

CONCLUSIONI DELL' AVVOCATO GENERALE
NILS WAHL
presentate il 18 settembre 2013 (1)

Causa C-425/12

**Portgás - Sociedade de Produção e Distribuição de Gás, SA
contro
Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal tribunal administrativo e fiscal do Porto
(Portogallo)]

«Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni – Direttiva 93/38/CEE – Mancato recepimento nel diritto interno – Possibilità per un'autorità statale di invocare talune disposizioni della direttiva 93/38/CEE nei confronti di un organismo concessionario di un servizio pubblico avente la qualità di ente aggiudicatore»

1. Sebbene la Corte abbia commemorato il 50° anniversario della sua emblematica sentenza van Gend & Loos (2), le discussioni sulle conseguenze del riconoscimento dell'efficacia diretta del diritto dell'Unione sono tutt'altro che concluse. Ciò vale in particolare per la portata dell'effetto diretto delle direttive. Lo dimostra la presente causa, che offre alla Corte un'ulteriore occasione per rammentare le condizioni necessarie per invocare una direttiva non recepita nel diritto interno.

2. La presente causa solleva, più precisamente, la questione se, ed eventualmente a quali condizioni, lo Stato possa invocare nei confronti di un organismo concessionario di un servizio pubblico, avente peraltro la qualità di ente aggiudicatore, talune disposizioni della direttiva 93/38/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, 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 (3), come modificata dalla direttiva 98/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998 (4), in caso di mancato recepimento di tale atto nel diritto interno entro il termine prescritto.

I – Ambito normativo

A – Diritto dell'Unione

3. L'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 93/38 è così formulato:

«La presente direttiva si applica agli enti aggiudicatori che:

- a) sono autorità pubbliche o imprese pubbliche che svolgono una qualsiasi delle attività di cui al paragrafo 2;
- b) non essendo autorità pubbliche o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui al paragrafo 2 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro».

4. Tra le attività menzionate all'articolo 2, paragrafo 2, della direttiva 93/38 figura la messa a disposizione o gestione di reti fisse per la fornitura di un servizio al pubblico per quanto riguarda la produzione, il trasporto o la distribuzione di gas.

5. L'articolo 4, paragrafi 1 e 2, di detta direttiva dispone quanto segue:

«1. Nell'assegnare gli appalti di forniture, di lavori e di servizi e nell'organizzare concorsi di progettazione, gli enti aggiudicatori applicano procedure che vengono adeguate alle disposizioni della presente direttiva.

2. Gli enti aggiudicatori provvedono affinché non vi siano discriminazioni tra fornitori, imprenditori o prestatori di servizi».

6. Conformemente all'articolo 14, paragrafo 1, lettera c), sub i), di detta direttiva, quest'ultima si applica agli appalti attribuiti dagli enti aggiudicatori che svolgono attività nel settore del trasporto o della distribuzione di gas il cui valore stimato, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (in prosieguo: l'«IVA»), sia pari o superiore a EUR 400 000.

7. Ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 93/38, la Repubblica portoghese era tenuta ad adottare le misure necessarie per conformarsi a detta direttiva e ad applicarle al più tardi il 1° gennaio 1998. Per quanto riguarda le modifiche apportate a tale direttiva dalla direttiva 98/4, esse dovevano, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, di quest'ultima, essere recepite nell'ordinamento portoghese non oltre il 16 febbraio 2000.

B – *Diritto portoghese*

8. Il decreto legge n. 223/2001, del 9 agosto 2001 (5), ha trasposto la direttiva 93/38 nell'ordinamento giuridico portoghese. Conformemente al suo articolo 53, paragrafo 1, il decreto legge n. 223/2001 è entrato in vigore 120 giorni dopo la pubblicazione.

II – Controversia principale, questione pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte

9. La Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás, SA (in prosieguo: la «Portgás») è una società per azioni di diritto portoghese attiva nel settore della produzione e distribuzione di gas naturale (6).

10. Il 7 luglio 2001 la Portgás concludeva con la società Soporgás – Sociedade Portuguesa de Gás Lda un contratto per la fornitura di contatori del gas. Il valore di tale appalto ammontava a EUR 437 053,20 al netto dell'IVA (ossia EUR 532 736,92).

11. Il 21 dicembre 2001 la Portgás presentava una domanda di cofinanziamento comunitario nell'ambito del Fondo europeo di sviluppo regionale, che veniva accolta. Il contratto di attribuzione di aiuti finanziari diretto a coprire le spese ammissibili del progetto POR/3.2/007/DREN, che comprendeva l'acquisto dei contatori del gas, veniva firmato l'11 ottobre 2002.

