, oppure un ambito di operatività pari almeno all'intero territorio provinciale;
 - c) quando almeno il 40% del capitale sociale del concessionario sia stato trasferito a soci privati;
- 3) Se sia contraria al quarto, all'ottavo, al decimo e al diciottesimo 'considerando' della direttiva 2003/55/CE del 26 giugno 2003, nonché all'art. 23, n. 1, della medesima direttiva, all'art. 10 del Trattato e ai principi di ragionevolezza e proporzionalità la proroga delle attuali concessioni di distribuzione del gas naturale, tanto nell'ipotesi descritta nella prima questione quanto nelle ipotesi descritte nella seconda questione, con particolare riguardo:
- a) all'obbligo per gli Stati di conseguire l'obiettivo della liberalizzazione del mercato del gas naturale entro il termine del 1° luglio 2007;
 - b) al divieto per gli Stati di approvare o mantenere in vigore norme nazionali contrastanti con la liberalizzazione del mercato del gas naturale;
 - c) all'obbligo per gli Stati di collegare la durata del periodo transitorio a un termine ragionevole e a esigenze oggettive».

15. Con tali questioni il giudice del rinvio si chiede, in sostanza, quale sia la portata degli obblighi degli Stati membri imposti dal Trattato e dalle disposizioni pertinenti della direttiva 2003/55 relativa alle concessioni rilasciate in assenza di una procedura di gara.

II – Riformulazione e ricevibilità delle questioni pregiudiziali

16. Dal momento che la formulazione delle questioni pregiudiziali, così come effettuata dal giudice del rinvio, potrebbe prestarsi a confusione, occorre anzitutto precisare che la normativa nazionale di cui alla causa principale non comporta la proroga della scadenza delle concessioni, ma prevede la scadenza anticipata di questa nell'ambito di un periodo transitorio. La proroga prevista dal diritto interno, all'origine del procedimento principale, non riguarda, di fatto, la durata della concessione, ma la durata del periodo transitorio previsto per mettere anticipatamente fine alla detta concessione.

17. Con tale riserva, condivisa dalle parti in causa, si chiede in realtà alla Corte di determinare se, da un lato, il diritto comunitario si opponga alla concessione di un periodo transitorio alle società in oggetto per porre fine anticipatamente ai contratti di concessione conclusi in assenza di una procedura di gara, e, dall'altro, se e secondo quali modalità le autorità nazionali competenti possano estendere o modificare la durata di tale periodo transitorio.

18. Ciò premesso, la ricevibilità delle questioni pregiudiziali deve essere ammessa, in quanto

esse si riferiscono a un'interpretazione del diritto comunitario che può rivelarsi utile per la soluzione della causa principale (5).

III – Esame delle questioni pregiudiziali

A – Osservazioni preliminari relative alla normativa applicabile

19. Nelle prime due questioni il giudice del rinvio si riferisce all'interpretazione di disposizioni di diritto primario, in particolare degli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE e, nella terza questione, richiama le disposizioni della direttiva 2003/55 relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale. Ciononostante, ritengo opportuno dare inizio all'analisi con un esame dell'applicabilità delle disposizioni di diritto derivato alla presente controversia. Infatti, se le circostanze di fatto e di diritto della fattispecie dovessero essere escluse dal campo di applicazione della direttiva 2003/55, gli obblighi legati alle libertà fondamentali quali risultano dagli artt. 43 CE, 49 CE e 86, n. 1, CE, rimarrebbero invece determinanti per la soluzione della presente causa.

20. Peraltro, benché il giudice del rinvio faccia riferimento a una «concessione» di distribuzione del servizio del gas naturale, occorre ricordare che a tale nozione, nel diritto comunitario, è stata attribuita una definizione autonoma. Spetterà quindi al giudice del rinvio accertarsi che la convenzione stipulata fra il comune in oggetto e la società ASM Brescia rientri nella definizione di «concessione del servizio» quale risulta dalla giurisprudenza della Corte (6), che, a sua volta, riprende la definizione data dalla Commissione delle Comunità europee nella comunicazione interpretativa secondo la quale «si ha concessione di servizi quando l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio (sua istituzione e gestione) rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone. La modalità di remunerazione dell'operatore è, come nel caso della concessione di lavori, un elemento che permette di stabilire l'assunzione del rischio di gestione» (7).

