

La Corte di giustizia UE, pronunciandosi su una questione interpretativa rimessa dal Consiglio di Stato (concernente il calcolo del rimborso dovuto ai concessionari del servizio di distribuzione del gas naturale, a seguito della cessazione anticipata della loro concessione, in vista della riassegnazione del servizio mediante gara, ai sensi degli artt. 14 e 15 del d.lgs. n. 164 del 2000) precisa i limiti entro i quali i principi euro-unitari della certezza del diritto e della tutela dell'affidamento, nella specie invocati dal giudice rimettente a sostegno della prospettata questione pregiudiziale, possano trovare applicazione da parte di un'autorità nazionale (e consentire, di conseguenza, di sollevare utilmente una questione interpretativa ex art. 267 TFUE).

Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. I, sentenza 21 marzo 2019, C-702/17 – Unareti s.p.a.

Contratti pubblici – Concessioni di pubblici servizi – Servizio di distribuzione del gas naturale – Criteri di determinazione dell'entità dei rimborsi al gestore uscente – Diritto dell'Unione europea – Rilevanza – Esclusione.

Il diritto dell'Unione in materia di concessioni di servizio pubblico, letto alla luce del principio della certezza del diritto, deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella discussa nel procedimento principale, che modifica le norme di riferimento per il calcolo del rimborso al quale i titolari di concessioni di distribuzione di gas naturale rilasciate in assenza di una procedura di gara hanno diritto a seguito della cessazione anticipata di tali concessioni ai fini di una loro nuova assegnazione mediante gara. (1)

(1) I. – Con la sentenza in rassegna, la Corte di giustizia UE respinge la questione pregiudiziale che, nel 2017, era stata sollevata dal Consiglio di Stato in materia di calcolo dei rimborsi, spettanti per legge al gestore uscente del servizio di distribuzione del gas naturale, a seguito della cessazione anticipata delle concessioni imposta con il d.lgs. n. 164 del 2000.

Il giudizio *a quo* aveva ad oggetto l'impugnazione, da parte di Unareti s.p.a. (la società esercente il servizio di distribuzione del gas naturale presso numerosi Comuni del Nord Italia, attraverso una rete di distribuzione estesa, per la maggior parte, in Lombardia), del d.m. 22 maggio 2014, con cui il Ministero dello sviluppo economico ha approvato le "Linee guida" sui criteri e le modalità applicative per la valutazione del "valore di rimborso" degli impianti di distribuzione del gas.

Come è noto, il d.lgs. n. 164 del 2000 ("Attuazione della direttiva 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della L. 17 maggio 1999, n. 144") ha stabilito che l'attività di distribuzione del gas naturale, definita come "attività di servizio pubblico", deve essere affidata "esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a

dodici anni" (così l'art. 14, comma 1). Si è anche stabilito che gli affidamenti e le concessioni già in essere, all'epoca rilasciati senza gara, avrebbero dovuto concludersi al massimo entro la fine di un periodo transitorio, fissato dalla legge al 31 dicembre 2005, salvo tuttavia il riconoscimento al gestore uscente di un *"rimborso"*, il cui onere è stato posto a carico del nuovo gestore.

Il punto controverso riguardava proprio il calcolo di detto rimborso, il quale passava per una congerie di norme che, di lì in poi, si sono turbinosamente succedute nel tempo:

a) la pronuncia di rimessione (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 5 dicembre 2017, n. 5736, in *Appalti & Contratti*, 2017, 12, 90, solo massima) ha così ricostruito l'evoluzione del quadro normativo di riferimento, individuandone le seguenti tappe:

a1) secondo l'originaria formulazione di legge (di cui all'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 164 del 2000), il rimborso avrebbe dovuto calcolarsi secondo due alternativi parametri, l'uno preordinato all'altro, e cioè anzitutto *"nel rispetto di quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti"* (questo il parametro principale, che trovava le proprie origini sin da quanto disposto, in materia, dal testo unico sulla finanza locale di cui al r.d. n. 1175 del 1931) *"e, per quanto non desumibile dalla volontà delle parti, con i criteri di cui alle lettere a) e b) dell'art. 24 del regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578"* (questo il criterio suppletivo, basato su un riferimento certo ai criteri conati nel 1925 allorquando la legge stabilì l'assunzione diretta ed il riscatto, da parte di Comuni e Province, di pubblici servizi fino a quel momento dati in concessione all'industria privata; tali criteri si incentravano, in particolare, sulle due voci del *"valore industriale degli impianti"* e del *"valore delle anticipazioni o dei sussidi"* già riconosciuti dalla parte pubblica);