12. Il 29 ottobre 2009, a seguito di una verifica contabile del progetto effettuata dai servizi dell'Ispettorato generale delle finanze, il gestore del Programa Operacional Norte (Programma Operativo Nord) ordinava il recupero del contributo finanziario concesso alla Portgás nell'ambito del progetto POR/3.2/007/DREN, con la motivazione che, poiché detta società non aveva rispettato le norme giuridiche dell'Unione relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici, tutte le spese oggetto del cofinanziamento pubblico dovevano essere considerate inammissibili.

13. La Portgás proponeva un ricorso amministrativo speciale dinanzi al tribunal administrativo e fiscal do Porto diretto a ottenere una dichiarazione di nullità o l'annullamento di tale decisione, sostenendo che lo Stato portoghese non poteva imporle, in quanto impresa privata, di conformarsi alle disposizioni della direttiva 93/38. Poiché detta direttiva non era ancora stata recepita nel diritto portoghese al momento dei fatti di causa, tali disposizioni non avrebbero potuto produrre effetti diretti nei suoi confronti.

14. Da parte sua, il Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território (Ministero dell'Agricoltura, del Mare, dell'Ambiente e della Pianificazione territoriale; in prosieguo: il «Ministero»), convenuto nel procedimento principale, ha rilevato dinanzi al giudice del rinvio che la direttiva 93/38 è rivolta non solo agli Stati membri, ma anche a tutti gli enti aggiudicatori quali definiti dalla medesima direttiva. Secondo il Ministero, la Portgás, in quanto concessionaria esclusiva del servizio pubblico nella zona coperta dalla concessione, era soggetta agli obblighi scaturenti dalla menzionata direttiva.

15. Nutrendo dubbi in ordine all'interpretazione delle disposizioni di diritto dell'Unione fatte valere nella controversia principale, in data 26 giugno 2012 il tribunal administrativo e fiscal do Porto ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 93/38 (...), l'articolo 14, paragrafo 1, lettera c), sub i), della medesima direttiva, come modificata dalla direttiva 98/4 (...), nonché le restanti disposizioni di dette direttive o i principi generali di diritto comunitario applicabili possano essere interpretati nel senso che essi creano obblighi per i concessionari privati di servizi pubblici [in particolare, per un ente rientrante nell'ambito di applicazione dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della citata direttiva 93/38], sebbene detta direttiva non sia stata recepita nel diritto interno dallo Stato portoghese, obblighi la cui inosservanza potrà essere invocata contro tal ente concessionario privato dal medesimo Stato portoghese mediante atto di uno dei suoi ministeri».

16. La ricorrente nel procedimento principale, il governo portoghese e la Commissione europea hanno presentato osservazioni scritte alla Corte.

17. Alle parti sono stati rivolti quesiti scritti e una domanda di concentrazione delle difese. L'udienza di discussione si è tenuta il 4 luglio 2013.

III – Analisi

18. Rammento che la presente domanda di pronuncia pregiudiziale trae origine da una controversia che oppone la Portgás al Ministero in merito ad una decisione con cui è stato ordinato il recupero dell'aiuto finanziario concesso a detta società nell'ambito del Fondo europeo di sviluppo regionale, con la motivazione che, in occasione dell'acquisto di contatori del gas presso un'altra società, la Portgás non aveva rispettato talune norme di diritto dell'Unione applicabili in materia di appalti pubblici.

19. La Portgás contesta detta decisione sottolineando che, tenuto conto della sua qualità di impresa privata, le disposizioni della direttiva 93/38, che non era ancora stata recepita nel diritto interno al momento dei fatti, non potevano produrre effetti diretti verticali nei suoi confronti. Ritenendo che la direttiva 93/38 abbia per destinatari non solo gli Stati membri, ma anche tutti gli enti aggiudicatori ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), di tale direttiva, il Ministero sostiene, dal canto suo, che quest'ultima comporta obblighi per tutti gli enti menzionati da detta disposizione, in particolare quelli che godono di diritti esclusivi conferiti da uno Stato membro. Tale sarebbe per l'appunto il caso della società ricorrente in quanto concessionaria di un servizio pubblico.

20. Alla Corte si chiede, in sostanza, se e a quali condizioni le disposizioni della direttiva 93/38 possano essere fatte valere nei confronti di un concessionario di servizio pubblico avente la qualità di ente aggiudicatore nel caso in cui tale direttiva non sia stata recepita nel diritto interno.

21. Sebbene, come risulta da giurisprudenza costante, la questione dell'invocabilità di una direttiva nei confronti di un soggetto avente la qualità di concessionario di servizio pubblico sia tutt'altro che inedita, la presente causa si caratterizza per il fatto che tale invocabilità viene rivendicata da un'autorità statale.

22. Anzitutto, rilevo che la questione non è se le disposizioni della direttiva che si chiede di applicare, vale a dire gli articoli 4, paragrafo 1, e 14, paragrafo 1, lettera c), sub i), della direttiva 93/38, soddisfino le condizioni «tecniche» di precisione, chiarezza e incondizionalità necessarie per essere fatte valere nei confronti dello Stato (7).