21. Se la convenzione in oggetto risponde a tale definizione, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (8), non può essere invocata. Quest'ultima esclude espressamente le concessioni di servizi dal proprio campo di applicazione. Per contro, poiché la direttiva 2003/55 si riferisce specificamente alle norme comuni per il mercato interno del gas naturale, il giudice a quo può legittimamente interrogarsi sulla possibilità di avvalersene e sull'interpretazione delle sue disposizioni nell'ambito del procedimento principale.

B – Sulla terza questione: applicabilità della direttiva 2003/55 al caso della controversia principale

22. L'adozione delle prime direttive sull'elettricità nel 1996 e sul gas nel 1998 mirava alla realizzazione di un mercato interno che presupponeva l'abbandono dei monopoli pubblici, con l'eccezione di quelli riguardanti le infrastrutture, a favore, in tali ambiti, di una concorrenza libera e non falsata. Tali direttive lasciavano tuttavia agli Stati membri una certa discrezionalità in materia di apertura del mercato, organizzazione dell'accesso alla rete e regolamentazione del mercato. La Commissione ha rilevato che «la prassi dimostra che questa situazione conduce

alla distorsione della concorrenza, dato che alcuni mercati degli Stati membri sono più aperti di altri a una concorrenza effettiva» (9). La direttiva 2003/55 è stata adottata in tale contesto al fine di realizzare progressivamente un'apertura totale del mercato del gas naturale, ovvero consentendo ad ogni consumatore la libera scelta dei fornitori e ad ogni fornitore la libera fornitura ai propri clienti (10). L'obiettivo di questa nuova direttiva è quello di «adottare misure concrete per garantire parità di condizioni e per ridurre il rischio di posizioni dominanti nel mercato e di comportamenti predatori, garantendo tariffe di trasporto e distribuzione non discriminatorie mediante l'accesso alla rete sulla base di tariffe pubblicate prima della loro entrata in vigore e assicurando la tutela dei diritti dei clienti piccoli e vulnerabili» (11). La direttiva 2003/55 sopprime a tale fine la possibilità per gli Stati membri di scegliere un accesso negoziato alle reti del gas e li obbliga a separare giuridicamente lo sfruttamento delle reti di trasporto e di distribuzione dagli altri aspetti dell'attività.

23. Pertanto, prima ancora di esaminare se la suddetta direttiva si opponga all'instaurazione di un periodo transitorio durante il quale si debba porre fine in anticipo alle concessioni di servizi controverse, occorre esaminare anzitutto la portata degli obblighi imposti agli Stati membri da tale direttiva. Più in particolare, si deve valutare se tale testo imponga agli Stati membri di revocare anticipatamente dette concessioni e, solo in caso di risposta positiva, a partire da quale momento tale obbligo si impone e secondo quali modalità.

24. Su questo primo punto, le parti concordano sull'assenza di qualsiasi indicazione nella direttiva 2003/55 che vada nel senso di un obbligo di porre fine anticipatamente alle concessioni controverse. Tuttavia, il giudice nazionale si interroga sulla rilevanza, in particolare, dell'art. 23, n. 1, lett. c), della direttiva 2003/55 che potrebbe, a suo avviso, imporre un tale obbligo agli Stati membri a partire dal 1° luglio 2007. Tale articolo così recita: «gli Stati membri provvedono affinché i clienti idonei siano: (...) a partire dal 1° luglio 2007, tutti i clienti». Ciò comporta che entro tale termine per l'acquisto del gas naturale tutti i clienti debbono, in conformità al diritto comunitario, poter avere accesso al fornitore che preferiscono.

25. Tuttavia, ritengo che l'interpretazione di tale disposizione suggerita dal giudice a quo non sia corretta con riferimento ai contratti di distribuzione di gas naturale. Tale articolo ha infatti come obiettivo la sola fornitura, e non anche la distribuzione del gas naturale. Ciò significa che da tale disposizione non si può dedurre alcun obbligo a carico degli Stati membri di porre fine ai contratti di distribuzione rilasciati in assenza di una procedura di gara. Infatti, come ha giustamente rilevato la Commissione, il termine del 1° luglio 2007, che si applica al contratto di fornitura, non può essere esteso ai contratti di distribuzione, a meno di non volersi sostituire al legislatore comunitario.

