



***IN HOUSE E AGGREGAZIONI SOCIETARIE:
COMMENTO A CORTE DI GIUSTIZIA UE C-719/20 DEL 12
MAGGIO 2022***

Federico SMERCHINICH

Il 12 maggio 2022, la Corte di giustizia UE si è pronunciata nel caso C-719/2022 sulla questione posta dal Consiglio di Stato (ordinanza del 18 novembre 2020, n. 7161) in merito alla compatibilità europea di un procedimento di aggregazione societaria, attraverso il quale un servizio, inizialmente affidato ad una società *in house*, venga poi gestito dal soggetto aggiudicatario della gara per l'aggregazione. Tale decisione della Corte UE è stata oggetto di alcuni commenti ed interpretazioni, i quali, tuttavia, non tengono conto di certi elementi propri della fattispecie in esame.

Per comprendere appieno la portata della decisione della Corte UE è opportuna una ricostruzione meticolosa dei fatti che hanno portato alla rimessione del Consiglio di Stato, così da mettere in luce le incongruenze della sentenza del giudice comunitario.

Sin dal 2005, ACAM è stata la società per azioni, totalmente pubblica e partecipata da tutti i Comuni dello spezzino, affidataria fino al 2028 dell'esecuzione del servizio di gestione dei rifiuti nel territorio della Provincia di La Spezia, poi divenuta Ente d'ambito competente per l'affidamento e la vigilanza sull'esecuzione del servizio grazie all'art. 24 della L.R. 7 aprile

2015, n. 12. Con tale norma, è stata sottratta ai Comuni, a favore della Provincia, la competenza a disporre dei futuri affidamenti all'esito di procedure di gara successive al 17 dicembre 2015, quando è entrata in vigore la legge predetta (art. 24, co. 3 L.R. 12/2015).

Nel corso del tempo, ACAM è entrata in difficoltà economiche e gestionali, decidendo nel 2017 di bandire un avviso pubblico per l'individuazione di un operatore economico per l'attuazione della procedura trasparente di aggregazione societaria ed industriale di ACAM ai sensi dell'art. 3 *bis*, co. 2 *bis*, d.l. n. 138/2011, introdotto dall'art. 1, co. 609, 611 e 612 della l. n. 190/2014.

Entrando nei dettagli della procedura bandita, bisogna osservare che tale avviso era volto a indire una gara a doppio oggetto per individuare il soggetto, socio privato, che, non solo avesse potuto acquisire le partecipazioni di capitale in ACAM, ma altresì avesse dimostrato la capacità industriale di produrre e realizzare un piano di ottimizzazione per rimediare alle criticità della gestione del servizio prima eseguito da ACAM. Sfogliando gli atti di gara si trova la richiesta di predisposizione un piano di ottimizzazione volto a superare le criticità del servizio, nonché tutta una serie di elementi del piano industriale che devono necessariamente essere presi a riferimento nella presentazione delle offerte da parte degli operatori economici interessati.

La procedura di cui si è appena detto è stata approvata dall'Ente d'ambito, e, ai fini dello svolgimento della stessa, tutti i soci di ACAM hanno sottoscritto un accordo di investimento nel quale accettavano il mantenimento delle condizioni originarie di servizio: durata, forme di prestazione, territorio di esecuzione.

Giova ricordare, al riguardo, che il Comune di Lerici, aderendo all'accordo di investimento ai sensi dell'art. 13 dell'Accordo, ha prodotto *"...l'irrevocabile accettazione incondizionata di tutte le previsioni (nessuna esclusa) del presente Accordo di Investimento"*. Rileva, altresì, anche la Deliberazione del C.C. di Lerici n. 2 del 16 gennaio 2018, con la quale il Comune aveva deciso di aderire all'Accordo di Investimento quale solo Socio Venditore, espressamente riconoscendo che *"la dismissione della partecipazione in ACAM S.p.A. non comporterà alcuna modifica in senso peggiorativo del servizio idrico e del servizio di gestione della raccolta dei rifiuti urbani"*.