23. Peraltro, mi sembra che non vi siano dubbi sul fatto che dette disposizioni soddisfano i criteri prescritti. Infatti, per quanto riguarda gli appalti di forniture e di servizi il cui valore stimato, al netto dell'IVA, sia pari o superiore a EUR 400 000, tali disposizioni pongono a carico, in particolare, degli enti aggiudicatori che esercitano attività nei settori del trasporto o della distribuzione di gas un obbligo preciso e incondizionato, nel senso che l'aggiudicazione di tali appalti deve essere conforme alle disposizioni e alle procedure previste dalla direttiva 93/38 e deve essere effettuata senza discriminazioni tra fornitori, imprese o prestatori di servizi. Non sembra che occorran specifiche misure di attuazione per garantire il rispetto di siffatti requisiti. Tale valutazione trova un solido sostegno, a mio avviso, nella giurisprudenza relativa a disposizioni comparabili in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici (8).

24. Per contro, si discute se dette disposizioni possano essere opposte alla Portgás solo in quanto concessionaria di un servizio pubblico avente la qualità di ente aggiudicatore ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 93/38. Si pone inoltre la questione se, a prescindere dalla possibilità di considerare la Portgás come un'emanazione dello Stato ai sensi della giurisprudenza, un'autorità statale possa rivendicare l'applicazione di talune disposizioni di detta direttiva.

25. Nella fattispecie ritengo pertanto che, per rispondere alla questione sollevata, occorra anzitutto stabilire se alla Portgás possano essere opposte, nella sua sola qualità di concessionario di un servizio pubblico, le disposizioni della direttiva 93/38 e, in caso di risposta affermativa, chiedersi se le autorità amministrative di uno Stato membro possano rivendicare l'applicazione nei suoi confronti delle disposizioni di detta direttiva che, all'epoca dei fatti di causa, non erano state trasposte nell'ordinamento giuridico.

26. In altre parole, una volta risolta la questione di sapere *nei confronti di chi* possa essere invocata l'applicazione delle disposizioni della direttiva non recepite o recepite in modo non corretto, occorre ancora stabilire *chi* possa far valere dette disposizioni e, se del

caso, a quale titolo.

A – Sulla possibilità di invocare le disposizioni della direttiva 93/38 nei confronti della Portgás solo nella sua qualità di concessionario di un servizio pubblico e di ente aggiudicatore ai sensi dell'articolo 2 di detta direttiva

27. Nel caso di specie si contrappongono due concezioni.

28. Da un lato, la ricorrente nel procedimento principale fa valere sostanzialmente che, poiché la direttiva 93/38 non era ancora stata recepita nel diritto interno alla data in cui è stato stipulato il contratto di fornitura in questione, le autorità amministrative portoghesi non avrebbero potuto invocare nei suoi confronti le disposizioni di detta direttiva. Essa rammenta che, secondo costante giurisprudenza, le direttive non recepite non possono far nascere obblighi a carico dei singoli. Orbene, essa rivestirebbe per l'appunto la qualità di singolo, pur avendo assunto la qualità di concessionario di un servizio pubblico. A tale proposito, essa sottolinea di non disporre di alcuna prerogativa che ecceda i limiti del diritto ordinario.

29. D'altro lato, il governo portoghese e la Commissione sostengono, essenzialmente, che la Portgás, nella sua qualità di concessionario esclusivo di un servizio pubblico e di ente aggiudicatore ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 93/38, era tenuta a conformarsi alle disposizioni di detta direttiva, per quanto tale atto non fosse ancora stato recepito nel diritto interno alla data di stipulazione del contratto di fornitura controverso.

30. Mi sembra importante ricordare che il riconoscimento dell'efficacia diretta delle direttive si basa, in definitiva, su due obiettivi complementari: l'esigenza di garantire efficacemente i diritti conferiti ai singoli da tali atti e la volontà di sanzionare le autorità nazionali che non abbiano rispettato l'effetto obbligatorio e assicurato l'effettiva applicazione dei medesimi atti (9).

31. Considerata in quest'ottica, e come la Corte ha costantemente rammentato, la natura vincolante della direttiva, sulla quale è basata la possibilità di farla valere dinanzi al giudice nazionale, sussiste solo nei confronti dello «Stato membro cui è rivolta». Ne consegue che una direttiva non può di per sé imporre obblighi al singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (10). Un'autorità nazionale non può far valere contro un privato una disposizione di una direttiva per la quale non si è ancora proceduto alla necessaria attuazione nell'ordinamento giuridico nazionale (11).

32. In altre parole, e nonostante i legittimi dubbi sorti al riguardo (12), l'effetto diretto delle direttive non può che essere di natura «verticale» e «ascendente», nel senso che può prodursi solo in occasione di un ricorso proposto da un singolo contro un'autorità statale. Tale regola ha per corollario che l'obbligo del giudice nazionale di interpretare le norme di diritto nazionale conformemente alle disposizioni di una direttiva incontra un limite laddove tale interpretazione porti ad opporre ad un singolo un obbligo previsto da una direttiva non recepita (13).