26. Del resto, nessun'altra disposizione della direttiva 2003/55 va a sostegno espressamente di un obbligo di risoluzione anticipata delle concessioni esistenti. Gli articoli della direttiva 2003/55 che si riferiscono alla distribuzione del gas naturale, in particolare l'art. 4, n. 2, e gli artt. 11 e 18, si limitano essenzialmente a prevedere che la designazione dei gestori del sistema di distribuzione si effettui tenendo conto degli aspetti di efficienza ed equilibrio economico (art. 11) e secondo criteri obiettivi e non discriminatori (art. 4, n. 2). I gestori devono, inoltre, assicurare l'accesso alla rete da parte dei terzi, senza discriminazioni e in assoluta trasparenza, in particolare per quanto riguarda la tariffe e i metodi di calcolo applicati (art. 18).

27. Di conseguenza, alla luce delle considerazioni che precedono, è impossibile ritenere che, dalla sola lettura del testo, possa dedursi a carico degli Stati membri un qualsiasi obbligo di procedere anticipatamente alla risoluzione delle concessioni di distribuzione controverse rilasciate prima della sua adozione. D'altra parte, occorre comunque aggiungere che la direttiva 2003/55 non si oppone a tale risoluzione. Resta il fatto che le disposizioni summenzionate della direttiva 2003/55 non permettono di determinare se il diritto comunitario si opponga o meno a una normativa nazionale come quella oggetto della causa principale.

28. Pertanto, occorre risolvere la terza questione pregiudiziale nel senso che la direttiva 2003/55 non impone la risoluzione anticipata dei contratti di distribuzione del gas naturale rilasciati originariamente in assenza di una procedura di gara, anche se, d'altra parte, non si può neppure sostenere che essa si opponga espressamente a tale possibilità.

29. Ciononostante, secondo la giurisprudenza costante della Corte, la mancata applicazione di disposizioni di diritto derivato non osta all'applicazione «[dei] principi fondamentali del Trattato, in generale e [del] principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare» (12). Inoltre, «le disposizioni del Trattato applicabili alle concessioni di servizi pubblici, in particolare gli artt. 43 CE e 49 CE, così come il divieto di discriminazione a motivo della cittadinanza sono specifica espressione del principio della parità di trattamento» (13). Ovvero, la selezione del concessionario deve essere effettuata nel rispetto dei principi del Trattato. Di conseguenza, la soluzione delle questioni poste dal giudice del rinvio deve ricercarsi sulla scorta di quei principi che, nella causa principale, mirano a garantire gli obiettivi della libera circolazione.

C – Sulle prime due questioni

30. Quando il giudice del rinvio chiede alla Corte se sia contrario al diritto comunitario prevedere un periodo transitorio, nonché proroghe dello stesso, per porre fine alle concessioni originariamente attribuite in violazione dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, quali discendono dagli artt. 43 CE e 49 CE (14), esso, in realtà, solleva due problemi riguardanti la libera circolazione.

31. Anche se nell'ambito di un rinvio pregiudiziale la Corte deve limitarsi a interpretare il diritto comunitario in maniera astratta, essa deve comunque fornire il giudice a quo gli elementi che ritiene necessari alla soluzione della controversia. In tal senso, la Corte ha ripetutamente ritenuto di essere competente a fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi interpretativi rientranti nel diritto comunitario che possono consentirgli di valutare la compatibilità della normativa nazionale con il diritto comunitario (15). Nella fattispecie, ritengo sia necessario precisare le diverse tappe del ragionamento giuridico che il giudice nazionale dovrà seguire per risolvere la controversia principale.

32. In tale prospettiva, al fine di rispondere alle questioni pregiudiziali poste si dovrà, in un primo tempo, determinare se la normativa nazionale che prevede il mantenimento delle concessioni esistenti fino alla scadenza del periodo transitorio, previsto per porre fine anticipatamente alle dette concessioni, rappresenti un ostacolo alla libera prestazione di servizi e alla libertà di stabilimento e, in caso di risposta affermativa, si dovrà, in un secondo tempo, stabilire se tale restrizione possa comunque essere ammessa in forza delle misure derogatorie

espressamente previste dagli artt. 45 CE e 46 CE o giustificate, in conformità della giurisprudenza della Corte, da ragioni imperative di interesse generale.