a2) successivamente, però, è stato adottato il d.m. 12 novembre 2011, n. 226 (*"Regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale, in attuazione dell'articolo 46-bis del decreto-legge 1°(gradi) ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222"*), il cui art. 5, nel ribadire l'applicabilità dei criteri di cui al r.d. n. 2578 del 1925 (pur sempre come parametro subordinato rispetto a quello principale costituito dalla volontà delle parti) ha tuttavia specificato talune innovative *"modalità"* di calcolo (commi da 5 a 13) da applicarsi per stabilire il *quantum* delle due voci del 1925;

a3) ancora successivamente, l'art. 4, comma 6, del decreto-legge n. 69 del 2013, convertito in legge n. 98 del 2013, ha demandato ad un nuovo

- decreto ministeriale l'adozione di "linee guida" per definire "criteri e modalità operative per la valutazione del valore di rimborso", precisando che avrebbero dovuto essere rispettate le modalità indicate dall'appena menzionato art. 5 del d.m. n. 226 del 2011;
- a4) di lì a poco un altro decreto-legge, il n. 145 del 2013, convertito in legge n. 9 del 2014, mediante una riscrittura parziale dell'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 164 del 2000, ha definitivamente soppresso il richiamo ai criteri di calcolo del 1925, stabilendo (art. 1, comma 16) che il valore di rimborso avrebbe dovuto essere calcolato unicamente tramite le emanande linee guida ministeriali, previste dal decreto-legge immediatamente precedente;
- a5) sono quindi state adottate tali linee-guida (di cui al d.m. 22 maggio 2014), che costituiscono l'atto impugnato, *principaliter*, con il ricorso introduttivo della causa *de qua*;
- a6) un ulteriore decreto-legge, il n. 91 del 2014, convertito in legge n. 116 del 2014, ha poi parzialmente sovvertito l'ordine dei parametri indicati dalla legge del 2000, stabilendo (art. 30-*bis*, comma 1) che il rimborso è calcolato nel rispetto di quanto disposto nelle convenzioni e nei contratti, "purché stipulati prima della data di entrata in vigore" del d.m. n. 226 del 2011, così facendo salve solo le pattuizioni risalenti ad epoca anteriore all'11 febbraio 2012;
- a7) è quindi stato adottato un nuovo d.m., il n. 106 del 2015 (impugnato con motivi aggiunti nella controversia *de qua*), il quale ha – a propria volta – modificato l'art. 5 del d.m. n. 226 del 2011, ulteriormente cambiando i parametri di riferimento per gli operatori;
- b) in definitiva, le menzionate disposizioni di legge successive al 2000 (di cui ai decreti-legge n. 69 e n. 145 del 2013 ed al decreto-legge n. 91 del 2014), nonché i relativi atti di attuazione (d.m. 22 maggio 2014, recante le Linee Guida, e d.m. n. 106 del 2015, modificativo del primo) hanno inciso su entrambi i profili che il d.lgs. n. 164 del 2000 aveva individuato per il calcolo dei rimborsi; in particolare:
- b1) con riferimento ai criteri convenzionali, si è stabilito che essi operano se sono stati stipulati prima dell'11 febbraio 2012 e abbiamo un determinato contenuto in relazione ad alcuni elementi metodologici;
- b2) con riferimento ai criteri suppletivi legali, si è sostituito il riferimento a quelli contenuti nel r.d. n. 2578 del 1925 con quelli previsti dalle linee guida;
- c) in tale complessa situazione, la società ricorrente lamentava la violazione dei principi di certezza del diritto, di tutela dell'affidamento e dell'irretroattività

degli atti amministrativi, soprattutto perché le Linee Guida ministeriali (anche, e vieppiù, a seguito delle modifiche introdotte nel 2015) finivano con l'incidere, *in peius*, su rapporti convenzionali consolidati in base alla normativa di settore degli ultimi 90 anni (ed aventi, in tesi, forza di legge, ai sensi dell'art. 1372 c.c.);
d) il T.a.r. per il Lazio, sez. III-ter, con la sentenza 14 ottobre 2016, n. 10286, ha respinto il ricorso in primo grado, ritenendo che le previsioni ministeriali fossero complessivamente coerenti con l'impostazione voluta dal legislatore fin dall'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 164 del 2000. In particolare, anche in punto di contestazione delle varie norme di legge rilevanti, il Giudice di primo grado ha ritenuto che:

- d1) le ragioni della descritta evoluzione normativa *“si desumono anche dagli obiettivi specificamente enunciati nelle menzionate norme primarie, tra cui in particolare la ‘maggiore concorrenza’ (in aggiunta alla garanzia dei ‘livelli minimi di qualità dei servizi essenziali’, occorrendo considerare anche le ‘condizioni economiche [...] a vantaggio dei consumatori’; art. 46-bis, co. 1, [del decreto-legge n. 159 del 2007, convertito in legge n. 222 del 2007]) e la ‘riduzione dei costi per gli enti locali e per le imprese’ (art. 4, co. 6, [del decreto-legge n. 69 del 2013, convertito in legge n. 98 del 2013])”*: finalità, queste, *“che, in relazione alla materia del valore di rimborso, sono tra l'altro perseguite attraverso la sostituzione dei criteri pattizi con quelli ministeriali, nelle ipotesi (e con le esclusioni) espressamente indicate”*;
- d2) il diritto al rimborso insorge, per l'operatore uscente, al momento della cessazione effettiva della gestione del servizio, sicché *“esso non è qualificabile come diritto quesito”*, con ciò precludendosi *“il riscontro della dedotta violazione del principio di certezza del diritto (e, di conseguenza, della tutela del legittimo affidamento)”*;
- d3) le lamentate decurtazioni, quali derivanti dall'applicazione delle Linee Guida ministeriali, non sono palesemente irragionevoli, alla luce del (perseguito) *“indirizzo legislativo della riduzione dei costi per gli enti locali e imprese e, in ultima analisi, per gli utenti”*;
- e) con la sentenza (non definitiva) d'appello il Consiglio di Stato ha tuttavia rilevato che, nella specie, si fronteggiano *“due esigenze contrapposte da tutelare: da una parte, aprire il mercato alla concorrenza nella fase di scelta del gestore di distribuzione del gas; dall'altra parte, tenere in considerazione i rapporti già sorti e l'affidamento che ne è conseguito in capo agli operatori economici del settore”*; ed in questo contesto ha collocato la questione relativa all'entità dei rimborsi che devono essere corrisposti ai precedenti concessionari *“il cui rapporto, protrato in via transitoria*

per la durata indicata nella normativa riportata, è stato risolto in via anticipata"; si è così osservato che:

- e1) la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea afferma costantemente che il principio della certezza del diritto il quale, come noto, ha per corollario quello della tutela del legittimo affidamento ed esige che una normativa che comporta conseguenze svantaggiose per i privati sia chiara e precisa e che la sua applicazione sia prevedibile per gli amministrati (Corte giustizia UE, sez. III, 12 dicembre 2013, C-362/12, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue*, in *Bollettino trib.*, 2014, 1268, con nota di PEPE): *"in questa ottica, l'applicazione retroattiva di una disposizione nazionale, che sia priva di una ragionevole giustificazione, contrasta con il suddetto principio"*;
- e2) con specifico riguardo all'introduzione del regime transitorio nella nuova disciplina concernente l'indizione delle gare per il servizio di distribuzione del gas naturale, la Corte di giustizia ha affermato che *"il principio della certezza del diritto non soltanto consente, ma altresì esige che la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico, sia dal punto di vista economico"* (sentenza 17 luglio 2008, C-347/06, *ASM Brescia*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2008, 2009, con nota di VEDASCHI);
- f) è stata così sollevata alla Corte di giustizia la questione se *"i principi e le norme europee rilevanti nella presente controversia [...] ostano ad una normativa nazionale, sopra riportata, che prevede una applicazione retroattiva dei criteri di determinazione dell'entità dei rimborsi spettanti agli ex concessionari con incidenza su pregressi rapporti negoziali ovvero se tale applicazione sia giustificata, anche alla luce del principio di proporzionalità, dall'esigenza di tutelare altri interessi pubblici, di rilevanza europea, afferenti all'esigenza di consentire una migliore tutela dell'assetto concorrenziale del mercato di riferimento unitamente alla maggiore protezione degli utenti del servizio che potrebbero subire, indirettamente, gli effetti di un eventuale maggiorazione delle somme spettanti agli ex concessionari"*.