33. Tuttavia, tale limitazione è controbilanciata dal fatto che gli enti ai quali si possono opporre le disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva europea rivestono molteplici forme e qualità. Infatti, è altresì pacifico che la nozione di «Stato membro» nei confronti del quale possono essere invocate le disposizioni di una direttiva è concepita in maniera al contempo funzionale ed estensiva.

34. Essa include, anzitutto, il complesso degli organismi della Pubblica Amministrazione, comprese le autorità decentrate (14). Peraltro, gli amministrati, qualora

siano in grado di far valere una direttiva nei confronti dello Stato, possono farlo indipendentemente dalla qualità nella quale questo agisce, come datore di lavoro o come pubblica autorità. In entrambi i casi è infatti opportuno evitare che lo Stato possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto dell'Unione (15).

35. La suddetta nozione comprende, più in generale, l'insieme dei soggetti pubblici o privati che hanno rapporti particolari con lo Stato, vale a dire, per riprendere la formulazione utilizzata nella sentenza Foster e a. (16) e ribadita più volte (17), gli organismi e le imprese che, indipendentemente dalla loro forma giuridica, siano stati incaricati con un atto della pubblica autorità di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispongano a tal fine di poteri che eccedono i limiti risultanti dalle norme applicabili nei rapporti fra singoli.

36. La Corte ha infatti dichiarato che ad una persona giuridica di diritto privato possono opporsi le disposizioni di una direttiva direttamente applicabili qualora lo Stato abbia trasferito a tale persona giuridica un compito particolare e la controlli direttamente o indirettamente (18).

37. Per contro, non mi sembra che dalla giurisprudenza risulti che il semplice fatto che un ente abbia la qualità di autorità aggiudicatrice, ai sensi della normativa europea, implichi che esso sia considerato come facente parte dello Stato.

38. Benché, secondo la giurisprudenza della Corte, le disposizioni di una direttiva possano produrre effetti diretti nei confronti di un organismo incaricato di fornire, sotto il controllo dello Stato, un servizio di interesse pubblico, occorre altresì che l'ente disponga di poteri superiori a quelli che risultano dalle norme applicabili ai rapporti fra singoli.

39. Orbene, se pure è vero che, come rilevato dalla Commissione, la qualità di ente aggiudicatore viene riconosciuta, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 93/38, solo ad enti privati che «operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro», tuttavia tale qualità non implica necessariamente che detti enti beneficino di «poteri esorbitanti» ai sensi della citata giurisprudenza Foster e a., come precisato, in particolare, dalle citate sentenze Collino e Chiappero (19) e Rieser Internationale Transporte (20).

40. Peraltro, non sono affatto convinto che si debba estendere la possibilità di invocare le direttive in forza dell'effetto diretto nei confronti di tali enti.

41. Anzitutto, va sottolineato che, in generale, il fatto che un ente rientri nell'ambito di applicazione *ratione personae* di una direttiva non è un elemento decisivo per potergli opporre le disposizioni non recepite della stessa (21), poiché ciò che rileva è che, ai sensi dell'articolo 288, terzo comma, TFUE, solo gli Stati sono destinatari delle direttive. Pertanto, sebbene la Portgás faccia parte degli enti espressamente inclusi nell'ambito di applicazione della direttiva controversa, nella sua qualità di società concessionaria di un servizio pubblico affidatole in via esclusiva dallo Stato, è difficile sostenere che essa fosse tenuta a conformarsi alle disposizioni della direttiva 93/38 prima dell'entrata in vigore dell'atto legislativo di trasposizione.

42. Inoltre, nonostante i possibili legittimi parallelismi, la nozione di «ente aggiudicatore» non ha la medesima portata della nozione di «Stato» nel senso funzionale del termine, nei confronti del quale un singolo possa invocare l'effetto diretto di una direttiva (22).

43. Analogamente, la circostanza che un'impresa privata sia incaricata di fornire, in

quanto concessionaria esclusiva, un servizio di interesse pubblico non è sufficiente per poterle opporre le disposizioni di una direttiva non recepita nel diritto interno. Deve prima constatarsi che detta impresa dispone di poteri esorbitanti e che è soggetta al controllo delle autorità pubbliche (23).

44. Tornando al procedimento principale, dagli elementi presentati alla Corte (24) emerge, a prima vista, che i rapporti tra la Portgás e le autorità statali portoghesi non sono così stretti come quelli che intercorrevano nella causa sfociata nella sentenza Foster e a. tra l'ente in questione e le autorità britanniche. Mi sembra che i poteri di controllo sulla Portgás delle autorità portoghesi siano molto più limitati (25).