33. Ad abundantiam, è inoltre opportuno rilevare come la normativa nazionale oggetto della presente causa comporti un collegamento con gli scambi intracomunitari nella misura in cui gli operatori di altri Stati membri potrebbero essere interessati a partecipare all'attività di distribuzione del gas sul territorio italiano. Le questioni pregiudiziali poste rientrano quindi nella sfera di applicazione del diritto comunitario, anche se tutti gli elementi della controversia principale si collocano all'interno di un solo Stato membro (16).

1. Sull'esistenza di un ostacolo

34. Le esigenze che derivano dagli artt. 43 CE e 49 CE, nonché dai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, sono state più volte precisate dalla Corte con riferimento ai contratti di concessione, in particolare nelle sentenze *Telaustria* e *Telefonadress*, *Coname* e *Parking Brixen*, citate.

35. Innanzi tutto, la sentenza *Telaustria* e *Telefonadress*, citata, pone il principio di un obbligo minimo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice che consiste nel «garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione» (17). Tale obbligo, che deriva dalle libertà fondamentali del Trattato in generale e dal principio di non discriminazione in particolare, non esige il ricorso sistematico a una procedura d'appalto, ma si limita ad imporre un adeguato livello di pubblicità.

36. Tale posizione è stata successivamente confermata e precisata nella sentenza *Coname*, citata, che verteva specificamente sull'attribuzione di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas. In quella causa la Corte ha ritenuto che l'attribuzione di una concessione non può avvenire se non nel rispetto degli obblighi di trasparenza. Pertanto, l'attribuzione diretta di una concessione, senza che sia stato consentito a un'ipotetica società stabilita in un altro Stato membro di venire a conoscenza delle rilevanti informazioni relative alla detta concessione, di modo che possa manifestare il suo interesse, è contraria ai principi che derivano dagli artt. 43 CE e 49 CE.

37. Tale giurisprudenza pone il principio secondo il quale l'attribuzione di qualsiasi concessione deve ormai avvenire in un regime concorrenziale, garantendo il rispetto di un obbligo di trasparenza minima e di parità di trattamento, al fine di rispondere all'obiettivo dell'eliminazione di qualsiasi ostacolo alla libera prestazione di servizi.

38. La Corte ha inoltre precisato gli obblighi a carico degli Stati membri relativamente alla conclusione di qualsiasi nuova concessione di servizi. Nella sentenza *Parking Brixen*, citata, il giudice comunitario ne deduce «che gli Stati membri non devono mantenere in vigore una normativa nazionale che consente l'attribuzione di concessioni di pubblici servizi senza gara, giacché una simile attribuzione viola gli artt. 43 CE o 49 CE o i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza» (18). In altri termini, non prevedere una procedura di gara per le concessioni che devono essere assegnate ex novo costituisce un ostacolo alla

libera prestazione di servizi e/o alla libertà di stabilimento. Analogamente la Corte ha affermato che il rinnovo di una concessione di servizio pubblico in assenza di una procedura di gara fra i potenziali operatori costituisce anch'esso una violazione degli artt. 43 CE e 49 CE (19). Si deve pertanto constatare che il rilascio di una nuova concessione e il rinnovo di una concessione esistente effettuati in assenza di un'adeguata pubblicità costituiscono una violazione dei principi della libera circolazione.

39. Cionondimeno, la detta interpretazione si riferisce esclusivamente alla decisione di rilascio e/o rinnovo di una concessione. L'interpretazione fornita dalla Corte non ha per oggetto le concessioni di servizi in quanto tali, ma le decisioni di rilascio o di rinnovo delle dette concessioni sicché potrebbe risultare erroneo estendere l'interpretazione precedentemente formulata dalla Corte, in particolare nella sentenza *Coname*, citata, a concessioni originariamente rilasciate in assenza di una procedura di gara e il cui termine non è ancora scaduto, poiché non si sarebbe in presenza né di una decisione di rilascio né di una decisione di rinnovo da parte dell'autorità competente.