II. – La risposta della Corte di giustizia si articola secondo il seguente percorso argomentativo:

- g) la direttiva n. 2009/73/UE (*"Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE"*) si limita a prevedere che gli Stati membri designino, mediante

gara pubblica, uno o più gestori, per un periodo di tempo da determinarsi ad opera degli stessi Stati, tenuto conto di considerazioni di efficienza ed equilibrio economico (così l'art. 24 della direttiva 2009/73/UE), ma non prevede che le concessioni di distribuzione di gas in essere siano ridiscusse: quest'ultimo aspetto è oggetto solo delle disposizioni normative italiane applicabili alla fattispecie (l'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 164 del 2000 e le successive novità normative, già riepilogate);

h) in linea generale, in tema di concessioni di servizio pubblico, valgono le seguenti regole:

h1) le concessioni di servizio pubblico, anche se non rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive relative alle diverse categorie di appalti pubblici (cfr. sentenza del 21 luglio 2005, C-231/03, *Coname*, punto 16, concernente la concessione del servizio di distribuzione del gas, in *Foro it.*, 2006, IV, 77, con nota di URSI, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2005, 2001, con nota di GAVERINI, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 405, con nota di MENTO, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 1421, con nota di BALDINATO, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2005, 685, con nota di SONCINI, ed in *Rass. avv. Stato*, 2005, 3, 51, con nota di FIENGO), devono essere assegnate previo rispetto dei principi fondamentali del TFUE, in generale, e del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, in particolare (cfr., in tal senso, sentenza del 7 dicembre 2000, C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*, punto 60, in *Corriere giur.*, 2001, 489, con nota di FERRONI, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 487, con nota di LEGGIADRO, ed in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, 1419, con nota di GRECO);

h2) laddove sia ravvisabile il c.d. interesse transfrontaliero certo, si determina una discriminazione indiretta in base alla nazionalità (vietata ai sensi degli articoli 49 e 56 TFUE) quando l'assegnazione di una concessione avvenga in totale assenza di trasparenza in favore di un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice (cfr. sentenza 17 luglio 2008, *ASM Brescia*, cit., punti 59 e 60);

i) le regole generali appena menzionate, tuttavia, "riguardano gli obblighi imposti all'amministrazione aggiudicatrice in sede di assegnazione di una concessione di servizio pubblico di distribuzione di gas naturale, in particolare nel caso in cui tale concessione presenti un interesse transfrontaliero certo"; non è tuttavia questo il caso dei decreti impugnati nel procedimento principale in cui, come detto, "la ridiscussione delle concessioni in essere, le cui conseguenze sono in parte determinate dai decreti impugnati nel procedimento principale, non discende dal diritto dell'Unione in materia di concessioni di servizio pubblico di distribuzione di gas";

- j) di conseguenza si afferma che:
- j1) la controversa modifica delle norme di riferimento, oggetto del procedimento principale, *“non può, di per sé, configurare una disparità di trattamento a danno di imprese che potrebbero essere interessate a un servizio come quello gestito dalla Unareti e con sede nel territorio di uno Stato membro diverso dall’Italia. Infatti, una tale modifica delle norme di riferimento è indistintamente applicabile alle imprese con sede in Italia e a quelle con sede in un altro Stato membro”*;
 - j2) è pur vero che il principio della certezza del diritto si impone, in forza del diritto dell’Unione, a qualsiasi autorità nazionale, ma ciò accade *“solo nei limiti in cui quest’ultima sia chiamata ad applicare il diritto dell’Unione”* (cfr., in tal senso, la sentenza del 17 luglio 2008, *ASM Brescia*, cit., punto 65), mentre, per quanto già detto, le autorità amministrative italiane, nel caso di specie, non hanno agito sulla base del loro obbligo di applicare il diritto dell’Unione;
 - j3) risultano, pertanto, differenti i casi menzionati dal Consiglio di Stato nella decisione di rimessione (*ASM Brescia*, di cui alla sentenza 17 luglio 2008, cit., e *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, di cui alla sentenza 12 dicembre 2013, cit.): in tali casi, infatti, il principio della certezza del diritto trovava applicazione con riferimento all’esistenza di obblighi derivanti dal diritto dell’Unione, in base ai quali le autorità nazionali competenti erano tenute, rispettivamente, a giustificare una disparità di trattamento che derogava ai principi euro-unitari più sopra ricordati;
- k) la conclusione cui giunge la Corte è, pertanto, che *“il diritto dell’Unione in materia di concessioni di servizio pubblico, letto alla luce del principio della certezza del diritto, deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella discussa nel procedimento principale, che modifica le norme di riferimento per il calcolo del rimborso al quale i titolari di concessioni di distribuzione di gas naturale rilasciate in assenza di una procedura di gara hanno diritto a seguito della cessazione anticipata di tali concessioni ai fini di una loro nuova assegnazione mediante gara”*.

