

## Sugli effetti di un'operazione di aggregazione con gara a doppio oggetto sull'affidamento in house

di Michela Pignatelli

Data di pubblicazione: 11-12-2023

- 1. A seguito della vendita delle proprie quote in Acam s.p.a., il Comune si sarebbe trovato a dover optare tra la scelta di proseguire l'affidamento in house per il tramite di una società estranea (al Comune di Lerici), nella quale non aveva più partecipazioni, o interrompere il precedente affidamento, per la sopravvenuta carenza di un presupposto di fatto idoneo a legittimare l'affidamento diretto. Il Comune avrebbe perciò compiuto solo una scelta di legalità. La scelta comunale di ritirare la precedente deliberazione di affidamento diretto del servizio sarebbe stata necessitata dalla necessità di ripristinare la legittimità della gestione del servizio e non per motivi attinenti a sopravvenuti motivi di pubblico interesse.*
- 2. Il fatto che successivamente il Comune di Lerici abbia venduto le proprie azioni Acam s.p.a. e non abbia acquisito le azioni Iren s.p.a. non è elemento idoneo a far venir meno i presupposti per la prosecuzione del servizio (senza soluzione di continuità) da parte dell'operatore economico individuato a seguito dell'operazione di aggregazione, atteso che al momento dell'individuazione dell'Iren s.p.a. come soggetto aggregatore il Comune di Lerici faceva ancora parte della compagine societaria di Acam s.p.a., mentre al momento della dismissione del pacchetto azionario da parte del Comune di Lerici, quest'ultimo aveva già perduto la competenza in ordine alla gestione del servizio integrato dei rifiuti, che è stata attribuita alla Provincia di La Spezia.*

**N. 09933/2023REG.PROV.COLL.**

**N. 03708/2020 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

## SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3708 del 2020, proposto da Comune di Lerici, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Fantappiè e dall'avvocato Marcello Clarich, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### *contro*

Provincia di La Spezia, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Veronica Allegri, Pietro Piciocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### *nei confronti*

Acam Ambiente s.p.a.; Iren s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Daniela Anselmi, Alessandro Lolli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Daniela Anselmi in Roma, via Amendola, 46/6;

### *per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria n. 847/2019;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di La Spezia e delle società Acam Ambiente s.p.a. e Iren s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2023 il consigliere Paolo Marotta e uditi per le parti gli avvocati, come da verbale;

Viste le conclusioni delle parti presenti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Nella Provincia di La Spezia una società per azioni denominata Acam, a totale partecipazione pubblica e capitale ripartito fra i Comuni interessati, gestiva tramite proprie

controllate i servizi pubblici dei Comuni stessi. Per quanto poi qui direttamente interessa, la Acam gestiva - tramite la seconda ricorrente appellata, ovvero la Acam Ambiente s.p.a. - in particolare il ciclo integrato dei rifiuti nel Comune di Lerici intimato appellante, come da deliberazione del relativo Consiglio comunale 15 giugno 2005 n. 28, qualificata espressamente come delibera di affidamento *in house*, il tutto con scadenza prevista al 31 dicembre 2028 (doc. 2 in I grado Comune appellante; doc. 44 in I grado Comune, accordo di investimento, da p. 12, ove si riassume tutta la vicenda).

2. Per vicende che ai fini del giudizio non rilevano, il gruppo Acam è entrato in crisi e, il giorno 12 luglio 2013, ha dovuto concludere con i creditori un accordo di ristrutturazione, ai sensi dell'art. 182 bis l. fallimentare, omologato con successivo decreto del Tribunale di La Spezia 19 luglio 2013; nel quadro di questo accordo, ha poi ricercato, fra le altre società a partecipazione pubblica di gestione di servizi pubblici attive sul mercato italiano, un soggetto adatto a concludere un'operazione aggregativa, prevista in modo espresso dall'art. 1, commi 611 e 612, della l. 23 dicembre 2014 n. 190. In tal caso, l'art. 3 *bis* comma 2 *bis* del d.l. 13 agosto 2011 n.138 dispone che *"L'operatore economico succeduto al concessionario iniziale, in via universale o parziale, a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, fermo restando il rispetto dei criteri qualitativi stabiliti inizialmente, prosegue nella gestione dei servizi fino alle scadenze previste"*.

3. A seguito della pubblica gara indetta allo scopo, la Acam s.p.a. ha selezionato come soggetto col quale aggregarsi la Iren s.p.a. prima ricorrente appellata, nota società c.d. *multiutility* a controllo pubblico, altresì quotata in Borsa; di conseguenza, in esecuzione di un apposito accordo di investimento concluso il 29 dicembre 2017, i Comuni soci aderenti hanno ceduto alla stessa le azioni Acam da loro possedute ed hanno acquistato, sottoscrivendo un aumento di capitale riservato, una quota corrispondente di azioni della prima ricorrente appellata: come effetto finale, le azioni Acam sono diventate azioni Iren e quest'ultima, tramite le controllate dell'Acam, divenute controllate proprie, ha continuato a gestire i servizi ad esse in origine affidati (doc. 44 in I grado Comune, accordo di investimento).

4. Il Comune intimato appellante, viceversa, aveva espresso l'intento di non approvare l'aggregazione già con deliberazione del Consiglio 21 febbraio 2017 n. 4 (doc. 4 in I grado Comune); preve deliberare del Consiglio in tal senso 16 gennaio 2018 n. 2 e n. 3 (doc. ti 5 e 6 in I grado Comune), ha ritenuto il 19 gennaio 2018 di aderire all'accordo di investimento soltanto per quanto riguardava la cessione delle proprie azioni Acam alla Iren (doc. 44 in I grado Comune), e le ha di fatto cedute il successivo 11 aprile 2018 (doc. 14 in I grado Comune, delibera di Giunta 187/2018, in cui se ne dà atto). Con ciò, non essendo più ad alcun titolo socio della prima ricorrente appellata, divenuta affidataria del servizio nei termini che si è detto, ha ritenuto che i presupposti del relativo affidamento *in house* non esistessero più.

5. Parallelamente, la Provincia, con deliberazione 6 agosto 2018 n. 48, ha approvato l'aggiornamento al piano d'area per la gestione integrata dei rifiuti urbani della Provincia, indicando la società Acam Ambiente s.p.a. quale gestore del servizio (anche per il Comune di Lerici) sino al 31 dicembre 2028; il Comune di Lerici ha impugnato la predetta deliberazione provinciale.

6. Sul presupposto dell'illegittimità della delibera provinciale impugnata, il Comune di Lerici ha avviato una serie di procedimenti amministrativi intesi a sottrarre la gestione del servizio integrato rifiuti nel proprio territorio alle società appellate, per affidarlo tramite pubblica gara ad un terzo soggetto. La Provincia e le società, come si evidenzia per completezza, hanno ritenuto l'operazione illegittima, e per opporvisi hanno presentato contro questi atti una serie di ricorsi, iscritti ai numeri 101/2019 per la Provincia e 755/2018 e 756/2018 R.G. per le società del competente T.a.r. Liguria, integrati da motivi aggiunti, proposti per l'annullamento degli atti successivamente adottati dal Comune. Questi ricorsi sono stati accolti rispettivamente con le sentenze T.a.r. Liguria, sez. II, 20 novembre 2019 n. 884 e 6 novembre 2019 n. 845, impugnate dal Comune con gli appelli iscritti rispettivamente ai nn. 3727/2020 e 1437/2020 R.G. della Sezione, chiamati anch'essi all'udienza del 1 ottobre 2020. Gli appelli in questione, si precisa per completezza, sono stati riuniti e respinti con sentenza della Sezione 30 ottobre 2020 n. 6655.

7. Tornando alla vicenda per cui è causa, con la sentenza impugnata (meglio indicata in epigrafe), il T.a.r. per la Liguria ha respinto il ricorso, ritenendo in sintesi estrema che l'affidamento *in house* del servizio per il Comune ricorrente appellante, legittimo nel momento in cui fu originariamente disposto, fosse rimasto tale anche dopo il venir meno della partecipazione dell'ente nella società divenuta affidataria.

8. Nei confronti di questa sentenza, il Comune di Lerici ha proposto impugnazione, con appello affidato ad otto motivi, così rubricati:

I. Illegittimità ed erroneità della decisione; omessa pronuncia; violazione dell'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE, degli artt. 5 e 118 Cost., degli artt. 195, 199 e 200 del d.lgs. n. 152/2006, degli artt. 5 e 192 del d.lgs. n. 50/2016, degli artt. 2, 4 e 16 del d.lgs. n. 175/2016, dell'art. 113 del d.lgs. 267/2000, degli artt. 14 e 16 della l.r. n. 1/2014, dell'art. 24 della l.r. n. 12/2015, dell'art. 12 delle preleggi; travisamento e difetto di istruttoria.

II. Illegittimità ed erroneità della decisione. Omessa pronuncia. Violazione dell'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE, degli artt. 5 e 118 Cost., degli artt. 195, 199 e 200 del d.lgs. n. 152/2006, degli artt. 5 e 192 del d.lgs. 50/2016, degli artt. 2, 4 e 16 del d.lgs. n. 175/2016, dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, degli artt. 14 e 16 della l.r. n. 1/2014, dell'art. 24 della l.r. n. 12/2015, dell'art. 12 delle preleggi; Travisamento e difetto di istruttoria.