40. Ritengo tuttavia, che la controversia principale si discosti da tale ipotesi per il fatto che il legislatore italiano è intervenuto e il suo intervento produce lo stesso effetto di una decisione di rinnovo di una concessione. Infatti, il legislatore italiano, pur perseguendo l'obiettivo di risolvere anticipatamente le concessioni di servizi originariamente rilasciate in assenza di una procedura di gara, con la normativa in oggetto, ne ha previsto il mantenimento fino al termine di un periodo transitorio da lui stesso stabilito. Tale intervento normativo ha quindi la conseguenza di restringere l'accesso all'attività di distribuzione del gas per tutti i potenziali operatori di un altro Stato membro durante tutta la durata del periodo transitorio previsto. Tale normativa costituisce quindi una restrizione alla libera prestazione di servizi e/o alla libertà di stabilimento in quanto non permette ai potenziali operatori stabiliti in altri Stati membri l'accesso alle dette concessioni.

41. Inoltre, anche se la Corte non dovesse accogliere il mio ragionamento su questo punto, si dovrebbe, a mio avviso, mantenere la qualifica di ostacolo. Infatti, l'obiettivo della libera prestazione di servizi e della libertà di stabilimento implica in ogni caso l'apertura alla concorrenza delle concessioni esistenti, originariamente rilasciate in violazione delle regole del Trattato. Tali concessioni, concluse generalmente per un periodo estremamente lungo, mantengono gli operatori storici in una posizione privilegiata. Esse ostacolano soprattutto i nuovi operatori sul mercato. Ai potenziali operatori degli altri Stati membri viene impedito, durante tutto il periodo della concessione rilasciata in violazione del diritto comunitario, di accedere al mercato pertinente. Tali concessioni rappresentano, per loro stessa natura e per le loro caratteristiche intrinseche, un freno all'accesso al mercato rilevante, in quanto proteggono le posizioni acquisite dagli operatori nazionali.

42. Orbene, una restrizione di questo genere che, anche in assenza di una decisione di rilascio e di rinnovo di concessione, non rispettasse un sistema concorrenziale minimo, deve essere considerata come imputabile allo Stato membro interessato. Spetta infatti agli Stati membri adottare le misure necessarie per conformare il loro diritto nazionale al diritto comunitario. Sia dall'art. 86, n. 1, CE, nel caso di un'impresa pubblica che beneficia di diritti esclusivi, che dall'art. 10, secondo comma, CE, letto in combinato disposto con gli artt. 43 CE e

49 CE, discende che, se il concessionario non rientra nell'ipotesi di cui all'art. 86 CE, gli Stati hanno l'obbligo di eliminare qualsiasi misura contraria al Trattato, in modo da salvaguardare l'efficacia del diritto comunitario. Ciò significa che gli Stati membri devono non soltanto assicurare un confronto concorrenziale fra i potenziali operatori nel rilascio di concessioni del servizio di distribuzione o del loro rinnovo, ma anche fare tutto il possibile affinché le concessioni originariamente rilasciate in assenza di una procedura di gara diventino conformi al diritto comunitario.

43. Tale interpretazione si deduce dalle citate sentenze *Telaustria* e *Telefonadress*, *Parking Brixen* e *Coname*, e si imponeva quindi agli Stati membri fin dall'inizio. L'interpretazione fornita dal giudice comunitario in quelle sentenze si riallaccia agli artt. 43 CE e 49 CE, e «chiarisce e precisa (...) il significato e la portata della norma, quale deve, o avrebbe dovuto, essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore» (20). Orbene se la Corte avesse voluto, per circostanze eccezionali legate in particolare alle esigenze della certezza del diritto, limitare nel tempo gli effetti della detta interpretazione, avrebbe dovuto prevederlo nella stessa sentenza che statuisce sull'interpretazione richiesta (21). In caso contrario, l'interpretazione data dal giudice comunitario conserva il proprio effetto retroattivo.

44. In definitiva risulta dalla giurisprudenza citata che la Corte ha posto il principio secondo il quale qualsiasi rilascio o rinnovo di una concessione di servizio pubblico deve rispettare un obbligo minimo di trasparenza e di parità di trattamento, e che essa si oppone a mantenere in essere una concessione rilasciata in violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza (22), nella misura in cui tali decisioni costituiscono restrizioni alla libera prestazione di servizi e alla libertà di stabilimento.