III. – Per completezza, si consideri quanto segue:

- l) il Consiglio di Stato, di recente, ha rimesso alla Corte di giustizia UE una seconda analoga questione pregiudiziale, anch’essa vertente sulla disciplina dei rimborsi al gestore uscente del servizio di distribuzione del gas naturale, con invocazione dei medesimi principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento: cfr. l’ordinanza della VI Sezione del 5 novembre 2018, n. 6227

(oggetto della News US in data 19 novembre 2018, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti); la questione risulta tuttora pendente con il numero di ruolo C-711/18;

- m) nella decisione in rassegna, la Corte di giustizia UE distingue le conseguenze derivanti da una lesione del principio dell'affidamento nascente dalla violazione di obblighi sanciti dal diritto europeo (nel qual caso, quel principio si impone alle autorità nazionali, nonché a quelle comunitarie, come regola cogente del diritto europeo e può, quindi, fungere da parametro interpretativo delle norme interne) da quelle derivanti dalla violazione di obblighi sanciti da norme nazionali (nel qual caso, invece – come statuito nella decisione in rassegna – l'affidamento non costituisce un parametro di diritto europeo applicabile alla fattispecie da decidere);
- n) sul c.d. interesse transfrontaliero certo – che diventa requisito necessario per attrarre ai principi generali dell'Unione (in particolare, come nella specie, del principio di non discriminazione in base alla nazionalità e di tutela dell'affidamento) una fattispecie che, di per sé, non risulti specificamente regolata dal diritto comunitario – cfr., di recente:

n1) Corte di giustizia UE, sez. IX, sentenza 14 febbraio 2019, C-710/17, Consorzio Cooperative Costruzioni soc. coop. (oggetto della News US n. 25 in data 22 febbraio 2019, cui si rinvia per altri riferimenti), secondo cui *“Nell'ipotesi di contratti pubblici il cui importo è inferiore alla soglia di EUR 5 000 000 di cui all'articolo 7, lettera c), della direttiva 2004/18/CE, deve essere dichiarata irricevibile la questione pregiudiziale concernente norme euro-unitarie che non risultano applicabili al procedimento principale, salva tuttavia la disamina, da parte della Corte, delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato FUE e, in particolare, degli articoli 49 e 56 di tale Trattato, ossia dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché dell'obbligo di trasparenza che ne deriva, a condizione che l'appalto di cui trattasi presenti un interesse transfrontaliero certo”*;

n2) Corte di giustizia UE, grande sezione, sentenza 20 marzo 2018, C-187/16, *Commissione Europea c. Repubblica d'Austria*, in cui si è ribadito che *“L'aggiudicazione degli appalti che, in considerazione del loro valore, non rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici è soggetto alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE, in particolare ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza, nonché all'obbligo di trasparenza che ne deriva, purché tali appalti presentino un interesse transfrontaliero certo”*, aggiungendosi che *“Spetta alla Commissione dimostrare che il singolo appalto*

presenta, per un'impresa situata in uno Stato membro diverso da quello cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice interessata, un interesse certo, senza potersi basare su alcuna presunzione in tal senso"; per quanto riguarda i criteri oggettivi atti a indicare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, la Corte ha qui precisato che "criteri del genere potrebbero sostanziarsi, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, nelle caratteristiche tecniche dell'appalto e nelle caratteristiche specifiche dei prodotti di cui trattasi";

- n3) Corte di giustizia UE, sez. VI, ordinanza 23 novembre 2017, C-486/17, Olympus Italia s.r.l. (oggetto della News US in data 3 agosto 2018, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti sul tema), con cui è stata dichiarata manifestamente irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale *"quando l'ordinanza del giudice nazionale, in relazione ad una controversia concernente un appalto sotto soglia comunitaria, non fornisca dati idonei a dimostrare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo";*
- o) in dottrina, sul c.d. interesse transfrontaliero certo e sul suo raggio di applicazione nella giurisprudenza comunitaria, cfr. R. CARANTA, *Le regole applicabili ai contratti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive "appalti pubblici"*, in *Giur. it.*, 2010, 12 ss.; A. MASSERA, *La disciplina dei contratti pubblici: la relativa continuità in una materia instabile*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1252, spec. nota n. 24;
- p) la condizione della sussistenza del c.d. interesse transfrontaliero certo è stata elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo in epoca relativamente recente (non prima dell'anno 2007, in cui è datata la prima decisione che, a quanto consta, se ne è occupata: si tratta della sentenza 13 novembre 2007, C-507/03, *Commissione c. Irlanda*, in *Appalti & Contratti*, 2007, 12, 90, solo massima), come peraltro emerge dal raffronto delle decisioni citate nella sentenza in rassegna; al riguardo si consideri che:
- p1) nella sentenza del 7 dicembre 2000, *Telaustria e Telefonadress*, cit. (menzionata nella decisione qui in rassegna), la Corte di Giustizia – sulla premessa che il contratto con cui un'impresa pubblica (con capitale interamente pubblico), che ha per legge il compito di gestire un servizio di telecomunicazioni, affida ad un'impresa privata la produzione e la pubblicazione di elenchi degli abbonati al telefono (elenchi telefonici) è escluso dalla sfera di applicazione della direttiva 1993/38/CEE (che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni) – ha affermato che, ciò