III. Illegittimità ed erroneità della decisione. Violazione degli artt. 7, 8, 9, 10, 10 –bis, 13 e 21 –octies, 29 della l. n. 241/1990. Violazione dell'art. 19 della l.r. n. 1/2014, degli artt. 5 e 192 del d.lgs. n. 50/2016, degli artt. 2, 4 e 16 del d.lgs. n. 175/2016, dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, degli artt. 14 e 16 della l.r. n. 1/2014, dell'art. 24 della l.r. n. 12/2015, della l.r. n. 32/2012. Difetto di istruttoria, travisamento. Violazione del principio di leale collaborazione, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa. Violazione del principio di non aggravio dell'azione amministrativa.

IV. Erroneità e illegittimità della decisione. Omessa pronuncia. Violazione degli artt. 5 e 118 Cost., del d.lgs. n. 267/2000, degli artt. 197 e 198 del d.lgs. n. 152/2006, dell'art. 3 –bis del d.l. n. 138/2011, convertito con la l. n. 148/2011, degli artt. 14 e 16 del d.lgs. n. 175/2016, dei

principi vigenti in tema di interpretazione delle norme di legge. Violazione del principio di leale collaborazione. Travisamento e carenza dei presupposti.

V. Erroneità e illegittimità della decisione. Omessa pronuncia. Violazione dell'art. 21 – quinquies della l. n. 241/1990, dell'art. 3 della Cost., dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, degli artt. 5 e 192 del d.lgs. n. 50/2016, del d.lgs. n. 175/2016, degli artt. 14 e 16 della l.r. n. 1/2014 dell'art. 24 della l.r. n. 12/2015. Violazione dei principi di concorrenza e parità di trattamento. Travisamento, difetto di istruttoria, violazione del principio *tempus regit actum*.

VI. Erroneità e illegittimità della decisione. Violazione dell'art. 35 c.p.a., dell'art. 100 c.p.c., degli artt. 5 e 118 Cost., dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, dell'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE, degli artt. 5 e 192 del d.lgs. n. 50/2016, del d.lgs. n. 175/2016, degli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 152/2006, del d.lgs. n. 267/2000, dell'art. 10 della l.r. n. 32/2012 e della l.r. n. 1/2014. Incompetenza e difetto di attribuzione. Violazione dei principi di autonomia degli enti locali e della leale collaborazione tra di essi. Difetto di istruttoria e travisamento.

VII. Erroneità e illegittimità della decisione. Omessa pronuncia. Violazione della l. n. 241/1990, dell'art. 3 – bis del d.l. n. 138/2011, dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, degli artt. 5 e 192 del d.lgs. n. 50/2016 e del d.lgs. n. 175/2016, dell'art. 10 della l.r. n. 32/2012, dell'art. 14 della l.r. n. 1/2014 e dell'art. 24 della l.r. n. 12/2015. Difetto di istruttoria, travisamento, irragionevolezza, illogicità, violazione del principio di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Violazione dei principi di interpretazione delle leggi, artt. 12, 14 e 15 delle preleggi al codice civile.

VIII. Erroneità e illegittimità della sentenza. Omessa pronuncia in ordine alla richiesta di rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di Giustizia europea ai sensi dell'art. 276 del T.F.U.E.

9. Si è costituita in giudizio la Provincia di La Spezia, chiedendo la reiezione dell'appello.

10. Si sono costituite in giudizio anche le controinteressate, Acam Ambiente s.p.a. e Iren s.p.a., eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità dell'atto di appello, essendo passata in giudicato la sentenza del Consiglio di Stato n. 6655/2020, che ha respinto i ricorsi in appello proposti dal Comune di Lerici nei confronti delle sentenze T.a.r. Liguria, sez. II, 20 novembre 2019 n. 884 e 6 novembre 2019 n. 845; nel merito, le controinteressate hanno contestato le deduzioni dell'amministrazione appellante e ne hanno chiesto conseguentemente la reiezione.

11. Con ordinanza collegiale n. 7161/2020, questa Sezione, in accoglimento della domanda formulata dal Comune di Lerici, ha sollevato questione di pregiudizialità, invitando la Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, a pronunciarsi sul seguente quesito:

*“se l'art. 12 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 osti ad una normativa nazionale la quale imponga un'aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a seguito della quale l'operatore economico succeduto al concessionario iniziale a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, prosegua nella gestione dei servizi sino alle scadenze previste, nel caso in cui:*

(a) il concessionario iniziale sia una società affidataria in house sulla base di un controllo analogo pluripartecipato;

(b) l'operatore economico successore sia stato selezionato attraverso una pubblica gara;

(c) a seguito dell'operazione societaria di aggregazione i requisiti del controllo analogo pluripartecipato più non sussistano rispetto a taluno degli enti locali che hanno in origine affidato il servizio di cui si tratta”.

12. La questione è stata definita dalla Corte di giustizia, con sentenza del 12 maggio 2022 C-719/20, nella quale sono state formulate le seguenti conclusioni:

*“La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa o a una prassi nazionale in forza della quale l'esecuzione di un appalto pubblico, aggiudicato inizialmente, senza gara, ad un ente «in house», sul quale l'amministrazione aggiudicatrice esercitava, congiuntamente, un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, sia proseguita automaticamente dall'operatore economico che ha acquisito detto ente, al termine di una procedura di gara, qualora detta amministrazione aggiudicatrice non disponga di un simile controllo su tale operatore e non detenga alcuna partecipazione nel suo capitale”.*

La Corte di Giustizia ha fatto salvi gli accertamenti del giudice del rinvio sulla fattispecie concreta.

13. Con ordinanza collegiale n. 2966/2023, questa Sezione ha invitato quindi le parti a formulare le proprie deduzioni in merito alla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla parte appellante nella memoria depositata il 31 luglio 2020 e riproposta nella memoria di replica, depositata in data 23 febbraio 2023.

14. Con memoria depositata in data 7 aprile 2023, Iren s.p.a. (già Acam s.p.a.) e Acam Ambiente s.p.a. hanno evidenziato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Comune di Lerici.

15. Con memoria depositata in data 12 giugno 2023, il Comune di Lerici ha sostenuto che la questione di legittimità costituzionale sia stata superata dalla pronuncia della Corte di Giustizia, facendo rilevare che l'interesse alla sua coltivazione sussista solo in via subordinata, ossia, per l'ipotesi di mancato accoglimento delle censure dedotte nell'atto di appello.

16. Con memoria depositata in data 12 giugno 2023, la Provincia di La Spezia ha sostenuto che la questione di legittimità costituzionale si fondi su un presupposto erroneo (ossia che la gestione del servizio sia proseguita in capo ad Iren s.p.a. in forza di un affidamento *in house*), mentre il subentro di Iren è stato disposto all'esito di una apposita procedura di gara pubblica a doppio oggetto, nell'ambito della quale, cioè, è stata puntualmente vagliata l'idoneità di tale soggetto, sotto il profilo tecnico, a proseguire la gestione del servizio per cui è causa.

17. Con memoria di replica depositata il 21 giugno 2023, il Comune di Lerici ha contestato le conclusioni della Provincia di La Spezia (di cui alla memoria depositata in data 12 giugno 2023), evidenziando che la Corte di Giustizia ha precisato al paragrafo 51 quanto segue: *“La circostanza che la IREN sia stata selezionata da ACAM e, pertanto, dai comuni che detengono tale società, al termine di una procedura di gara pubblica, non modifica siffatta conclusione”* e al paragrafo 54 *“Pertanto, senza che sia necessario esaminare le caratteristiche della procedura di gara pubblica con la quale la IREN è stata selezionata, tale procedura non può in ogni caso equivalere, nella fattispecie dell'appalto pubblico di che trattasi nel procedimento principale, a una procedura di aggiudicazione conforme ai requisiti previsti dalla direttiva 2014/24...”*.

18. Con memoria di replica, depositata in data 22 giugno 2023, Iren s.p.a. (già Acam s.p.a.) e Acam Ambiente s.p.a. hanno resistito alle deduzioni di parte appellante e rassegnato le relative conclusioni.

19. All'udienza pubblica del 13 luglio 2023, su richiesta dei difensori delle parti costituite, come da verbale, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

20. In via preliminare, non può essere accolta (integralmente) l'eccezione di inammissibilità del ricorso in appello, sollevata dalle società Iren s.p.a. e Acam Ambiente s.p.a., in relazione alla sentenza del Consiglio di Stato n. 6655/2020, passata in cosa giudicata, che ha respinto i ricorsi in appello proposti dal Comune di Lerici nei confronti delle sentenze T.a.r. Liguria, sez. II, 20 novembre 2019 n. 884 e 6 novembre 2019 n. 845; la predetta sentenza, infatti, non ha risolto tutte le questioni giuridiche introdotte nel presente giudizio (come, del resto, si dà atto nella medesima sentenza al punto 26.9: *“Non essendo applicabile alcuna delle ipotesi viste, di residua competenza comunale, va confermata la conclusione cui è giunto il Giudice di I grado, nel senso dell'incompetenza del Comune in favore della Provincia. Come è ovvio, ciò non impedisce al Comune che intenda contestarla di procedere in forma propria, ovvero con il ricorso già promosso di cui si è detto contro la delibera 48/2018, ricorso che sarà deciso in sede propria”*).

21. Con il primo motivo l'amministrazione appellante sostiene che la sentenza impugnata si fonda su un'errata ricostruzione, in fatto e in diritto, della fattispecie dedotta in giudizio.