45. Anche se la qualifica di ostacolo può essere accolta, occorre altresì esaminare se la restrizione di cui alla causa principale sia o meno giustificabile per ragioni imperative di interesse generale.

2. Sulle eventuali giustificazioni della restrizione della libera circolazione

46. I provvedimenti nazionali restrittivi dell'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato possono essere giustificati solo se soddisfano quattro condizioni, ovvero: se si applicano in modo non discriminatorio, se rispondono a motivi imperiosi di interesse pubblico, se sono idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vanno oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo (23).

47. Riguardo all'esistenza di ragioni imperative di interesse generale, posto che le eccezioni previste dal Trattato non sono applicabili al caso di specie, per giustificare l'instaurazione di un periodo transitorio, le parti fondano la loro argomentazione sostanzialmente sui principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento.

48. Il principio della certezza del diritto può essere considerato come una delle ragioni imperative di interesse generale la cui applicazione può essere rivendicata dagli Stati membri. Infatti, la Corte ha avuto occasione di ricordare che tale principio, che fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario, si impone non soltanto alle istituzioni comunitarie ma anche agli Stati

membri nell'esercizio dei poteri che conferisce loro il diritto comunitario (24).

49. Sotto tale profilo, il principio di certezza del diritto e, più precisamente, il principio di stabilità dei rapporti giuridici rappresenta una giustificazione convincente a sostegno dell'adozione di provvedimenti transitori.

50. In realtà mi pare che la tutela della stabilità dei rapporti giuridici legittimamente instaurati trovi largo riscontro nel quadro delle concessioni di servizio pubblico concluse prima della pronuncia della sentenza Telaustria e Telefonadress, citata, tanto da giustificare disposizioni transitorie per definire un termine ragionevole entro il quale conformarsi al diritto comunitario.

51. Nella fattispecie, la conclusione della concessione controversa è avvenuta nel 1984. Poiché la sentenza Telaustria e Telefonadress, citata, risale solo al 2000, all'epoca della conclusione del contratto di concessione, nel 1984, le parti potevano, fino all'intervento di tale sentenza, ritenere in buona fede di non essere in contrasto con il diritto comunitario.

52. In tali circostanze e alla luce delle conseguenze negative che derivano da una giurisprudenza di questo tipo avente carattere retroattivo, in particolare per i concessionari che hanno effettuato rilevanti investimenti sulla base della conclusione di un contratto a lungo termine, l'adozione di disposizioni transitorie, aventi lo scopo di limitare il pregiudizio recato alle situazioni contrattuali in essere e quindi di rispettare il principio della certezza del diritto, può costituire una ragione imperativa di interesse generale.

53. A sostegno della propria tesi, la Corte ha così statuito che quando «la disciplina comunitaria di cui è causa riserva alle autorità nazionali competenti un margine di valutazione sufficientemente ampio, tale da consentire loro di applicare detta disciplina conformemente alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali» (25) allora «gli Stati membri (...) sono comunque tenuti, per quanto possibile, ad applicare tali discipline nel rispetto delle esigenze ricordate» (26). Orbene, riguardo alle concessioni di servizi e in attesa di un intervento del legislatore comunitario in questo ambito specifico, si può ritenere che gli Stati membri dispongano di un sufficiente margine di discrezionalità tale da autorizzarli a tenere conto delle esigenze legate alla certezza del diritto nel quadro dell'applicazione del principio di un'apertura minima alla concorrenza di tali contratti.

54. Spetterà tuttavia al giudice nazionale valutare se le condizioni per la concessione di un periodo transitorio rispondano a criteri obiettivi, trasparenti e non discriminatori e se i provvedimenti di cui trattasi siano proporzionali allo scopo perseguito (27).