nondimeno, la stipulazione di tale contratto deve sottostare ai principi fondamentali del Trattato, in generale, e del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare, *“dato che tale principio implica, in particolare, un obbligo di trasparenza al fine di consentire all’amministrazione aggiudicatrice di accertare che detto principio sia rispettato, obbligo consistente nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l’apertura degli appalti di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull’imparzialità delle procedure di aggiudicazione”*; in quel caso, tuttavia, non risulta che la Corte abbia previamente sindacato la presenza, o meno, di un interesse transfrontaliero certo per l’affidamento oggetto di causa;

- p2) nella successiva sentenza del 17 luglio 2008, *ASM Brescia*, cit. (anch’essa menzionata nella decisione qui in rassegna), la Corte di Lussemburgo ha ribadito il principio di diritto della decisione *Telaustria e Telefonadress*, questa volta però precisandolo nel senso che deve sussistere l’interesse transfrontaliero certo (individuabile in base ai criteri, nel tempo, elaborati dalla giurisprudenza della stessa Corte, segnatamente quelli del luogo di esecuzione del servizio e del suo valore economico); in tale occasione si è quindi statuito che *“qualora siffatta concessione presenti un interesse transfrontaliero certo, la sua assegnazione in totale assenza di trasparenza ad un’impresa con sede nello Stato membro dell’amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate alla suddetta concessione”*;
- q) sulle concessioni del servizio di distribuzione del gas, cfr. la sentenza della Corte di giustizia UE del 21 luglio 2005, *Coname*, cit. (richiamata nella sentenza qui in rassegna), in cui la Corte, rilevato che l’attribuzione di tali concessioni non è disciplinata da nessuna delle direttive con cui il legislatore comunitario ha disciplinato il settore degli appalti pubblici, ha precisato che *“è alla luce del diritto primario e, più in particolare, delle libertà fondamentali previste dal trattato che devono essere esaminate le conseguenze di diritto comunitario relative all’affidamento di tali concessioni”*, con possibile emersione e rilevanza di questioni di discriminazioni indirette in base alla nazionalità (nel caso di specie, la Corte ha negato la possibilità di affidamenti diretti a società partecipate, ancorché minoritariamente, da privati, con ciò confermando che le società a capitale misto non possono determinare una deroga al regime dell’evidenza pubblica nella individuazione dei gestori di servizi pubblici, soprattutto in ambito locale);

r) sul principio di tutela del legittimo affidamento, e sui suoi limiti se declinato nei confronti delle stesse istituzioni europee, si considerino i seguenti precedenti della giurisprudenza della Corte di giustizia UE:

r1) la sentenza della grande sezione del 19 luglio 2016, C-526/14, *Tadej Kotnik* (in *Foro it.*, 2016, IV, 583, con nota di RAGANELLI, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 773, con nota di RAGANELLI, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2016, 1579, con nota di FERRARO, ed in *Riv. dir. soc.*, 2017, 1077, con nota di DONATI), in cui, con richiamo a pregressa e consolidata giurisprudenza, si è ribadito che, nei confronti delle istituzioni europee, il principio di tutela del legittimo affidamento è invocabile qualora *“rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, siano state fornite all’interessato dalle autorità competenti dell’Unione. Il diritto menzionato spetta difatti a qualsiasi soggetto in capo al quale un’istituzione, un organo o un organismo dell’Unione abbia ingenerato aspettative fondate, fornendogli precise rassicurazioni”* (punto n. 62); in tale quadro, si è tuttavia aggiunto, *“gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell’ambito del potere discrezionale delle istituzioni dell’Unione, specialmente in un settore come quello degli aiuti di Stato, il cui oggetto implica un costante adattamento in funzione dei mutamenti della situazione economica”* (punto n. 66); inoltre, se pure in linea di principio è opportuna l’introduzione di un regime transitorio per tutelare situazioni insorte prima dell’entrata in vigore di una nuova normativa, tuttavia *“un interesse pubblico inderogabile può ostare all’adozione di provvedimenti transitori”*: nel caso di specie (che riguardava, come noto, l’applicazione retroattiva delle norme in materia di aiuti di Stato per le misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria), si è ritenuto che *“l’obiettivo di garantire la stabilità del sistema finanziario, al contempo evitando una spesa pubblica eccessiva e minimizzando le distorsioni della concorrenza, costituisce un interesse pubblico superiore di tale natura”* (punto n. 69);