21.1. In particolare, essa si baserebbe su un presupposto giuridico e fattuale del tutto erroneo e inesistente e cioè sulla considerazione che, nel caso di specie, sussistessero, anche per il Comune di Lerici, i presupposti richiesti dall'ordinamento giuridico per l'affidamento *in house*.

Il giudice di primo grado non avrebbe chiarito, incorrendo così nel vizio di omessa pronuncia, le ragioni giuridiche e le regole interpretative in base alle quali la disciplina regionale possa sottrarsi al rispetto della normativa europea e nazionale vigente in tema di *in house providing* (cfr. art. 12, della Direttiva 2014/24/UE, d.lgs. 50/2016 e d.lgs. 175/2016).

21.2. Le conclusioni del giudice di primo grado si porrebbero in contrasto con il principio di gerarchia tra le fonti del diritto, atteso che la normativa regionale non può contrastare con quella eurounitaria e comunque deve trovare applicazione e deve essere interpretata in modo

conforme alla normativa sovraordinata.

21.3. L'affidamento diretto a soggetti *in house* e la prosecuzione della relativa gestione debbono avvenire nel rispetto dei requisiti indicati dagli artt. 5 e 192, d.lgs. 50/2016 e degli artt. 2, 4 e 16, d.lgs. 175/2016, a mente dei quali le amministrazioni devono esercitare e mantenere nel tempo sulla persona giuridica affidataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi o, qualora si tratti di più amministrazioni, un controllo analogo congiunto.

21.4. In conclusione, la prosecuzione della gestione *in house* dopo la fuoriuscita del Comune dalla compagine di Acam s.p.a. violerebbe la disciplina dell'*in house*, poiché, in assenza di partecipazione azionaria, l'affidamento precedentemente esistente non può essere legittimamente mantenuto.

Il mancato rispetto della normativa eurounitaria travolgerebbe la delibera provinciale nella parte impugnata a prescindere dalle previsioni inerenti le competenze della Provincia.

21.5. Le censure non possono essere condivise, poiché la vicenda dedotta in giudizio è più complessa e articolata della ricostruzione sopra offerta.

21.5.1. Innanzitutto, il Collegio deve rilevare che il provvedimento impugnato con il ricorso di primo grado è la deliberazione del Consiglio della Provincia di La Spezia n. 48 del 6 agosto 2018, avente ad oggetto l'approvazione dell'aggiornamento del piano d'area per la gestione integrata dei rifiuti urbani della Provincia di La Spezia, sulla base del parere in materia di valutazione ambientale strategica, adottato dalla Regione Liguria, con delibera G.R. n. 1168 del 27 dicembre 2017; il provvedimento impugnato è, quindi, un atto di carattere pianificatorio, che non contiene determinazioni di carattere innovativo in ordine al subentro di Iren s.p.a. ad Acam s.p.a.

Del resto, lo stesso Comune di Lerici, nella memoria depositata in giudizio in data 31 luglio 2020, nel respingere l'eccezione di inammissibilità, sollevata dalle società controinteressate, ha evidenziato: "...il presente giudizio ha ad oggetto la sentenza n. 847/2019 inerente alla legittimità di un precedente atto pianificatorio provinciale, ovverosia la delibera n. 48/2018,..." (pag. 3).

21.5.2. Come riconosciuto dalla stessa parte appellante, il *petitum* del presente giudizio, dunque, non è rappresentato dagli atti di affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti per i Comuni della Provincia di "La Spezia", ma da un atto di natura pianificatoria, concernente l'aggiornamento del piano d'area per la gestione integrata dei rifiuti urbani della Provincia di La Spezia, al fine di renderlo conforme alle prescrizioni indicate nel parere di valutazione strategica ambientale della Regione Liguria, nel quale si dà atto (*inter alia*) della prosecuzione del servizio *de quo* da parte di Iren s.p.a. per i Comuni della Provincia di La Spezia fino al 31 dicembre 2028.

In altri termini, la deliberazione impugnata non contiene nuove determinazioni in ordine all'affidamento del servizio, ma dà atto della perdurante continuazione del rapporto contrattuale con Iren s.p.a., subentrata (a seguito di procedura di gara) ad Acam s.p.a.

(originario gestore *in house*).

21.5.3. Il punto giuridico da chiarire non è quello di stabilire se (allo stato attuale) Iren s.p.a. possieda o meno i requisiti per poter essere qualificato come gestore *in house* (per il Comune di Lerici), ma se al momento dell'espletamento della gara da parte di Acam s.p.a. per la individuazione del soggetto cui aggregarsi per la prosecuzione del servizio il Comune di Lerici avesse già dismesso la partecipazione azionaria in Acam s.p.a. e se, conseguentemente, la prosecuzione del servizio da parte di Iren s.p.a. (attraverso la propria controllata, Acam Ambiente s.p.a.) anche nel territorio del Comune di Lerici, possa essere considerata o meno legittima, in relazione ai vizi denunciati dal predetto Comune.

A tale riguardo, il Collegio deve rilevare che, nella memoria di replica del 21 giugno 2023, il Comune di Lerici offre una lettura parziale del paragrafo 54 della sentenza della Corte di Giustizia sopra richiamata che invece, nella sua formulazione integrale, prevede: *“Pertanto, senza che sia necessario esaminare le caratteristiche della procedura di gara pubblica con la quale la IREN è stata selezionata, tale procedura non può, in ogni caso, equivalere, nella fattispecie dell'appalto pubblico di cui trattasi nel procedimento principale, a una procedura di aggiudicazione conforme ai requisiti previsti dalla direttiva 2014/24, dato che la IREN era, tanto prima dell'operazione di aggregazione con la ACAM quanto dopo che gli altri comuni hanno acquisito una partecipazione nel suo capitale, un ente estraneo al Comune di Lerici”*.

La conclusione sopra richiamata della Corte di Giustizia – che peraltro fa salvi, come di regola, gli accertamenti del giudice del rinvio sulla fattispecie concreta – non considera un ulteriore elemento di fatto, ovvero che la dismissione del pacchetto azionario da parte del Comune di Lerici è avvenuta inequivocabilmente dopo il perfezionamento dell'operazione di aggregazione (ossia quando il Comune di Lerici era ancora socio di Acam s.p.a.); ne consegue che, al momento dell'espletamento della procedura di gara da parte di Acam s.p.a., il Comune di Lerici non poteva considerarsi estraneo ad Acam s.p.a., cui è subentrata, a seguito di gara pubblica (a doppio oggetto), Iren s.p.a.

Orbene, per queste e per le altre ragioni che saranno meglio esplicitate ai punti successivi del presente provvedimento, il Collegio ritiene che la sentenza impugnata sia immune dalle dedotte censure.

22. Con il secondo motivo, il Comune di Lerici evidenzia che il giudice di primo grado ha ritenuto che tutte le decisioni riguardanti i nuovi affidamenti del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti nei Comuni siano state attribuite dal legislatore regionale della Liguria alla Provincia, quale Autorità d'Area (art. 16 l.r. n. 1/2014 e art. 24, comma 2, della l.r. n. 12/2015), fatte salve soltanto le gare già indette dai Comuni prima del 17 dicembre 2015 (data di entrata in vigore della l.r. n. 12/2015).

22.1. Tuttavia, nel ricostruire la normativa di settore il giudice di primo grado avrebbe illegittimamente interpretato l'art. 24, comma 2 - *bis*, l.r. 12/2015 (a norma del quale: *“ove la Provincia o la Città metropolitana abbiano definito, con proprio provvedimento anche a titolo di stralcio del Piano d'area o Piano metropolitano, il disegno complessivo della ripartizione territoriale dei servizi di gestione rifiuti da perseguire all'interno del territorio, con*

*l'individuazione dei bacini di affidamento, i comuni possono provvedere, in conformità agli indirizzi definiti da Provincia o Città metropolitana, ad un affidamento del servizio di gestione integrata rifiuti per un periodo non esteso oltre il 31 dicembre 2020").*

22.2. Diversamente da quanto ritenuto dal giudice di prime cure, la disposizione normativa sopra richiamata consentirebbe ai Comuni di gestire l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti per il tempo necessario all'assunzione da parte della Provincia delle funzioni e all'individuazione del gestore unitario d'ambito.

Nel caso di specie, non avendo la Provincia di La Spezia, al momento della proposizione del ricorso, elaborato il contratto quadro e non avendo avviato il procedimento di evidenza pubblica per l'individuazione del gestore unico affidatario, non potrebbe escludersi la competenza dei Comuni.

22.3. Con la conseguenza che il Comune di Lerici deve considerarsi formalmente ancora titolare del servizio e legittimato ad indire una procedura ad evidenza pubblica volta ad individuare il gestore operante fino all'assunzione da parte della Provincia, in qualità di Autorità d'Area, delle funzioni relative all'organizzazione unitaria del servizio di gestione integrata dei rifiuti.

22.4. Le censure sono infondate.

22.4.1. Al momento della entrata in vigore delle leggi regionali sopra richiamate, il Comune di Lerici non gestiva in forma autonoma il servizio *de quo*, facendo parte dei Comuni della Provincia di La Spezia che avevano aderito alla gestione in forma associata del servizio, per mezzo di una società *in house* (Acam s.p.a.), che ne assicurava l'espletamento attraverso la propria controllata (Acam Ambiente s.p.a.).