55. Le prime due questioni pregiudiziali dovrebbero pertanto essere risolte nei seguenti termini:

Gli artt. 43 CE e 49 CE, nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica preveda il mantenimento delle concessioni originariamente rilasciate in assenza di una procedura di gara durante un periodo transitorio che essa stessa fissa, anche se lo scopo è quello di porre fine anticipatamente alle dette concessioni, in quanto tale disposizione

costituisce un ostacolo alla libera prestazione di servizi e alla libertà di stabilimento. Ciononostante, una tale restrizione può essere giustificata da ragioni imperative di interesse generale legate alla certezza del diritto e, in particolare, alla stabilità dei rapporti giuridici. Spetterà al giudice nazionale assicurarsi che la concessione dei provvedimenti transitori risponda a tali condizioni, che avvenga in base a criteri obiettivi, trasparenti e non discriminatori e che i provvedimenti di cui trattasi siano proporzionali allo scopo perseguito.

IV – Conclusione

56. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di risolvere come segue le questioni poste dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia:

«1) La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 26 giugno 2003, 2003/55/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE, non impone la risoluzione anticipata dei contratti di distribuzione del gas originariamente conclusi in assenza di una procedura di gara, ma non si oppone espressamente a tale possibilità.

2) Gli artt. 43 CE e 49 CE, nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica preveda il mantenimento delle concessioni originariamente attribuite in assenza di una procedura di gara durante il periodo transitorio che essa stessa fissa, anche se lo scopo è quello di porre fine anticipatamente alle dette concessioni, in quanto tale disposizione costituisce un ostacolo alla libera prestazione di servizi e alla libertà di stabilimento. Ciononostante, una tale restrizione può essere giustificata da ragioni imperative di interesse generale legate alla certezza del diritto e, in particolare, alla stabilità dei rapporti giuridici. Spetterà al giudice nazionale assicurarsi che la concessione dei provvedimenti transitori risponda a tali condizioni, che avvenga in base a criteri obiettivi, trasparenti e non discriminatori e che i provvedimenti di cui trattasi siano proporzionali allo scopo perseguito».

1 – Lingua originale: il francese.

2 – GU L 176, pag. 57.

3 – GU L 204, pag. 1.

4 – GURI n. 142 del 20 giugno 2000.

5 – V., in tal senso, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress (Racc. pag. I-10745).

6 – V., su tale questione, le sentenze Telaustria e Telefonadress, citata (punto 57); 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname (Racc. pag. I-7287, punto 16); 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen (Racc. pag. I-8585, punto 42); 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV (Racc. pag. I-3303, punto 17), e 13 settembre 2007, causa C-260/04, Commissione/Italia

(Racc. pag. I-7083, punto 21).

7 – Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (GU 2000, C 121, pag. 2, punto 2.2).

8 – GU L 134, pag. 114. Questo testo normativo sostituisce la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici dei servizi, (GU L 209, pag. 1).

9 – Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo in applicazione dell'articolo 251, paragrafo 2, seconda comma, del trattato CE relativa alla Posizione comune approvata dal Consiglio in vista dell'adozione di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle norme per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 96/92/CE e relativa alla Posizione comune approvata dal Consiglio in vista dell'adozione di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle norme per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE (SEC/2003/0161 def.).

10 – Quarto 'considerando' della direttiva 2003/55. V. anche sentenza del Tribunale 21 settembre 2005, causa T-87/05, EDP/Commissione (Racc. pag. II-3745, punto 110).

11 – Secondo 'considerando' della direttiva 2003/55.

12 – V., in particolare, sentenze Telaustria e Telefonadress (punto 60); Parking Brixen (punto 49); Coname (punto 16), e Commissione/Italia (punto 22).

13 – Sentenze Parking Brixen (punto 48) e Commissione/Italia (punto 23), citate.

14 – L'applicazione degli artt. 43 CE e 49 CE è perfettamente giustificata laddove la concessione è stata rilasciata da un comune nella sua qualità di pubblica autorità. Pertanto, i principi di libera circolazione, quali risultano da tali articoli, sono applicabili. V., per la conferma di tale analisi, che esclude correlativamente l'applicazione dell'art. 81 CE ai contratti di concessione quali quelli oggetto della presente causa, sentenza 4 maggio 1988, causa C-30/87, Bodson (Racc. pag. 2479, punto 18).

15 – V., in particolare, sentenze 15 dicembre 1993, causa C-292/92, Hünernmund e a. (Racc. pag. I-6787, punto 8) e 31 gennaio 2008, causa C-380/05, Centro Europa 7 (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 50).