r2) Corte di giustizia UE, sentenza 27 novembre 2012, C-566/10, *Repubblica italiana c. Commissione europea* (in *Foro it.*, 2013, IV, 63, con nota di G. GRASSO, in *Nuova giur. civ.*, 2013, I, 404, con nota di VENCHIARUTTI, ed in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2013, 200, con nota di GRASSO) in cui, a fronte di un giudizio comportante il potenziale annullamento di un concorso pubblico già espletato e concluso, la Corte ha nondimeno ritenuto opportuno di non mettere in discussione la validità dell’esito concorsuale; ciò, sulla base della propria pregressa giurisprudenza

secondo cui, qualora una prova di un concorso pubblico venga annullata, i diritti di un ricorrente che non ha superato tale prova sono adeguatamente tutelati se la commissione giudicatrice e l'autorità che ha il potere di nomina riesaminano le loro decisioni e cercano una soluzione equa per il suo caso senza che sia necessario modificare i risultati del concorso nel loro complesso o annullare le nomine effettuate in esito allo stesso, dovendosi conciliare, proprio in ossequio al principio del legittimo affidamento, gli interessi dei candidati svantaggiati da un'irregolarità commessa in occasione di un concorso e gli interessi degli altri candidati (cfr., in particolare, la sentenza del 6 luglio 1993, C-242/90-P, *Commissione c. Albani*, in *Raccolta*, 1993, I, 3839);

- r3) Corte di giustizia UE, sez. III, sentenza 17 settembre 2009, C-519/07-P, *Commissione delle Comunità europee c. Koninklijke FrieslandCampina NV* (in *Foro it.*, 2010, IV, 194), in cui, pur ribadendosi che *“Il diritto di avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento si estende a ogni individuo in capo al quale un’istituzione comunitaria abbia fatto sorgere fondate speranze a causa di assicurazioni precise che gli avrebbe fornito”*, si è tuttavia aggiunto che, *“qualora un operatore economico prudente ed accorto sia in grado di prevedere l’adozione di un provvedimento comunitario idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio di tale principio nel caso in cui tale provvedimento venga adottato”* (nella specie, la Corte ha escluso che potesse riconoscersi il legittimo affidamento in favore del contribuente che aveva aderito ad un regime fiscale favorevole il quale, però, costituiva un aiuto di stato incompatibile con il mercato comune);
- r4) Corte di giustizia UE, sez. V, sentenza 16 gennaio 2003, C-439/01, *Cipra e altri c. Bezirkshauptmannschaft Mistelbach* (in *Foro it.*, 2004, IV, 464), in cui si è ribadito che *“il principio della certezza del diritto [...] esige che una disciplina che impone obblighi a soggetti giuridici sia chiara e precisa, acciocché essi siano inequivocabilmente consci dei loro diritti e dei loro obblighi e possano agire in modo adeguato”* (con richiamo alla sentenza 9 luglio 1981, causa 169/80, *Gondrand Frères e Garancini*, in *Foro pad.*, 1981, IV, 25);
- s) quanto invece al principio del legittimo affidamento, declinato nei riguardi delle istituzioni nazionali, la Corte di giustizia UE ha affermato, in particolare, i seguenti principi:
- s1) il principio della certezza del diritto, che ha per corollario quello della tutela del legittimo affidamento, esige che una normativa che comporta conseguenze svantaggiose per i privati sia chiara e precisa e che la sua applicazione sia prevedibile per gli amministrati (cfr., in particolare, la

sentenza del 7 giugno 2005, C-17/03, *VEMW*, punto 80, in *Raccolta*, 2005, I, 4983);