La gara di cui sopra è stata aggiudicata ad IREN, la quale ha prima acquisito le azioni di ACAM, vendute dai Comuni soci, e poi ha deliberato un aumento di capitale, vendendo alcune sue azioni ai Comuni soci di ACAM che sono divenuti azionisti di detta Società. Senonché, poco tempo dopo, lo stesso Comune di Lerici ha deciso di revocare l'affidamento del servizio nel suo territorio allo scopo di predisporre un nuovo affidamento, nonostante avesse sottoscritto un accordo che lo obbligava a mantenere inalterate le condizioni del servizio e nonostante la competenza in materia di affidamento fosse stata devoluta alla Provincia. Successivamente, nel 2018, l'Ente d'ambito ha approvato un aggiornamento del precedente piano d'ambito confermando la società ACAM gestore del servizio anche per il Comune di Lerici, dopo la procedura di aggregazione.

Avverso tale deliberazione dell'Ente d'Ambito, il Comune di Lerici ha proposto ricorso, respinto in primo grado dal TAR della Liguria (sentenza n. 847/2019) e poi giunto al Consiglio di Stato, ed ora sino alla Corte di giustizia UE.

Per essere precisi, in primo grado il Comune di Lerici ha censurato le delibere provinciali di aggiornamento del piano d'ambito, confermando ACAM affidataria del servizio, in quanto non si sarebbe tenuto conto del ruolo e della competenza del Comune nell'affidamento del servizio RSU. Il TAR, respingendo il ricorso ha ricostruito il quadro normativo regionale e ha affermato: *“Per un verso, che, in forza dell’art. 14 comma 6 della L.R. n. 1/2014 e della disposizione transitoria di cui all’art. 24 comma 2 lett. a) terzo alinea della L.R. n. 12/2015, la gestione in house del servizio rifiuti da parte di ACAM, in quanto omogenea fra più comuni, sarebbe stata salvaguardata e avrebbe dovuto mantenersi in capo al comune di Lerici fino alla scadenza naturale dell’originario affidamento (31/12/2028). Per altro verso, che tutte le decisioni riguardanti i nuovi affidamenti del servizio rifiuti nei comuni sono state attribuite alla Provincia (art. 16 L.R. n. 1/2014 e 24 comma 2 della L.R. n. 12/2015), fatte salve soltanto le gare già indette dai comuni prima del 17.12.2015 (data di entrata in vigore della L.R. n. 12/2015), a seguito della intervenuta scadenza naturale di un affidamento..... Orbene, alla data di adozione del provvedimento impugnato (6.8.2018), il comune di Lerici non aveva ancora ritirato (rectius, revocato, trattandosi di un ritiro motivato dal venir meno, a seguito dell’aggregazione di ACAM in IREN, della partecipazione societaria del comune – vedi, melius, più avanti) l’affidamento in house ad ACAM del servizio di raccolta rifiuti, ciò che è avvenuto soltanto successivamente, in data 9.10.2018, con deliberazione del consiglio comunale n. 187 Già si è visto, infatti, 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), il quale ha finanche cura di precisare che le deliberazioni degli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, e di scelta della forma di gestione, "sono validamente assunte nei competenti organi degli stessi senza necessità di ulteriori deliberazioni, preventive o successive, da parte degli organi degli enti locali". Ciò che, peraltro, rafforza l'irrilevanza dell'apporto procedimentale del comune, di cui già si è detto."

Il Comune di Lerici ha, così, impugnato la decisione sfavorevole del TAR, facendo valere che il giudice di primo grado non avrebbe considerato la normativa nazionale e comunitaria in materia di *in house* ed il ruolo del Comune nel caso degli affidamenti *in house*. Secondo la prospettazione di Lerici, la normativa regionale ligure non potrebbe in nessun caso legittimare la salvaguardia di preesistenti gestioni qualora vengano meno le condizioni per l'affidamento *in house* (controllo analogo).

Con il proprio ricorso, il Comune di Lerici ha, altresì, richiesto la rimessione alla Corte di giustizia, domanda non analizzata in primo grado, relativamente alla compatibilità tra l'interpretazione dell'art. 3-bis, comma 2-bis, d.l. 138/2011 fatta propria dal TAR, rispetto al diritto europeo e, in specie, rispetto all'art. 12 della direttiva 2014/24/UE.

Il Consiglio di Stato, ritenendosi obbligato quale giudice di ultima istanza a tale rimessione, ha posto alla Corte di giustizia il 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.”*

E così, la palla è passata alla Corte di Giustizia, in un procedimento che ha visto intervenire la Repubblica d’Austria a sostegno della posizione di IREN e susseguirsi diverse osservazioni portate all’attenzione del giudicante europeo. Parallelamente IREN, ACAM e la Provincia di La Spezia avevano impugnato gli atti con cui il Comune di Lerici aveva revocato il servizio e disposto il nuovo affidamento. Tali impugnative sono state accolte dal TAR Liguria (sentenze nn. 845 e 884/2019) e confermate dal Consiglio di Stato dopo averle riunite (sentenza n. 6655/2020).