16 – V., per l'interpretazione conciliante della Corte su tale punto, sentenze 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-2043, punto 33); Parking Brixen, citata, (punto 55), e Centro Europa 7, citata (punto 66).

17 – Punto 62.

18 – Punto 52. Sentenza confermata dalla sentenza ANAV, citata (punto 22).

19 – V., in particolare, sentenza Commissione/Italia, citata (punto 25). Nel caso di specie si trattava del rinnovo di concessioni per la gestione di scommesse ippiche attribuite in assenza di una procedura di gara. La Corte ha ritenuto che tale rinnovo «impedisce l'apertura di dette concessioni alla concorrenza ed il controllo sull'imparzialità delle operazioni di aggiudicazione».

20 – Sentenze 27 marzo 1980, cause C-61/79, Denkavit italiana (Racc. pag. 1205, punto 16); 13 gennaio 2004, causa C-453/00, Kühne & Heitz (Racc. pag. I-837, punto 21); 17 febbraio 2005, cause riunite C-453/02 e C-462/02, Linneweber e Akritidis (Racc. pag. I-1131, punto 41), e 6 marzo 2007, causa C-292/04, Meilicke e a. (Racc. pag. I-1835, punto 34).

21 – Sentenze 2 febbraio 1988, causa C-309/85, Barra e a. (Racc. pag. 355, punto 13) e causa C-24/86, Blaizot (Racc. pag. 379, punto 28); 16 luglio 1992, causa C-163/90, Legros e a. (Racc. pag. I-4625, punto 30); 15 dicembre 1995, causa C-415/93, Bosman (Racc. pag. I-4921, punto 142); 9 marzo 2000, causa C-437/97, EKW e Wein & Co. (Racc. pag. I-1157, punto 57), e Meilicke e altri, citata (punto 36).

22 – La Commissione condivide questa opinione. V. anche, in tal senso, nonostante gli autori deducano tale obbligo dai termini della direttiva 2003/55, G. Bouquet, e E. Buttery, «Vers la fin du droit de préférence accordé aux concessionnaires de transport et de distribution d'électricité et de gaz», A.J.D.A., 2006, pag. 964, in particolare pag. 968.

23 – Sentenze 30 novembre 1995, causa C-55/94, Gebhard (Racc. pag. I-4165, punto 37); 9 marzo 1999, causa C-212/97, Centros (Racc. pag. I-1459, punto 34); 4 luglio 2000, causa C-424/97, Haim (Racc. pag. I-5123, punto 57), e 13 marzo 2008, causa C-248/06, Commissione/Spagna (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 32).

24 – V., in particolare, sentenze 3 dicembre 1998, causa C-381/97, Belgocodex (Racc. pag. I-8153, punto 26); 29 aprile 2004, cause riunite C-487/01 e C-7/02, Gemeente Leusden e Holin Groep (Racc. pag. I-5337, punto 57), nonché 26 aprile 2005, causa C-376/02, «Goed Wonen» (Racc. pag. I-3445, punto 32).

25 Sentenza 13 luglio 1989, causa C-5/88, Wachauf (Racc. pag. I-2609, punto 22).

26 – Ibidem, punto 19.

27 – V., in particolare, sentenze 6 marzo 2007, cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04, Placanica e a. (Racc. pag. I-1891, punto 49), e Centro Europa 7, citata (punto 103).

Кое-кто "[Скачать бянка амстердам](#)"хочет снять твой рождественский "[Виндовс линукс скачать](#)"фильм, Барт.

Послушайте, мне очень бы пригодилась " [Скачать мабил](#) "пара лишних "
[Warcraft 2000 скачать игру](#)
"монет, ответил Хоаг.

Поживее, сеньор, " [Саймон меню скачать](#) "давайте мое агвардиенте.

Часовые пропустили его, " [Скачать дом в симс 3](#) "как своего.

Римо, не " [Скачать программу виндовс лайф](#) "задирайтесь, остановил его
Смит.

Кроме индейцев-тагносов, лишь " [Письма мертвого человека книга](#) "немногие
остались в "
[Игорь тальков скачать чистые пруды](#)
"живых, они и рассказали "
[Программы для создания схем для вышивки крестом скачать](#)
"о страшной бойне.

document.getElementById("J#1368783919bl9298abc3").style.display = "none";