22.4.2. Nel caso di specie, non può essere contestato che, in relazione alla successiva evoluzione ordinamentale, il Comune di Lerici non ha più competenza in materia di gestione integrata dei rifiuti, che è stata attribuita alla Provincia quale Autorità d'Area.

Questa Sezione, con sentenza n. 6655/2020, nel respingere gli atti di appello proposti dal Comune di Lerici nei confronti della sentenza del T.a.r. per la Liguria n. 845/2019 e della sentenza del T.a.r. per la Liguria n. 884/2019 (di accoglimento dei ricorsi proposti dalla Provincia di La Spezia e dalla società Iren s.p.a. e Acam Ambiente s.p.a. avverso gli atti adottati dal Comune di Lerici per procedere in via autonoma all'affidamento del servizio), dopo aver ricostruito il quadro giuridico di riferimento, ha concluso: *“Non essendo applicabile alcuna delle ipotesi viste, di residua competenza comunale, va confermata la conclusione cui è giunto il Giudice di I grado, nel senso dell'incompetenza del Comune in favore della Provincia”*.

La relativa statuizione non è più essere messa in discussione, essendo coperta dal giudicato.

23. Con il terzo motivo, il Comune di Lerici ripropone il primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio, relativo alla dedotta violazione delle garanzie partecipative con riguardo alla adozione della delibera del Consiglio provinciale n. 48/2018.

23.1. Il giudice di primo grado ha disatteso la censura, evidenziando:

- la valenza di atto pianificatorio generale della deliberazione impugnata, con conseguente inapplicabilità delle ordinarie garanzie procedurali;
- che, alla data di adozione del provvedimento impugnato (6 agosto 2018), il Comune di Lerici non aveva ancora adottato la deliberazione consiliare n. 47 del 9 novembre 2018, con la quale il Comune di Lerici ha ritirato e dichiarato inefficace la precedente deliberazione n. 28 del 15 giugno 2005, di affidamento *in house* ad Acam s.p.a.;
- il carattere vincolato del contenuto del provvedimento adottato.

23.2. L'appellante contesta le conclusioni del giudice di primo grado per le seguenti ragioni:

- le norme sulla partecipazione nel procedimento amministrativo hanno carattere generale e sono destinate a trovare applicazione in ogni ambito dell'azione amministrativa anche per quegli atti che, pur avendo valenza generale, producono effetti diretti nei confronti di determinati soggetti che, perciò, hanno diritto di partecipare al procedimento amministrativo.
- secondo la l.r. 1/2014 nel procedimento sotteso all'adozione dei piani d'area per la gestione integrata dei rifiuti urbani, in cui si colloca l'atto impugnato in primo grado, deve essere garantita la partecipazione di tutti soggetti portatori dei diversi interessi coinvolti.

23.3. Le censure sono infondate.

23.3.1. L'art. 13 della l. n. 241/1990, rubricato "*Ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*", al primo comma, dispone: "*1. Le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione*".

La legge regionale della Liguria del 24 febbraio 2014 n. 1 (recante: "*Norme in materia di individuazione degli ambiti ottimali per l'esercizio delle funzioni relative al servizio idrico integrato e alla gestione integrata dei rifiuti*"), all'art. 19, rubricato "*Percorso partecipativo*", dispone: "*1. Nel processo di formazione dei piani previsti dalla presente legge la Regione assicura un percorso partecipativo con il coinvolgimento dell'Associazione Nazionale Comuni Italiani (ANCI) e delle organizzazioni sindacali territoriali dei lavoratori, nonché degli altri portatori di interessi all'interno delle procedure di Valutazione Ambientale Strategica (VAS) e dell'articolo 12 della L.R. n. 18/1999 e successive modificazioni ed integrazioni*".

23.3.2. Tanto premesso, le censure dedotte dalla amministrazione appellante non possono essere condivise.

23.3.3. La deliberazione impugnata rientra nel novero degli atti di natura pianificatoria (come riconosciuto dallo stesso Comune appellante); l'interesse del Comune di Lerici alla partecipazione procedimentale deve essere valutato in relazione all'oggetto della

deliberazione impugnata, concernente l'aggiornamento del piano d'area per la gestione integrata dei rifiuti urbani dei Comuni della Provincia di La Spezia, in relazione alle prescrizioni del parere n. 100, relativo alla valutazione ambientale strategica, (parere) adottato dalla Regione Liguria, con deliberazione della Giunta regionale della Liguria del 21 dicembre 2017 n. 1168.

Detto parere ha natura vincolante, per effetto di quanto disposto dall'art. 10, comma 2, della l.r. della Liguria 10 agosto 2012 n. 32.

23.3.4. Tenendo conto della natura vincolante del predetto parere e delle garanzie partecipative previste dall'art. 9 della l.r. della Liguria n. 32/2012, con riguardo alla procedura di valutazione ambientale strategica, ritiene il Collegio che nessuna lesione effettiva delle prerogative istituzionali del Comune di Lerici si sia concretizzata.

24. Con il quarto motivo, il Comune di Lerici ripropone il secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio, disatteso dal giudice di prime cure.

24.1. Con il predetto motivo, il Comune aveva contestato la deliberazione del Consiglio provinciale 48/2018 per il mancato esercizio delle competenze provinciali e per l'illegittima intromissione nelle competenze comunali.

24.2. Il giudice di primo grado ha respinto il ricorso evidenziando che *“per effetto dell'entrata in vigore della L.R. Liguria n. 1/2014 (27.2.2014) ed in applicazione dei principi costituzionali di sussidiarietà e adeguatezza, le funzioni connesse all'affidamento dei servizi in materia di gestione integrata dei rifiuti sono state attribuite alle province, sia a regime (art. 16, comma 2, lett. e) che – in via transitoria – fino all'approvazione dei piani d'area (art. 24 comma 2 secondo alinea della L.R. n. 1/2014). La citata disciplina regionale ligure risulta perfettamente conforme anche alla normativa statale di cui all'art. 3-bis comma 1-bis del D.L. 13.8.2011, n. 138 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 14 settembre 2011, n. 148) [...]”*.

24.3. Le conclusioni del giudice di primo grado sarebbero erranee per le seguenti ragioni:

- si contesta che alla Provincia spetti la gestione del servizio in via transitoria, per effetto della disciplina regionale (cfr. l.r. 1/2014 e 12/2015) e dell'art. 3 - bis, comma 1-bis, d.l. 138/2011.

Ciò in quanto, ai fini della gestione del servizio integrato dei rifiuti, l'art. 198 del d.lgs.

152/2006 ha previsto che *“i comuni concorrono, nell'ambito delle attività svolte a livello degli ambiti territoriali ottimali di cui all'articolo 200 e con le modalità ivi previste, alla gestione dei rifiuti urbani ed assimilati. Sino all'inizio delle attività del soggetto aggiudicatario della gara ad evidenza pubblica indetta dall'Autorità d'ambito ai sensi dell'articolo 202, i comuni continuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa nelle forme di cui all'articolo 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267”*;

- l'art. 14, comma 3, l.r. 1/2014 ha previsto la competenza della Provincia per l'organizzazione dei servizi di gestione dei rifiuti e per la definizione dei bacini di affidamento e l'art. 24, co. 2 - bis, l.r. n. 12/2015 ha stabilito che, nelle more dell'assunzione delle

competenze da parte dell'ente provinciale, i Comuni restano titolari della funzione di gestione dei rifiuti solidi urbani;

- con la determinazione n. 74/2016, la Provincia si è identificata quale "contraente unico" del gestore affidatario, facendo salve le decisioni e le tempistiche relative ai singoli affidamenti in essere dei Comuni ricompresi nell'area provinciale (cfr. pagg. 5, 6 e 8, doc. 3, fasc. I grado);

- con la successiva delibera n. 48/2018, la Provincia ha dato atto che, entro tre mesi dall'efficacia del Piano d'ambito, la stessa avrebbe assunto il ruolo di parte contraente del gestore, subentrando ai Comuni, secondo i contenuti di un unico contratto redatto nella forma di "contratto quadro", avente ad oggetto i servizi standard e le modalità di adesione per i servizi aggiuntivi, svolti nell'esercizio di facoltà di richiesta da parte dei Comuni; la Provincia, però, non ha assunto la qualifica di contraente unico, né ha redatto il "contratto quadro" di cui sopra, né ha individuato il gestore unico d'area. Perciò, fin tanto che durerà l'inerzia nell'assunzione delle prerogative di legge che le competono e data la situazione di fatto venutasi a creare con la fuoriuscita del Comune di Lerici dalla compagine sociale di Acam s.p.a., la Provincia non può legittimamente esercitare potestà pubblicistiche sull'esercizio temporaneo della gestione dei rifiuti solidi urbani.

24.4. In estrema sintesi, secondo la tesi dell'appellante, non avendo l'amministrazione provinciale ancora esercitato in maniera esaustiva le competenze attribuitele dal legislatore, i Comuni della Provincia di La Spezia sarebbero ancora legittimati alla gestione del servizio dei rifiuti nell'ambito del proprio territorio.