Come anticipato, il 12.05.2022, la Corte ha trasmesso la propria decisione nella causa C 719/20 che, è bene specificare sin da ora, non risponde al quesito sollevato dal Consiglio di Stato.

Procedendo con ordine, la Corte di giustizia sviluppa il proprio ragionamento partendo da un'analisi dei presupposti sull'*in house* nel caso in esame, osservando che gli stessi non sussistono più, in quanto il Comune di Lerici, non avendo più partecipazioni in IREN, non può esercitare le relative prerogative nei confronti del gestore originato dall'operazione di aggregazione (che ha comportato la fusione tra IREN e ACAM), non facendo parte del relativo capitale.

Già può notarsi l'errore della Corte che parla di *in house*, quando, invece, c'è stata la gara a doppio oggetto a seguito della quale è stato individuato il nuovo gestore, incorporante ACAM (aspetto che verrà approfondito nel prosieguo).

Poi, la Corte sviluppa una serie di ragionamenti volti ad esaminare l'operazione di aggregazione ed il modo in cui era stata condotta. Tuttavia, (ai punti 30 e ss. della sentenza) la Corte, pur esaminando la circostanza che la procedura di aggregazione è stata il frutto di una gara pubblica, l'ha ritenuta, nel caso in esame, del tutto irrilevante, benché il Consiglio di Stato, in sede di rimessione, volesse proprio avere una risposta su questo aspetto: se cioè sia ammissibile l'aggregazione tramite gara, che comporta la successione del servizio dall'affidatario *in house* all'operatore individuato con gara.

Al riguardo, infatti, la Corte non si pronuncia, rimettendo nuovamente la palla al Consiglio di Stato ("*Fatte salve le verifiche che sarà il giudice del rinvio ad effettuare*"), senza però averlo aiutato nella sua decisione.

Il ragionamento della Corte parte dalla premessa che la prosecuzione di un operatore originariamente *in house* e poi confluito, in esito ad una operazione aggregativa, in un soggetto misto, per essere conforme alla Direttiva 24/2014 “*necessita di una procedura di gara, cosicché la Direttiva 24/2014 autorizzerebbe Iren a proseguire tale esecuzione solo dopo essere designata come aggiudicataria di detto appalto, al termine di una procedura di aggiudicazione conforme ai requisiti della direttiva in parola*”.

Pur partendo da tale premessa, la Corte, invece di esaminare e verificare se vi fossero i requisiti sopra descritti nella gara pubblica espletata, torna “sui suoi passi” e liquida l’argomento dicendo che, comunque, il Comune di Lerici era fuoriuscito dal capitale della società scaturita dall’aggregazione e, quindi, era inutile andare a capire la portata della gara pubblica in esame.

E qui sta l’errore. In primo luogo, occorre rilevare che la procedura ad evidenza pubblica avviata da ACAM era una gara a doppio oggetto, rispetto alla quale la norma interna sulle aggregazioni è un *minus*: difatti è stato richiesto più del necessario e si è andati oltre il dettato dell’art. 609 l. 190/2014 e delle previsioni interne. In tale situazione, la Corte avrebbe dovuto correttamente rilevare tale passaggio.

Inoltre, è opportuno sottolineare, che il Comune di Lerici non ha impugnato gli esiti dell’operazione aggregativa ed il provvedimento della Provincia che ha approvato gli atti di tale gara, e dunque ha espressamente accettato gli esiti dell’aggregazione, gli obblighi da essa derivanti e la prosecuzione del servizio per poi svincolarsi dalla sua quota (ricavandone un corrispettivo sostanzioso) e pretendere la revoca

dell'affidamento. Su tutti questi elementi la Corte non si è soffermata, benché su tali aspetti si concentrava il nucleo del quesito posto dal Consiglio di Stato e oggetto del decidere.

Secondariamente, la Corte non ha rilevato che al momento della procedura aggregativa il Comune di Lerici era parte di ACAM, che gli enti locali soci di ACAM avevano sottoscritto un accordo di investimento per mantenere immutate le condizioni del servizio originarie e che, ancor più importante, è irrilevante l'esistenza o meno della partecipazione di Lerici nel capitale del soggetto risultato dall'aggregazione. Fra l'altro, la normativa – riportata dalla stessa Corte – consente di avere il controllo analogo tramite patti parasociali e, dunque, non è la mera partecipazione al capitale che comporta il controllo, ma la possibilità di incidere in concreto sull'esecuzione del servizio.