45. Tuttavia, poiché il giudice del rinvio non ha fornito informazioni sufficienti riguardo alla Portgás per stabilire se detta impresa, al momento dei fatti controversi, disponesse di poteri esorbitanti e fosse soggetta al controllo delle autorità pubbliche, spetterà a detto giudice esaminare, conformemente alla regola sancita dalla sentenza Foster e a. (26) e all'approccio tradizionalmente adottato dalla Corte in casi analoghi (27), se tali condizioni sussistessero nel caso della Portgás all'epoca dei fatti di cui è causa.

46. In mancanza di elementi atti a dimostrare che la Portgás debba essere equiparata allo Stato, l'invocabilità della direttiva dovrebbe essere esclusa, in quanto, come risulta dalla costante giurisprudenza della Corte ricordata sopra, essa non può far nascere obblighi in capo a un singolo e a quest'ultimo non possono essere opposte le disposizioni di una direttiva non recepita.

47. Decidere diversamente significherebbe sancire un effetto diretto discendente delle disposizioni della direttiva 93/38 nonché consentire allo Stato, considerato nel suo complesso, di avvalersi nei confronti dei singoli della propria inadempienza.

48. Per contro, qualora la Portgás dovesse essere equiparata ad un'impresa che dispone di prerogative dei pubblici poteri e fosse compresa quindi nella succitata nozione funzionale di Stato – o di emanazione dello stesso –, occorrerebbe ancora stabilire se il ministero interessato nel caso di specie possa rivendicare l'applicazione della direttiva non trasposta.

B – Sulla questione se le disposizioni della direttiva controversa possano essere invocate da un'autorità statale nei confronti di un ente qualificato come «emanazione dello Stato»

49. Come si è già rilevato, non sembrano esservi dubbi sul fatto che le disposizioni delle direttive non possano essere invocate, in forza dell'effetto diretto, nei confronti dei singoli, atteso che le direttive fanno nascere obblighi solo a carico degli Stati membri destinatari.

50. Ciò precisato, si pone la questione se si debba escludere in qualunque caso che lo Stato possa far valere disposizioni di una direttiva non recepita oppure se tale limitazione valga solo nel caso in cui l'invocabilità delle disposizioni della direttiva non recepita venga rivendicata nei confronti di un singolo. Nella fattispecie, qualora si dovesse ritenere che la Portgás vada equiparata ad un'«emanazione dello Stato» alla quale possono opporsi le disposizioni della direttiva, si dovrebbe nondimeno escludere che il Ministero possa far valere detta direttiva?

51. Sono del parere che tale questione debba essere risolta in senso negativo.

52. Tuttavia, per i motivi che mi accingo ad esporre, mi sembra che, in tale scenario ipotetico, la possibilità per un'autorità statale di far valere nei confronti di un'altra articolazione dello Stato l'inosservanza delle disposizioni di una direttiva rientrerebbe in una problematica estranea alla tradizionale discussione sull'effetto diretto verticale – e a

fortiori orizzontale – delle direttive, ma troverebbe la propria fonte nell'obbligo incombente a tutte le autorità statali di conformarsi alle disposizioni delle direttive (articolo 288, terzo comma, TFUE) nonché di cooperare lealmente e di assicurare la piena esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni (articolo 4, paragrafo 3, TUE).

53. In primo luogo, non mi sembra che tale problematica sia direttamente collegabile alla giurisprudenza concernente l'intensità dell'effetto diretto che occorre riconoscere alle disposizioni delle direttive.

54. Infatti, dai termini impiegati dalla giurisprudenza e dall'interpretazione offerta dalla dottrina risulta che i «due poli del rapporto verticale caratteristico dell'effetto diretto delle direttive» (28) consistono, come si è già rilevato, nella presenza, da un lato, di uno «Stato membro» – o di una delle sue articolazioni o emanazioni – nei confronti del quale possono essere invocate le disposizioni di una direttiva non trasposta o non trasposta correttamente e, dall'altro, di un «singolo», unico soggetto legittimato a far valere tali disposizioni alla scadenza del termine di trasposizione (29).

55. Se è vero che la Corte ha riconosciuto che enti pubblici equiparabili a priori ad articolazioni dello Stato possono eventualmente valersi di disposizioni precise e incondizionate di una direttiva non recepita in forza dell'effetto diretto delle direttive, tali enti o articolazioni devono essere considerati alla stregua di singoli riguardo alla direttiva in questione. Infatti, nella causa che ha dato luogo alla sentenza Comune di Carpaneto Piacentino e a., la Corte ha sottolineato che «[g]li enti di diritto pubblico, che in tale contesto vanno equiparati ai privati, sono pertanto legittimati ad avvalersi della norma del non assoggettamento per le attività da essi svolte in quanto pubbliche autorità e non incluse nell'allegato D della direttiva» (30).