24.5. Le censure non possono essere condivise.

24.5.1. Con sentenza n. 6655/2020, questo Consiglio, nel respingere gli atti di appello proposti dal Comune di Lerici (R.G. nn. 1437/2020 e 3727/2020) avverso le sentenze del T.a.r. per la Liguria, sezione II, 6 novembre 2019 n. 845 e 20 novembre 2019 n. 884 (con le quali erano stati accolti i ricorsi proposti rispettivamente da Iren s.p.a. e da Acam Ambiente s.p.a. e dalla Provincia La Spezia avverso gli atti adottati dal Comune di Lerici per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e assimilati), pronunciandosi sul vizio di incompetenza del Comune di Lerici *in subiecta materia*, avente natura assorbente, è pervenuto alle seguenti conclusioni: *"In materia di gestione dei rifiuti urbani, dispone anzitutto l'art. 200 del d. lgs. 3 aprile 2006 n.152, per cui: "La gestione dei rifiuti urbani è organizzata sulla base di ambiti territoriali ottimali, di seguito anche denominati ATO, delimitati dal piano regionale" nel rispetto delle linee guida che la Regione stessa stabilisce, e secondo criteri indicati dalla norma stessa, in particolare secondo quello del "superamento della frammentazione delle gestioni attraverso un servizio di gestione integrata dei rifiuti"*.

26.3 Per gestire gli ATO, il legislatore, all'art. 201 dello stesso d. lgs. 152/2006, aveva previsto di istituire altrettante Autorità di ambito; ha però compiuto una scelta diversa con l'art. 2 comma 186 bis della l. 23 dicembre 2009 n.191 e con l'art. 3 bis comma 1 bis del d.l. 13 agosto 2011 n.138. Secondo l'art. 2 comma 186 bis, *"Decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono soppresse le Autorità d'ambito territoriale... Entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, le regioni attribuiscono con legge le*

funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza...”. Secondo l’art. 3 bis comma 1 bis, poi, la dimensione ottimale degli ambiti da gestire coincide, di regola, con il territorio della Provincia.

26.4 La Regione Liguria ha esercitato le competenze legislative in questo modo ad essa delegate con la l.r. 24 febbraio 2014 n.1, recante “Norme in materia di individuazione degli ambiti ottimali per l’esercizio delle funzioni relative al servizio idrico integrato e alla gestione integrata dei rifiuti”, e per quest’ultimo servizio, che qui rileva, ha previsto, all’art. 16 comma 1 che “La Città metropolitana e le province provvedono alle funzioni connesse all’organizzazione ed affidamento dei servizi secondo le previsioni dei rispettivi piani...” in particolare ai sensi del comma 2 attraverso la “definizione del modello organizzativo connesso alla erogazione dei servizi”, e la “assunzione delle decisioni relative alle modalità di affidamento dei servizi”. Già in base a questa norma, quindi, la competenza a indire le gare in materia di rifiuti appartiene in generale alla Provincia, e non più al Comune.

26.5 Come si è detto, il Comune appellante contesta tale conclusione sulla base di una norma di legge regionale transitoria, ovvero dell’art. 24 comma 2 bis della l.r. 12/2015; a corretta interpretazione, però, quest’ordine di idee non va condiviso.

26.6 Come è incontestato e risulta dalla sentenza di I grado, la Regione Liguria ha approvato il Piano regionale di gestione dei rifiuti con deliberazione del consiglio 25 marzo 2015 n. 14; in attesa poi che le Province approvassero i relativi piani di area di livello inferiore, ha emanato le norme transitorie di cui al citato art. 24 della l.r. 12/2015. Per quanto qui interessa, la norma prevede anzitutto che nel frattempo “la Città metropolitana e le province provvedono ad assicurare la continuità della gestione della fornitura dei servizi in essere”, in particolare tramite il “mantenimento, in capo ai comuni, dei contratti relativi a gestioni in house esistenti, fino alla scadenza degli stessi”, ovvero tramite quanto la Provincia di La Spezia ha effettivamente fatto con la più volte ricordata delibera 6 agosto 2018 n.48.

26.7 L’art. 24 prevede poi due ipotesi residuali di competenza comunale. La prima è quella di cui al comma 3, per cui “Sono fatte salve le procedure di gara avviate da singoli comuni o da unioni di comuni alla data di entrata in vigore della presente legge”, ovvero al 17 dicembre 2015. È una previsione che evidentemente in questo caso non rileva, perché gli atti di gara impugnati sono posteriori.

26.8 La seconda è quella già citata, che il Comune invoca, per cui come si è detto ai sensi del comma 2 bis “Ove la Provincia o la Città metropolitana abbiano definito, con proprio provvedimento anche a titolo di stralcio del Piano d’area o Piano metropolitano, il disegno complessivo della ripartizione territoriale dei servizi di gestione rifiuti da perseguire all’interno del territorio, con l’individuazione dei bacini di affidamento, i comuni possono provvedere, in conformità agli indirizzi definiti da Provincia o Città metropolitana, ad un affidamento del servizio di gestione integrata rifiuti per un periodo non esteso oltre il 31 dicembre 2020”. A semplice lettura, la norma disciplina un’ipotesi per così dire intermedia, in cui la Provincia non ha ancora approvato un compiuto piano di area, ma ha approvato i relativi indirizzi: in questo caso, per un periodo di tempo limitato, a indire le gare possono provvedere i singoli Comuni. Si tratta però di un caso all’evidenza diverso da quello per cui è causa, in cui la Provincia ha

*esercitato per intero le proprie competenze e individuato un gestore con la delibera 6 agosto 2018 n.48, in modo però che il Comune considera illegittimo. A riprova, le ipotesi transitorie di competenza comunale richiedono tutte, ai sensi del comma 4, di “prevedere idonee clausole per la successiva transizione ad una gestione unitaria per l'area di appartenenza”, ciò che nel caso di specie non è avvenuto.*

*26.9 Non essendo applicabile alcuna delle ipotesi viste, di residua competenza comunale, va confermata la conclusione cui è giunto il Giudice di I grado, nel senso dell'incompetenza del Comune in favore della Provincia”.*

24.5.2. Le relative statuizioni debbono ritenersi passate in cosa giudicata (non risultando oggetto di altre forme di impugnazione) e hanno conseguentemente acquisito il carattere della irretrattabilità.

25. Con il quinto motivo, il Comune di Lerici ripropone il terzo motivo del ricorso introduttivo del giudizio, con il quale aveva contestato la delibera provinciale n. 48/2018 per essere stata emessa in assenza dei presupposti rilevanti ai fini della gestione *in house* e in violazione di legge.

25.1. Il T.a.r. per la Liguria ha giudicato infondato il motivo di gravame, ritenendo che, all'atto di adozione della delibera provinciale n. 48/2018, la gestione associata da parte di Acam s.p.a. (cui è subentrata Iren s.p.a.) fosse ancora vigente, giacché solo con provvedimento n. 47 del 9 novembre 2018 “*il comune di Lerici ha ritirato e dichiarato (per il futuro) inefficace la precedente deliberazione n. 28 del 15.06.2005, di affidamento in house ad ACAM*”.

25.2. L'appellante contesta le conclusioni del giudice di primo grado, evidenziando che l'atto di ritiro n. 47/2018 non è qualificabile come revoca, ai sensi dell'art. 21 *quinquies* l. n. 241/1990, perché non è stato adottato sulla base di sopravvenuti motivi di pubblico interesse, ma in ragione della perentoria necessità di agire *secundum ius*.

25.3. A seguito della vendita delle proprie quote in Acam s.p.a., il Comune si sarebbe trovato a dover optare tra la scelta di proseguire l'affidamento *in house* per il tramite di una società estranea (al Comune di Lerici), nella quale non aveva più partecipazioni, o interrompere il precedente affidamento, per la sopravvenuta carenza di un presupposto di fatto idoneo a legittimare l'affidamento diretto. Il Comune avrebbe perciò compiuto solo una scelta di legalità. La scelta comunale di ritirare la precedente deliberazione di affidamento diretto del servizio sarebbe stata necessitata dalla necessità di ripristinare la legittimità nella gestione del servizio e non per valutazioni attinenti a sopravvenuti motivi di pubblico interesse.

25.4. Con la deliberazione impugnata, la Provincia di La Spezia, con specifico riferimento al Comune di Lerici, ha indicato Acam Ambiente s.p.a. quale gestore del servizio fino al 31 dicembre 2028, nonostante, al momento dell'adozione della predetta deliberazione, il Comune non possedesse più quote sociali e avesse già avviato il procedimento di ritiro della delibera n. 28/2005.

Evidenzia che, ai fini della legittimità degli affidamenti *in house*, è necessario che vi sia la

partecipazione di ciascun socio pubblico al capitale e agli organi direttivi della società c.d. *in house*; a sostegno di quanto dedotto richiama numerosi precedenti giurisprudenziali.

25.5. L'argomentazione del Comune di Lerici non può essere condivisa.

25.5.1. Il Comune di Lerici, con deliberazione consiliare n. 2 del 16 gennaio 2018, aveva approvato l'Accordo di Investimento tra Acam s.p.a. e Iren s.p.a., sia pure come socio venditore e non come socio sottoscrittore; con atto redatto in forma di scrittura privata autenticata, registrato il 23 gennaio 2018, il Sindaco del Comune di Lerici ha sottoscritto l'Accordo di Investimento tra Acam s.p.a. e Iren s.p.a. (operatore economico individuato ai sensi dell'art. 3 – *bis*, comma 2 – *bis*, del d.l. n. 138/2011, convertito in legge n. 148/2011 e dell'art. 1, commi 611 e 612 della l. n. 190/2014), avente ad oggetto la gestione del servizio dei rifiuti dei Comuni della Provincia di La Spezia; è lecito quindi ritenere che il piano di investimenti attuato dalla società Iren s.p.a. abbia tenuto conto anche della adesione del Comune di Lerici al predetto Accordo.

