

In generale, è ormai pacifico (quanto meno dalla Comunicazione Interpretativa della Commissione europea 2000/C 121/02 sulle concessioni nel diritto comunitario) che le concessioni di pubblico servizio debbano essere affidate sulla base di procedure competitive nel rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione (cfr., con riferimento al servizio di distribuzione del gas, C.G.C.E., 17 luglio 2008, C-347/06). Una interpretazione comunitariamente orientata del presupposto considerato dall'articolo 15, comma 9, del d.lgs. 164/2000 conduce a ritenere che l'elemento qualificante di una "gara", sia la predefinizione e comunicazione ai potenziali interessati delle regole della competizione (nella forma, quanto meno, dei contenuti delle offerte e dei relativi criteri di valutazione), unica seria garanzia che la scelta del contraente privato rispetti i principi di imparzialità e parità di trattamento, a tutela della concorrenza e del mercato, e presupposto indispensabile della sua sindacabilità in sede giurisdizionale. D'altra parte, la proroga dodecennale degli affidamenti in essere si giustifica in quanto si tratti di affidamenti intervenuti sulla base di regole quanto meno analoghe a quelle che dovranno essere seguite per i nuovi, aventi la medesima durata massima. Riguardo al presupposto dell'applicazione dell'articolo 15, comma 9, la giurisprudenza ha affermato che "un procedimento di selezione del contraente, da parte di una pubblica amministrazione, presenta i caratteri di evidenza pubblica allorché sia seguito un insieme di regole stabilite da un'apposita normativa, o, in caso di discrezionale scelta circa il modo di individuare il contraente privato, si dimostri che sia stata data adeguata pubblicità alla iniziativa e vi siano state corrette limitazioni del potere di selezione, attraverso un insieme di garanzie, date ai terzi, di parità di trattamento, fra tutti i soggetti che intendevano proporre offerte, quanto alla valutazione di esse". Mancando questo minimum, sotto il profilo della predefinizione delle regole della competizione, e, più in generale, sotto quello della imparzialità e parità di trattamento nella scelta, occorre concludere che si sia in presenza di un affidamento diretto. La giurisprudenza ha affermato che dall'articolo 46-bis del d.l. 159/2007, convertito in legge 222/2007 (poi modificato dalla legge 244/2007), nella vigente formulazione, "non può desumersi l'introduzione di una moratoria sine die delle procedure di gara nel settore della distribuzione del gas naturale. Tanto più che finora non sono stati ancora individuati i bacini ottimali di utenza e i criteri di selezione, nonostante siano abbondantemente scaduti i termini, previsti dall'art. 46 bis cit., per lo svolgimento dei relativi adempimenti (...). Tale conclusione è confortata dalla necessità di rispettare i principi comunitari in materia di tutela della concorrenza e libertà di prestazione dei servizi, nonché le stesse finalità descritte dal comma 1 dell'art. 46 bis di "garantire al settore della distribuzione di gas naturale maggiore concorrenza e livelli minimi di qualità dei servizi essenziali. Il singolo comune può legittimamente bandire isolatamente la propria procedura ad evidenza pubblica di affidamento del servizio anche in assenza dei criteri di gara e di valutazione dell'offerta e della previa identificazione dei bacini ottimali di utenza di cui al richiamato art. 46-bis". Mentre in linea di principio la disciplina generale in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica prevale anche su quelle di settore con essa incompatibili (comma 1 dell'articolo 23-bis della legge 133/2008), ciò non accade relativamente alla distribuzione del gas naturale, per la quale continuano ad applicarsi integralmente il d.lgs. 164/2000 e il citato articolo 46-bis.