56. In secondo luogo, mi sembra importante precisare che l'argomento basato sul principio dell'«estoppel» o sul brocardo «nemo auditur propriam turpitudinem allegans» non ha lo stesso peso in una fattispecie in cui sia un ente statale a far valere le disposizioni di una direttiva nei confronti di un altro ente statale o di un'altra articolazione dello Stato. Mentre tale argomento appare rilevante quando lo Stato intende opporre ai singoli l'inadempimento degli obblighi derivanti da una direttiva europea, in quanto mira ad evitare che detto Stato possa trarre vantaggio dal proprio obbligo di recepimento, non può dirsi lo stesso quando la controversia opponga due articolazioni dello Stato.

57. Così, tornando al procedimento principale, supponendo che la Portgás debba essere equiparata ad un'emanazione dello Stato ai sensi della citata giurisprudenza Foster e a., ci troveremmo, in definitiva, di fronte a due carenze: da un lato, lo Stato non avrebbe rispettato l'obbligo di recepire la direttiva 93/38 scaturente dall'articolo 288 TFUE e, dall'altro, verrebbe addebitata alla Portgás, in quanto ente aggiudicatore, l'inosservanza delle disposizioni di detta direttiva.

58. Sono perciò del parere che tale problematica non presenti alcun nesso con la discussione sulla portata e sull'intensità dell'efficacia diretta che occorre riconoscere alle disposizioni precise e incondizionate delle direttive, ma si collochi nell'ambito degli obblighi che incombono alle autorità statali in forza del loro dovere di leale cooperazione e di piena esecuzione degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione.

59. A tale proposito mi sembra importante sottolineare che il principale obbligo degli Stati membri ai fini dell'attuazione delle direttive consiste sì nell'adeguare alle medesime il diritto nazionale adottando entro i termini prescritti provvedimenti di trasposizione conformi sia al loro contenuto che agli scopi perseguiti, ma non si limita a questo.

L'efficacia obbligatoria riconosciuta alle direttive implica, oltre a detto obbligo di trasposizione, che tutte le autorità e le articolazioni dello Stato garantiscano l'effettiva attuazione di tali atti.

60. In virtù del principio di leale cooperazione, gli Stati membri adottano tutte le misure generali o particolari in grado di garantire l'esecuzione dei loro obblighi di diritto dell'Unione. Come ha precisato la Corte, l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire lo scopo da questa contemplato, come pure il loro obbligo di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri (31).

61. La Corte ha infatti considerato che, oltre che per le autorità statali centrali, l'obbligo di adottare tutte le misure atte a garantire l'esecuzione delle direttive vale anche per le autorità decentrate, a prescindere dal loro grado di autonomia, e per gli organi giurisdizionali.

62. Sono dell'avviso che l'applicazione di tale obbligo di esecuzione non vada limitata alle suddette autorità e che occorra, per coerenza, estenderla a tutti gli organismi ed enti che soddisfino le condizioni per essere qualificati come emanazioni dello Stato nel senso funzionale del termine, quale precisato nella citata sentenza Foster e a.

63. Pertanto, tornando al caso in esame, se si dovesse ritenere che un'entità, quale la Portgás, concessionaria di un servizio pubblico e al contempo ente aggiudicatore sia equiparabile allo Stato, non vedo perché non le si potrebbero opporre le disposizioni della direttiva 93/38. Al contrario, non solo tali disposizioni potrebbero essere fatte valere nei suoi confronti, ma essa sarebbe anche tenuta, nella sua qualità di articolazione dello Stato, ad adottare tutte le misure necessarie alla loro esecuzione, a prescindere se dette disposizioni soddisfino o meno le condizioni tecniche per essere invocate in forza dell'effetto diretto. In tal caso, si dovrebbe concludere che la Portgás era soggetta agli obblighi previsti dalla menzionata direttiva a partire dal 1° gennaio 1998 e avrebbe inoltre potuto essere sanzionata per non averli adempiuti, con provvedimento dell'autorità di tutela competente o decisione dei giudici nazionali su domanda dei terzi lesi da detto inadempimento. Tali sanzioni costituirebbero adeguate misure di attuazione della direttiva di cui trattasi, in quanto volte precisamente ad agevolare l'adozione di decisioni o procedure conformi ad essa.

64. D'altro canto, facendo valere la violazione da parte della Portgás di talune disposizioni della direttiva 93/38 qui in discussione, il Ministero, nella sua qualità di autorità di tutela, si limita a conformarsi al proprio obbligo di attuazione e di leale cooperazione, a prescindere dal recepimento della direttiva. In quest'ottica, non gli si può imputare di trarre vantaggio dalla situazione di mancato recepimento.

65. Detto obbligo di cooperare e di conformarsi mi sembra peraltro rafforzato quando, come nel procedimento principale, l'autorità statale in questione sia incaricata, in quanto autorità di tutela, di assicurare la corretta gestione e la conformità delle operazioni che formano oggetto di un finanziamento da parte dei Fondi strutturali. Come ha osservato la Commissione nelle sue memorie, le autorità di gestione designate dagli Stati membri per amministrare gli interventi dei Fondi assumono una responsabilità particolare, in quanto devono espressamente assicurare che tali interventi siano conformi alle disposizioni del Trattato e degli atti di diritto derivato, tra i quali figurano gli atti applicabili in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici (32).