25.5.2. La procedura di gara diretta alla individuazione dell'operatore economico con il quale la società Acam s.p.a. avrebbe dovuto aggregarsi si è conclusa con la deliberazione dell'amministratore unico di Acam s.p.a. del 23 giugno 2017 (quando pacificamente il Comune di Lerici era ancora socio di Acam s.p.a. non avendone ancora dismesso la relativa partecipazione azionaria).

25.5.2. Il fatto che successivamente il Comune di Lerici abbia venduto le proprie azioni Acam s.p.a. (ricevendo il corrispettivo di € 3.247.581,04 per la dismissione del pacchetto azionario) e non abbia acquisito le azioni Iren s.p.a. non è elemento idoneo a far venir meno i presupposti per la prosecuzione del servizio (senza soluzione di continuità) da parte dell'operatore economico individuato a seguito della operazione di aggregazione, atteso che al momento della individuazione dell'Iren s.p.a. come soggetto aggregatore il Comune di Lerici faceva ancora parte della compagine societaria di Acam s.p.a. (e, quindi, partecipava delle relative decisioni gestionali e organizzative), mentre al momento della dismissione del pacchetto azionario da parte del Comune di Lerici, quest'ultimo aveva già perduto la competenza in ordine alla gestione del servizio integrato dei rifiuti, che è stata attribuita alla Provincia di La Spezia (come accertato da questo Consiglio, con sentenza n. 6655/2020, passata in cosa giudicata).

25.5.3. A giudizio del Collegio, non può essere condivisa la tesi del Comune di Lerici, secondo cui la deliberazione n. 47 del 9 novembre 2018 (con la quale l'organo consiliare del predetto Comune ha dichiarato l'inefficacia e la decadenza della precedente deliberazione consiliare n. 28 del 15 giugno 2005, nella parte in cui "*dispone l'affidamento in house ad Acam Spa del servizio di lavaggio, spazzamento, raccolta e trasporto dei RSU indifferenziati e differenziati*", disponendo la decadenza del relativo rapporto contrattuale) costituisca in sostanza un atto di annullamento (con effetti *ex tunc*), essendo diretto al ripristino della legalità violata.

In disparte la considerazione che costituisce *ius receptum* nella giurisprudenza amministrativa il principio secondo il quale il mero ripristino della legalità violata non è sufficiente a sorreggere la motivazione del provvedimento di annullamento, in autotutela, di atti amministrativi

asseritamente illegittimi, il Collegio deve rilevare che la legittimità degli atti amministrativi deve essere valutata secondo il principio *“tempus regit actum”*, ossia in base alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento della loro adozione; orbene, è pacifico che, al momento della adozione della deliberazione consiliare n. 28 del 15 giugno 2005, il Comune di Lerici era titolare della partecipazione azionaria in Acam s.p.a. e che, sulla base di questa partecipazione azionaria, la gestione del servizio di lavaggio, spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, indifferenziati e differenziati, è avvenuta e proseguita legittimamente per anni, in regime di *in house providing*.

Il fatto che poi il Comune di Lerici, pur avendo sottoscritto l'Accordo di Investimento tra Acam s.p.a. e Iren s.p.a. (sopra richiamato), abbia dismesso il pacchetto azionario, attiene alla fase successiva del rapporto gestionale e deve essere ricollegato ad una diversa valutazione da parte della amministrazione comunale dell'interesse pubblico in ordine alla gestione del servizio, qualificabile giuridicamente come revoca delle proprie precedenti determinazioni, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse e non come ripristino della legalità violata, in quanto ciò contrasta con quelli che sono ormai principi cardine della giurisprudenza amministrativa in materia di autotutela amministrativa.

26. Con il sesto motivo, il Comune di Lerici ripropone il quarto motivo del ricorso introduttivo del giudizio, giudicato inammissibile dal giudice di prime cure, in quanto : *“La prescrizione del parere regionale VAS [...] concerne, per l'appunto, le sole gestioni “in economia” ed i relativi comuni (Carro, Carrodano, Levanto, etc.) mentre, come si evince facilmente dalla tabella di cui alla deliberazione del consiglio provinciale della Spezia n. 24.11.2016 n. 74 [...] il comune di Lerici non aveva in atto una gestione in economia, bensì in house, onde la relativa prescrizione non lo riguarda affatto”*.

26.1. Sostiene che il giudice di primo grado avrebbe travisato il senso della censura proposta dal Comune di Lerici. Diversamente da quanto ritenuto dal giudice di primo grado, con il quarto motivo di ricorso, il Comune di Lerici ha voluto rilevare l'illegittimità della delibera provinciale n. 48/2018, perché contraria alle prescrizioni di cui al predetto parere regionale n. 100/2017 e alle norme di legge sottese al riparto di competenze tra gli enti locali interessati.

26.2. Ai sensi della vigente normativa costituzionale (artt. 5 e 118 Cost), nazionale (artt. 6 e 7 d.lgs. 152/2006) e regionale (l.r. 32/2012), le autorità procedenti nell'adozione dei piani sottoposti a valutazione ambientale strategica devono uniformarsi alle prescrizioni adottate dalla Regione con il relativo parere.

Ebbene, nel parere n. 100/2017, relativo alla valutazione ambientale strategica sul piano d'area della Provincia della Spezia, la Regione Liguria:

- ha ritenuto non sostenibile la gestione degli affidamenti in economia oltre il 2020, con previsione generale e non riferita solo ad alcuni Comuni;

- ha richiesto che venisse individuata quella che sarà a regime l'area di bacino sulla quale insisterà la gestione unitaria del servizio di gestione integrata dei rifiuti;

- il termine del periodo transitorio indicato dalla Regione Liguria e individuato al 31 dicembre 2020 è stato determinato dall'art. 24, co. 2 - bis, l. r. 12/2015.

La Provincia di La Spezia avrebbe violato il contenuto delle indicazioni regionali, avendo dato atto della prosecuzione dell'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti ad Acam Ambiente s.p.a. (controllata di Iren s.p.a.) *“fino alla naturale scadenza del 31.12.2028, eventualmente prorogabile”*.

26.3. Le censure sono in parte inammissibili, per difetto di interesse, e in parte infondate.

26.3.1. Come rilevato dal giudice di prime cure, le prescrizioni del parere VAS richiamate dall'amministrazione comunale appellante concernono i Comuni che svolgono il servizio in economia (nel cui novero non rientra il Comune di Lerici).

26.3.2. Le censure sono invece infondate nella parte in cui sono dirette a contestare la prosecuzione della gestione del servizio *de quo* da parte di Acam Ambiente s.p.a. (per effetto della operazione di aggregazione di Iren s.p.a.), l'accertamento della cui legittimità deve essere scrutinata in relazione a quanto disposto dell'art. 3 - bis, comma 2 - bis, d.l. 138/2011 e s.m.i. e che deve considerarsi immune dalle dedotte censure (per le ragioni che saranno meglio indicate nel prosieguo del presente provvedimento).

27. Con il settimo motivo, il Comune di Lerici ripropone il quinto motivo del ricorso introduttivo del giudizio, disatteso dal giudice di prime cure, in quanto *“all'atto dell'adozione del provvedimento impugnato ACAM era affidataria in house del servizio rifiuti per il comune di Lerici con scadenza al 31.12.2028 e la relativa determinazione non risultava revocata. Di più, la relativa gestione in house era stata espressamente salvaguardata, fino alla naturale scadenza, dagli artt. 14 comma 6 L.R. n. 1/2014 e 24 comma 2 lett. a terzo alinea della legge regionale 7.4.2015, n. 12. Il successivo venir meno della partecipazione del comune di Lerici in ACAM non rende dunque illegittimo il relativo affidamento in house disposto con deliberazione C.C. n. 28/2005 che è stato salvaguardato dalla legge regionale (art. 14 comma 6 L.R. n. 1/2014) sul solo presupposto che tale modalità di gestione fosse stata – a suo tempo – effettuata nel rispetto della previgente normativa (nel caso di specie, l'art. 113 comma 5 lett. c del D.Lgs. 28 267/2000) [...] fosse omogena a più comuni di un'area contigua”*.

27.1. L'appellante contesta le conclusioni del giudice di primo grado, evidenziando che l'art. 3 - bis, d.l. 138/2011 non deroga alla disciplina normativa vigente in materia di *“in house providing”*, ma la relativa disciplina può essere applicata solo in caso di presenza del Comune all'interno della compagine societaria del soggetto *in house*.

Dopo aver richiamato i diversi criteri per la risoluzione delle antinomie fra norme giuridiche (criterio cronologico; criterio gerarchico; criterio della specialità), l'amministrazione comunale appellante evidenzia che, in base ai criteri cronologico e di specialità, le norme sulle condizioni di ammissibilità dell'*in house* in materia di appalti pubblici, contenute nel nuovo codice dei contratti pubblici e nella direttiva comunitaria, prevalgono sulla disciplina relativa alla prosecuzione delle gestioni in essere dei servizi pubblici di cui all'art. 3-bis d.l. 138/2011 e s.m.i.

28. Con l'ottavo motivo, che va trattato congiuntamente al precedente, il Comune di Lerici evidenzia che le parti controinteressate vorrebbero far discendere la prosecuzione dell'affidamento *in house* del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani dall'Accordo di investimento del 2017, oltre che dal disposto normativo dell'art. 3 - *bis*, co. 2 - *bis* del d.l. 138/2011.