- s2) il principio di tutela del legittimo affidamento osta a che una modifica della normativa nazionale privi il contribuente, con effetto retroattivo, del diritto di cui fruiva anteriormente a tale modifica, consistente nell'ottenere il rimborso di imposte percepite in violazione del diritto dell'Unione (cfr., in tal senso, la sentenza dell'11 luglio 2002, C-62/00, *Marks & Spencer*, punto 46, in *Raccolta*, 2002, I, 3793);
- s3) nello stesso solco si è anche statuito che, *“in una situazione in cui i contribuenti, in conformità al diritto nazionale, hanno la scelta tra due mezzi di ricorso possibili in materia di ripetizione di un'imposta percepita in violazione del diritto dell'Unione, uno dei quali beneficia di un termine di prescrizione più lungo, i principi di effettività, di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento ostano a che una normativa nazionale riduca tale termine di prescrizione senza preavviso e in modo retroattivo”* (così la decisione del 12 dicembre 2013, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, cit., menzionata anche dalla sentenza qui in epigrafe);
- t) nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in tema di tutela del principio dell'affidamento, costituiscono affermazioni consolidate quelle di seguito riportate:
 - t1) l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce un *“elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto”* che *“trova copertura costituzionale nell'art. 3 Cost.”*; tale principio, secondo la Corte, non trova tuttavia protezione nel nostro ordinamento *“in termini assoluti e inderogabili”*, non potendosi ritenere assolutamente interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modificchino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata (anche qualora il loro oggetto sia costituito dai diritti soggettivi perfetti), salvo, comunque, il limite costituzionale della materia penale (art. 25, comma 2, Cost.), e *“fermo restando tuttavia che dette disposizioni, al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino”* (cfr., in tal senso, di recente, la sentenza 24 gennaio 2017, n. 16, in *Ambiente*, 2017, 203, con nota di SPINA, nonché oggetto della News US in data 30 gennaio 2017, cui si rinvia per gli opportuni approfondimenti sul tema, *ivi* trattato, della tutela dell'affidamento nella continuità degli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili; sul medesimo aspetto, cfr. anche l'ordinanza

della Corte costituzionale n. 138, del 12 giugno 2017, in *Giur. cost.*, 2017, 1332, nonché oggetto della News US in data 4 luglio 2017);

- t2) pur dovendosi ammettere che interessi pubblici sopravvenuti possano esigere interventi normativi in grado di comprimere posizioni consolidate, *“è comunque necessario, per un verso, che l’incidenza peggiorativa non sia sproporzionata rispetto all’obiettivo perseguito nell’interesse della collettività; per altro verso, che l’intervento di modifica sia prevedibile, non potendosi tollerare mutamenti retroattivi dell’assetto di interessi relativo a rapporti di durata consolidati nel tempo, del tutto inaspettati”* (cfr., in tal senso, di recente, la sentenza n. 203 del 2016, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2016, 789, e la sentenza n. 64 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014, 1368);
- t3) ragione sufficiente per escludere l’insorgenza di un legittimo affidamento si ha anche – secondo quanto di recente affermato dalla Corte – quando risulti *“prevedibile”*, da parte dell’operatore accorto, una sorta di *“fisiologica instabilità”* della disciplina normativa di settore, soprattutto laddove siano individuabili, anche attraverso la disamina dei lavori preparatori della legge, *“ragioni di interesse pubblico”* tali da giustificare adeguatamente le scelte del legislatore (in tal senso, di recente, cfr. la sentenza 26 aprile 2018, n. 89, in *Foro it.*, 2018, I, 2302, nonché oggetto della News US in data 4 maggio 2018, concernente la modifica retroattiva, disposta dalla legislazione siciliana, dei contributi legati all’attività estrattiva da cava);
- t4) per una recente presa di posizione della Corte con riguardo ad un altro importante aspetto dell’*“affidamento”* del cittadino, quello alla sicurezza giuridica ed alla chiarezza delle norme dell’ordinamento, cfr. la sentenza 23 marzo 2018, n. 58 (in *Foro it.*, 2018, I, 1073, con nota di R. ROMBOLI), in cui si è affermato che la tecnica normativa utilizzata dal legislatore per abrogare solo *“apparentemente”* una disposizione che debba formare oggetto dello scrutinio di costituzionalità (disposizione che, nella specie, era originariamente contenuta in un decreto-legge e che, in sede di legge di conversione, era stata formalmente abrogata ma, allo stesso tempo, spostata in un’altra parte del medesimo testo legislativo) *“reca pregiudizio alla chiarezza delle leggi e alla intelligibilità dell’ordinamento, in conseguenza dell’uso del tutto anomalo della legge di conversione”* (in simile situazione, si è concluso da parte della Corte, *“il susseguirsi delle disposizioni non fa venir meno la perdurante rilevanza della questione di legittimità costituzionale sollevata e non ne pregiudica l’esame nel merito da parte di questa corte. Diversamente, si consentirebbe al legislatore di dilazionare, ostacolare o*

addirittura impedire il giudizio di questa corte, in contrasto con il principio di economia dei giudizi [...] e a scapito della pienezza, tempestività ed effettività del sindacato di costituzionalità delle leggi, compromettendo in modo inaccettabile la tutela di diritti fondamentali, specie se connessi, come nel caso in esame, alla tutela della vita”).