66. Pertanto, se si dovesse concludere che la Portgás è equiparabile allo Stato, non vedo motivi per cui non dovrebbero esserle opponibili le disposizioni della direttiva 93/38, anche

qualora tale opponibilità venga rivendicata da un'altra autorità statale. È vero che la giurisprudenza riconosce l'effetto diretto delle direttive non recepite solo nel caso in cui sia invocato da un singolo nei confronti dello Stato o di un ente ad esso equiparabile, mentre lo esclude espressamente qualora sia invocato dallo Stato nei confronti di un singolo. Tuttavia, ciò non implica che le disposizioni di una direttiva non possano essere fatte valere in una controversia tra lo Stato e un ente ad esso collegato. La questione non riguarda più l'effetto diretto, bensì la necessità di attuare una direttiva in forza dell'obbligo di esecuzione degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione e di leale cooperazione che incombe agli organi e alle articolazioni dello Stato.

IV – Conclusioni

67. Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, propongo alla Corte di rispondere come segue alla questione pregiudiziale sollevata dal tribunal administrativo e fiscal do Porto:

Gli articoli 4, paragrafo 1, e 14, paragrafo 1, lettera c), sub i), della direttiva 93/38/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, 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, come modificata dalla direttiva 98/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, non possono essere invocati dalle autorità di uno Stato membro nei confronti di un'impresa privata per il solo fatto che è la concessionaria esclusiva di un servizio di interesse pubblico rientrante nell'ambito di applicazione *ratione personae* di tale direttiva, se la medesima non è ancora stata recepita nell'ordinamento giuridico di detto Stato membro. Spetta al giudice nazionale accertare se, oltre alla qualità di concessionario di servizio pubblico, l'impresa in questione disponga di prerogative esorbitanti.

1 – Lingua originale: il francese.

2 – Sentenza del 5 febbraio 1963 (26/62, Racc. pag. 1).

3 – GU L 199, pag. 84.

4 – GU L 101, pag. 1.

5 – *Diário da República* I, serie A, n. 184, del 9 agosto 2001, pag. 5002.

6 – Secondo le informazioni fornite dalla ricorrente nel procedimento principale, quest'ultima, fin dalla sua costituzione, è detenuta in maggioranza da azionisti privati.

7 – Secondo costante giurisprudenza, in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle

valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, vuoi qualora esso abbia omesso di trasporre la direttiva nel diritto nazionale entro i termini, vuoi qualora l'abbia recepita in modo non corretto [v., segnatamente, sentenze del 19 gennaio 1982, Becker (8/81, Racc. pag. 53, punto 25), e del 24 gennaio 2012, Dominguez (C-282/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 33 e la giurisprudenza ivi citata)].

[8](#) – V., in particolare, sentenze del 20 settembre 1988, Beentjes (31/87, Racc. pag. 4635, punti da 40 a 44); del 22 giugno 1989, Costanzo (103/88, Racc. pag. 1839, punti da 29 a 31); del 24 settembre 1998, Tögel (C-76/97, Racc. pag. I-5357, punti da 42 a 47); del 4 marzo 1999, HI (C-258/97, Racc. pag. I-1405, punti da 34 a 39); del 16 settembre 1999, Fracasso e Leitschutz (C-27/98, Racc. pag. I-5697, punti 36 e 37), e del 18 ottobre 2001, SIAC Construction (C-19/00, Racc. pag. I-7725, punti da 35 a 45).

[9](#) – V., in particolare, sentenza del 26 febbraio 1986, Marshall (152/84, Racc. pag. 723, punto 47).

[10](#) – Sentenze Marshall, cit., punto 48; dell'8 ottobre 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Racc. pag. 3969, punto 9), e del 26 settembre 1996, Arcaro (C-168/95, Racc. pag. I-4705, punto 36).

[11](#) – V., segnatamente, sentenza Kolpinghuis Nijmegen, cit., punto 10.

[12](#) – Non è possibile elencare in questa sede i numerosi commentari alla giurisprudenza e contributi dottrinali dedicati alle condizioni necessarie per invocare le direttive, in particolare nelle controversie orizzontali. A tale proposito, mi limiterò a rinviare ai testi menzionati dall'avvocato generale Cruz Villalón al paragrafo 75 (nota 32) delle sue recenti conclusioni nella causa Association de médiation sociale (C-176/12), ancora in corso.

[13](#) – V., in particolare, sentenza Arcaro, cit., punto 42.

[14](#) – V., in particolare, sentenza Costanzo, cit., punto 32.

[15](#) – V., in particolare, sentenza Marshall, cit., punto 49.