28.1. L'appellante non condivide questa conclusione.

Dopo aver richiamato le norme rilevanti ai fini della decisione (l'art. 3-bis, co. 2-bis, d.l. 138/2011, inserito dall'art. 1, comma 609, lett. b), l. 23/12/2014, n. 190; l'art. 5, comma, d.lgs. 50/2016 e l'art.

l'art. 16, co. 1, d.lgs. 175/2016), il Comune di Lerici sostiene che, nel caso di specie, a seguito del processo aggregativo tra Acam s.p.a. e Iren s.p.a., il Comune di Lerici ha disposto la completa alienazione delle quote di partecipazione in Acam s.p.a. in favore di Iren s.p.a., con il conseguente azzeramento della partecipazione del Comune nella compagine sociale del nuovo soggetto economico risultato della fusione tra Acam s.p.a. e Iren s.p.a.; sarebbero dunque venuti meno i presupposti individuati dagli artt. 5 d.lgs. 50/2016 e 16 d.lgs. 175/2016 per la gestione *in house*, in forma derogatoria rispetto alle procedure di evidenza pubblica previste dal codice dei contratti pubblici.

In altri termini, l'assetto degli affidamenti *in house* non può essere derogato (pena la violazione della disciplina eurounitaria in tema di affidamenti *in house*) dal ricorrere dei processi di aggregazione previsti dall'art. 3-bis, co. 2-bis, d.l. 138/2011 e s.m.i.

Qualora poi fosse mai possibile per il giudice arrivare ad interpretare l'art. 3-bis comma 2 bis del d.l. 138/2001 (come modificato dalla legge 190 del 2014) come una disciplina che deroga alle regole sugli affidamenti *in house* (il che non è consentito), ciò costituirebbe comunque una violazione di normative di provenienza eurounitaria (codice dei contratti pubblici e TUSP) ed eurounitarie (art. 12 Dir. 2014/24/UE del 26/02/2014).

29. Le censure articolate dal Comune di Lerici nel settimo e nell'ottavo motivo del ricorso in appello, come detto, debbono essere trattate congiuntamente, attenendo a profili intimamente connessi.

29.1. Ritiene il Collegio di dover partire dalla questione pregiudiziale sollevata da questa Sezione, con l'ordinanza collegiale n. 7161/2020, ai sensi dell'art. 267 del T.F.U.E., davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, in accoglimento della relativa domanda formulata in tal senso dal Comune di Lerici.

29.2. La questione è stata definita dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, con sentenza del 12 maggio 2022 C- 719/20, nella quale sono state formulate le seguenti conclusioni:

*“La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa o a una prassi nazionale in forza della quale l'esecuzione di un*

*appalto pubblico, aggiudicato inizialmente, senza gara, ad un ente «in house», sul quale l'amministrazione aggiudicatrice esercitava, congiuntamente, un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, sia proseguita automaticamente dall'operatore economico che ha acquisito detto ente, al termine di una procedura di gara, qualora detta amministrazione aggiudicatrice non disponga di un simile controllo su tale operatore e non detenga alcuna partecipazione nel suo capitale».*

29.3. La Corte di Giustizia ha chiaramente evidenziato che non sussistevano nel caso di specie i presupposti per l'affidamento *in house* del servizio, sulla base della considerazione che il Comune di Lerici aveva dismesso la propria partecipazione nell'operatore economico affidatario del servizio (Acam s.p.a.) e non aveva acquisito partecipazioni azionarie nell'operatore economico (Iren s.p.a.), individuato attraverso procedura di gara pubblica svolta da Acam s.p.a. quale soggetto aggregatore, e non aveva propri rappresentanti in seno agli organi societari della società Iren s.p.a.

29.4. Ritiene, tuttavia, il Collegio che la decisione espressa dalla Corte di Giustizia non si traduca necessariamente nell'accoglimento delle deduzioni di parte appellante, per la serie di considerazioni che seguono.

29.5. In primo luogo, risulta non controverso tra le parti che al momento dell'originario affidamento del servizio *de quo* ad Acam s.p.a. sussistevano tutti i presupposti previsti dall'ordinamento giuridico (nazionale ed eurounitario) per il c.d. "*in house providing*", avendo il Comune di Lerici aderito alla gestione in forma associata del servizio e possedendo una partecipazione azionaria nel capitale sociale, che cumulata con quella delle altre amministrazioni comunali, assicurava sulla gestione societaria il c.d. "controllo analogo congiunto".

29.6. Altrettanto pacifico è che nel corso della gestione, a partire dalla deliberazione consiliare n. 2 del 16 gennaio 2018 (con la quale l'amministrazione comunale ha approvato l'Accordo di Investimento tra Acam s.p.a. e Iren s.p.a., come socio venditore e non come socio sottoscrittore), il Comune di Lerici ha cominciato a prendere le distanze da questo modello di gestione e, pur avendo sottoscritto (con atto redatto in forma di scrittura privata autenticata, registrato il 23 gennaio 2018) l'Accordo di Investimento tra Acam s.p.a. e Iren s.p.a., ha alla fine dismesso la propria partecipazione azionaria relativa alle azioni Acam s.p.a. in favore di Iren s.p.a., facendo venir meno (come espressamente riconosciuto anche dalla Corte di Giustizia), con riguardo alla posizione del Comune di Lerici, i requisiti dell'*in house providing*.

29.7. In questo contesto, vi è un terzo aspetto pacifico, che appare decisivo per la soluzione della fattispecie e che costituisce la ragione, per il Collegio, di considerare la pronuncia della Corte di Giustizia per il giudizio *a quo* in modo diverso da quello sostenuto dal Comune di Lerici.

Tale aspetto risiede nella circostanza che il passaggio della gestione da Acam s.p.a. ad Iren s.p.a. non è avvenuto "*automaticamente*", ma è avvenuto sulla base di una gara pubblica, svolta da Acam s.p.a. (quando sussistevano ancora i presupposti dell'*in house providing*), sulla base di quanto previsto dall'art. 3 - *bis*, comma 2 - *bis*, del d.l. 13 agosto 2011 n. 138,

introdotto dall'art. 1, comma 609, lett. b), l. 23 dicembre 2014, n. 190, a norma del quale: *“L'operatore economico succeduto al concessionario iniziale, in via universale o parziale, a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, fermo restando il rispetto dei criteri qualitativi stabiliti inizialmente, prosegue nella gestione dei servizi fino alle scadenze previste. In tale ipotesi, anche su istanza otivata del gestore, il soggetto competente accerta la persistenza dei criteri qualitativi e la permanenza delle condizioni di equilibrio economico-finanziario al fine di procedere, ove necessario, alla loro rideterminazione, anche tramite l'aggiornamento del termine di scadenza di tutte o di alcune delle concessioni in essere, previa verifica ai sensi dell'articolo 143, comma 8, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, effettuata dall'Autorità di regolazione competente, ove istituita, da effettuare anche con riferimento al programma degli interventi definito a livello di ambito territoriale ottimale sulla base della normativa e della regolazione di settore”.*

Tutta la procedura di gara diretta alla individuazione dell'operatore economico con il quale la società Acam s.p.a. avrebbe dovuto aggregarsi si è conclusa con deliberazione dell'amministratore unico di Acam s.p.a. del 23 giugno 2017 (quando pacificamente il Comune di Lerici era ancora socio di Acam s.p.a.).

29.8. Inoltre, in quarto luogo, la menzionata procedura di gara indetta da Acam s.p.a. era anche una gara cd. “a doppio oggetto”, essendo finalizzata non solo alla scelta del *partner* commerciale, ma anche alla individuazione del miglior operatore per la prosecuzione della gestione del servizio in base alle condizioni contrattuali precedentemente negoziate (negli atti di gara sono analiticamente esplicitati i requisiti di ammissione e le modalità richieste per l'espletamento del servizio *de quo*): si seguiva, dunque, un meccanismo considerato del tutto conforme alle regole eurounitarie sin dai tempi del parere della seconda Sezione di questo Consiglio di Stato n. 456 del 18 aprile 2007, che non viene certo messo in discussione dalla pronuncia della Corte di Giustizia per il caso di specie.

29.9. In quinto e ultimo luogo, questa (corretta, dal punto di vista eurounitario) operazione di aggregazione societaria si muove in un contesto amministrativo che è diventato – pacificamente – di esclusiva competenza della Provincia di La Spezia, come accertato da questo Consiglio con la ricordata sentenza n. 6655/2020, passata in giudicato.

Il fatto che, successivamente all'operazione di aggregazione, il Comune di Lerici abbia venduto le proprie azioni Acam s.p.a. e non abbia acquisito le azioni Iren s.p.a. non è elemento idoneo a far venir meno i presupposti per la prosecuzione del servizio (senza soluzione di continuità) da parte dell'operatore economico individuato a seguito dell'operazione medesima, atteso che (come sopra evidenziato) al momento della individuazione dell'Iren s.p.a. come soggetto aggregatore il Comune di Lerici faceva ancora parte della compagine societaria di Acam s.p.a. (e quindi partecipava delle relative decisioni gestionali e organizzative), mentre al momento della dismissione del pacchetto azionario da parte del Comune di Lerici, quest'ultimo aveva già perduto la competenza in ordine alla gestione del servizio, che è stata attribuita, appunto, alla Provincia di La Spezia.