[16](#) – Sentenza del 12 luglio 1990 (C-188/89, Racc. pag. I-3313, punto 20).

[17](#) – Sentenze del 14 settembre 2000, Collino e Chiappero (C-343/98, Racc. pag. I-6659, punto 23); del 5 febbraio 2004, Rieser Internationale Transporte (C-157/02, Racc. pag. I-1477, punto 24); del 19 aprile 2007, Farrell (C-356/05, Racc. pag. I-3067, punto 40), e Dominguez, cit., punto 39.

[18](#) – V. sentenza Rieser Internationale Transporte, cit., punto 29.

[19](#) – Punto 23.

[20](#) – V. punti da 25 a 27. Per concludere che alla Asfinag potevano essere opposte la disposizioni di una direttiva direttamente applicabili, la Corte ha anzitutto constatato che tale organismo, oltre ad essere incaricato, con un atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse generale, disponeva di poteri esorbitanti.

[21](#) – V., in particolare, sentenze del 14 luglio 1994, Faccini Dori (C-91/92, Racc. pag. I-3325), concernente la direttiva 85/577/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (GU L 372, pag. 31), e del 12 dicembre 1996, X (C-74/95 e C-129/95, Racc. pag. I-6609), concernente soggetti rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 90/270/CEE del Consiglio, del 29 maggio 1990, relativa alle prescrizioni minime in materia di sicurezza e di salute per le attività lavorative svolte su attrezzature munite di videoterminali (quinta direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 89/391/CE) (GU L 156, pag. 14).

[22](#) – Come rilevato dall'avvocato generale Alber nelle conclusioni relative alla causa che ha dato luogo alla sentenza Rieser Internationale Transporte, cit., paragrafo 35, «[i]l concetto di amministrazione aggiudicatrice non deve avere necessariamente lo stesso significato dello Stato in senso funzionale, verso cui il singolo può invocare l'efficacia diretta di una direttiva».

[23](#) – Come sottolineato dall'avvocato generale Van Gerven nelle conclusioni relative alla causa Foster e a., cit., paragrafo 22, l'impresa nei cui confronti può essere invocata una disposizione incondizionata e sufficientemente precisa è quella nei cui confronti lo Stato «assume una responsabilità che gli consente di influenzare in misura determinante e in qualsiasi modo (escluso l'esercizio di una competenza legislativa generale) il comportamento di detta persona o di detto ente in relazione alla materia nella quale la disposizione in questione della direttiva impone un obbligo che lo Stato membro ha omesso di trasporre nel proprio ordinamento nazionale».

[24](#) – Tali elementi consistono in particolare nel decreto legge n. 33/91 (*Diário da República* I,

serie A, n. 13, del 16 gennaio 1991, pag. 235) e nel contratto di concessione di distribuzione del gas concluso nel dicembre 1993 tra la Portgás e lo Stato portoghese.

[25](#) – In tal senso, risulta che lo Stato non ha la facoltà di nominare i dirigenti della società, di impartire direttive generali – e in certi casi istruzioni obbligatorie – su varie questioni o di stabilire la destinazione di determinati fondi, in modo da poter esercitare pressioni sulla direzione dell'impresa in questione.

[26](#) – Come risulta dal punto 15 della citata sentenza Foster e a., mentre la Corte è competente a determinare in via pregiudiziale le categorie di soggetti nei cui confronti possono essere invocate le disposizioni di una direttiva, spetta invece ai giudici nazionali stabilire se una parte in un procedimento di cui essi sono investiti rientri in una delle categorie così definite.

[27](#) – V., in particolare, citate sentenze Collino e Chiappero, punto 24; Farrell, punto 41, e Dominguez, punto 40.

[28](#) – V. Simon, D., *La directive européenne*, Dalloz, 1997, pag. 73.

[29](#) – Riprendendo la formulazione originale impiegata dal giudice dell'Unione, il riconoscimento dell'efficacia diretta si fonda sulla «vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti» (v. sentenza Van Gend & Loos, cit., pag. 25).

[30](#) – Sentenza del 17 ottobre 1989 (231/87 e 129/88, Racc. pag. 3233, punto 31).

[31](#) – V., in particolare, sentenze del 10 aprile 1984, von Colson e Kamann (14/83, Racc. pag. 1891), e Kolpinghuis Nijmegen, cit., punto 12.

[32](#) – V., in particolare, articoli 12 e 38 del regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio, del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui Fondi strutturali (GU L 161, pag. 1), applicabile ai fatti del procedimento principale. Nel caso di specie può sembrare sorprendente che la discussione si sia focalizzata sulla questione dell'invocabilità della direttiva 93/38, mentre le autorità nazionali competenti erano comunque tenute ad assicurare il pieno rispetto delle disposizioni del regolamento europeo applicabili in materia di appalti pubblici, senza alcun dubbio obbligatorie e direttamente applicabili.