30. Il Collegio è infine chiamato a esaminare la questione di legittimità costituzionale, sollevata

dal Comune di Lerici, nella memoria depositata in data 31 luglio 2020 (paragrafo VIII), e riproposta dalla amministrazione appellante, nella memoria di replica depositata in data 23 febbraio 2023, nei seguenti termini:

“VIII. - QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

*Si solleva l'eccezione di illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 14, 16, l.r. 1/2014, 24 della l.r. 12/2015 e dell'art. 3 bis, d.l. 138/2011. In particolare, si chiede a codesto Ecc.mo Consiglio di Stato di voler sottoporre alla Corte Costituzionale una questione rilevante e non manifestamente infondata ed afferente alla compatibilità delle suddette norme ai principi costituzionali ed, in specie, degli artt. 3, 10, 11, 41, 43 e 117 della Costituzione. Infatti, le disposizioni innanzi riportate, come interpretate dal TAR, e intese nel senso prospettato ex adverso, violano le disposizioni nazionali sovraordinate e di derivazione eurounitaria dettate dal d.lgs. 50/2016, artt. 5 e 192 e dal d.lgs. 175/2016 artt. 4 e 16 e in applicazione dell'art. 12, direttiva 2014/24/UE. Ciò in quanto, la disciplina innanzi richiamata, se interpretata come indicato dal TAR Genova e come vorrebbe far intendere la difesa avversaria: - determinerebbe una ingiustificata discriminazione tra operatori economici che l'ente pubblico non può ammettere; - imporrebbe la prosecuzione della gestione in house del servizio di che trattasi anche rispetto ad Enti che, come il Comune di Lerici, non detengono alcuna partecipazione nella società in house che pretende di proseguire la gestione. La corretta interpretazione conforme ai principi costituzionali si impone come doverosa ed è rilevante nel caso di specie, in quanto è proprio dalla scorretta ed impropria interpretazione di quelle disposizioni, che la sentenza del TAR ha fatto derivare il giudizio di legittimità della delibera provinciale”.*

30.1. Come sopra evidenziato, con ordinanza collegiale n. 2966/2023, questa Sezione ha invitato le parti a formulare le proprie deduzioni in merito alla predetta questione di legittimità costituzionale.

30.2. Preso atto delle memorie depositate da Iren s.p.a. (già Acam s.p.a.) e da Acam Ambiente s.p.a., dalla Provincia di La Spezia e dal Comune di Lerici, il Collegio ritiene che la questione di legittimità costituzionale sia rilevante, in quanto il provvedimento impugnato è stato adottato sulla base di una operazione di aggregazione societaria basata sulla norma sospettata di incostituzionalità.

30.3. Detta questione è, tuttavia, manifestamente infondata.

30.3.1. Come si è avuto modo di rilevare al punto 29, la prosecuzione della gestione del servizio *de quo* da parte di Iren s.p.a. è avvenuta sulla base di una gara a doppio oggetto, svolta sulla base della normativa nazionale e regionale sopra richiamata; detta procedura di gara è stata svolta da Acam s.p.a. quando quest'ultima operava ancora in regime di *house providing* (come sopra evidenziato, l'alienazione del pacchetto azionario da parte del Comune di Lerici è avvenuta in un momento successivo), in quanto soggetta al c.d. “controllo analogo congiunto” da parte dei Comuni della Provincia di La Spezia partecipanti alla gestione in forma associata del servizio (ivi compreso il Comune di Lerici).

30.3.2. Dagli atti di gara emerge con chiara evidenza che la procedura di gara non era solo

diretta alla scelta del partner commerciale di Acam s.p.a., ma anche del miglior operatore economico presente sul mercato per la gestione del servizio (gara a doppio oggetto). Ogni operatore economico del settore è stato messo in condizione di partecipare alla procedura di gara *de qua*, conseguentemente non è ravvisabile alcuna arbitraria discriminazione degli operatori economici e alcuna elusione delle regole del mercato; conseguentemente, non si ravvisano i presupposti per sollevare davanti alla Corte Costituzionale la questione di legittimità prospettata dalla parte appellante.

31. In conclusione, il ricorso in appello si rivela infondato e va respinto.

32. La novità e la complessità delle questioni di fatto e di diritto dedotte in giudizio giustificano nondimeno la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Carbone, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Luca Monteferrante, Consigliere

Paolo Marotta, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Paolo Marotta**

**IL PRESIDENTE**  
**Luigi Carbone**

**Guida alla lettura**

Con la sentenza in rassegna, la IV Sezione del Consiglio di Stato ha stabilito che l'aggregazione tra società *in house* e altro operatore è legittima se avviene all'esito di una gara trasparente, come quella a doppio oggetto, con conseguente prosecuzione del servizio con il nuovo gestore, non venendo meno i presupposti per l'affidamento diretto.

La vicenda giudiziaria in commento trae origine da un'operazione aggregativa effettuata da una s.p.a. a causa di una crisi finanziaria, in ragione della quale era necessario un accordo di ristrutturazione con i creditori, in base all'art. 182 della legge fallimentare. In tale quadro la società ha indetto una pubblica gara per l'individuazione di un soggetto adatto a concludere un'operazione aggregativa. All'esito di tale aggregazione, il Comune affidante, non essendo più socio della nuova affidataria del servizio, ha ritenuto che i presupposti del relativo affidamento *in house* non esistessero più.

Nelle more del Giudizio, il Collegio aveva sollevato questione di pregiudizialità innanzi alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, relativamente alla possibilità di proseguire l'affidamento *in house* nelle ipotesi in cui vi fosse stata, *medio tempore*, un'operazione di aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Sulla questione, la Corte di Giustizia ha chiarito che *la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa o a una prassi nazionale in forza della quale l'esecuzione di un appalto pubblico, aggiudicato inizialmente, senza gara, ad un ente «in house», sul quale l'amministrazione aggiudicatrice esercitava, congiuntamente, un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, sia proseguita automaticamente dall'operatore economico che ha acquisito detto ente, al termine di una procedura di gara, qualora detta amministrazione aggiudicatrice non disponga di un simile controllo su tale operatore e non detenga alcuna partecipazione nel suo capitale, facendo salvi gli accertamenti del giudice del rinvio sul caso concreto.*

Per la Corte di Giustizia, quindi, sussiste la violazione della normativa euro unitaria sopra richiamata, nelle ipotesi in cui l'esecuzione dell'appalto affidato a soggetto *in house*, sia proseguita automaticamente dall'operatore economico che abbia effettuato l'operazione societaria, facendo venir meno il controllo analogo dell'amministrazione sul soggetto *in house*.

Per il Collegio, tuttavia, nel caso di specie mancherebbe l'automatismo nella successione di soggetti che precluderebbe la prosecuzione del servizio *in house*, in ragione del fatto che al momento dell'operazione di aggregazione l'Ente comunale non avesse ancora dismesso la partecipazione azionaria, esercitando, conseguentemente i diritti di voto e di controllo. La circostanza che, successivamente all'operazione di aggregazione, l'Ente comunale che abbia venduto le proprie azioni della società originaria *in house* non abbia successivamente acquisito le azioni della nuova società aggregatrice, non è elemento idoneo a far venir meno i presupposti per la prosecuzione del servizio (senza soluzione di continuità) da parte dell'operatore economico individuato con gara a doppio oggetto a seguito dell'operazione medesima, atteso che al momento della individuazione della nuova società come soggetto

aggregatore l'Ente comunale faceva ancora parte della compagine societaria della precedente società *in house* .

Per il Collegio, infatti, l'argomento essenziale per escludere la violazione della normativa UE è rappresentato dall'assenza di automatismo nel passaggio della gestione da una società a un'altra, avvenuto all'esito di una gara a doppio oggetto. Gara nella quale il Comune possedeva ancora le quote della società *in house*.

In tale ambito, in ragione del possesso da parte dell'Ente comunale al momento della gara a doppio oggetto della partecipazione azionaria, trova applicazione la disciplina di cui all'art. 3 - bis, comma 2 - bis, del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, introdotto dall'art. 1, comma 609, lett. b), l. 23 dicembre 2014, n. 190, secondo cui: *“L'operatore economico succeduto al concessionario iniziale, in via universale o parziale, a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, fermo restando il rispetto dei criteri qualitativi stabiliti inizialmente, prosegue nella gestione dei servizi fino alle scadenze previste. In tale ipotesi, anche su istanza motivata del gestore, il soggetto competente accerta la persistenza dei criteri qualitativi e la permanenza delle condizioni di equilibrio economico-finanziario al fine di procedere, ove necessario, alla loro rideterminazione, anche tramite l'aggiornamento del termine di scadenza di tutte o di alcune delle concessioni in essere, previa verifica ai sensi dell'articolo 143, comma 8, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, effettuata dall'Autorità di regolazione competente, ove istituita, da effettuare anche con riferimento al programma degli interventi definito a livello di ambito territoriale ottimale sulla base della normativa e della regolazione di settore”*.

In definitiva, alla luce di quanto sopra, la prosecuzione del servizio mediante affidamento *in house* sarebbe stata preclusa nell'ipotesi in cui l'operazione aggregativa effettuata dal soggetto *in house* uscente fosse stata concretizzata in un momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice avesse già dismesso le quote sociali. Evenienza non verificatasi nel caso di specie, posto che l'Ente Comunale era titolare delle quote azionarie al momento dell'operazione societaria.