Nel nostro caso è detto *expressis verbis* che non sarebbero state mutate in senso peggiorativo le condizioni del servizio che sarebbero rimaste quelle originarie, per espressa pattuizione di tutti i Comuni soci di ACAM prima dell'aggregazione, con la conseguenza che anche le condizioni del controllo sull'esecuzione sarebbero rimaste immutate. Se la Corte avesse verificato ciò, per come ampiamente rappresentato e descritto nei documenti agli atti di causa, si sarebbe accorta che era irrilevante la partecipazione del Comune di Lerici nella società scaturita dall'aggregazione.

Infine, sempre con riguardo alla questione delle società miste, occorre ravvisare che la Corte di giustizia, al p. 53 della sentenza, afferma: *“Nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto pubblico di cui trattasi nel procedimento principale, la IREN non può, pertanto, essere assimilata a una società a capitale*

misto, detenuta al contempo dall'amministrazione aggiudicatrice, foss'anche indirettamente, e da un ente che sia stato selezionato da quest'ultima, al termine di una procedura trasparente ed aperta alla concorrenza, ai sensi della sentenza del 15 ottobre 2009, Acoset (C-196/08, EU:C:2009:628)". Orbene, la sentenza Acoset richiamata dalla Corte dimostra che in realtà IREN ha tutti i requisiti per essere una società mista aggiudicataria di una gara a doppio oggetto.

Non è un caso che al p. 60 della sentenza Acoset venga affermato: *"Dato che i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata, come nella fattispecie di cui alla causa principale, l'attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest'ultimo, si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificerebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario."*

Se ciò non bastasse, la Corte, compiendo un ulteriore decisivo errore, ha rilevato che oltre a mancare la partecipazione del Comune di Lerici, non vi sarebbe neanche la partecipazione della Provincia nel capitale del soggetto risultante dall'aggregazione. Difatti, la Corte di giustizia ha affermato che, affinché l'operazione aggregativa sia legittima, la Provincia avrebbe dovuto essere parte del capitale del soggetto aggregato, e dunque esercitare le prerogative di controllo analogo.

Ma tale partecipazione della Provincia non è normativamente ammissibile né necessaria, oltre che contrastante con il principio per cui il controllore del servizio (Autorità d'Ambito) deve essere distinto dal controllato (gestore del servizio). Tale principio è evidente alla luce di diverse norme di legge nazionale (art. 147 e ss. D.lgs. n. 152/2006 e artt. 200 e ss. d.lgs. n. 152/2006; art. 3 bis d.lgs. n. 138/2011) e regionale (art. 24 l.r. Liguria 12/2015), oltre che dalle delibere dell'Autorità di Settore (Linee Guida ANAC n. 7/2017 p. 3.2), da cui risulta che l'Ente d'ambito è un soggetto con il ruolo di aggregare gli enti locali presenti nell'ambito territoriale di riferimento, al fine di superare la frammentazione delle gestioni, e, per conto di essi, affidare il servizio pubblico tramite gara pubblica o *in house*, vigilando sulla corretta gestione dello stesso.

La Corte di giustizia non ha considerato che la Provincia ha assorbito le competenze in materia di affidamento del servizio e vigilanza sulla gestione dello stesso ma che la titolarità del servizio è pur sempre dei singoli Comuni. In altre parole, l'Ente d'ambito è il "controllore" del servizio che verifica la corretta esecuzione dello stesso, applica le tariffe e decide, attraverso una volontà formatasi in sede assembleare tra i rappresentanti degli enti locali, come farlo proseguire. Semplicisticamente, l'Ente d'ambito agisce come un mandatario degli enti locali, i quali sono gli unici "proprietari" del servizio che affidano tramite l'Ente d'ambito.

Tutte circostanze già rilevate dal Giudice nazionale remittente, ovvero il Consiglio di Stato, con sentenze passate in giudicato, nei paralleli appelli, in cui aveva già statuito che la competenza esclusiva all'affidamento del servizio non spetta al Comune, bensì alla Provincia quale Ente di Governo d'Ambito.

Chiarito questo passaggio, è evidente che la Provincia di La Spezia, in quanto Ente d'ambito non titolare del servizio ma controllore dello stesso, non può partecipare al gestore (IREN che ha acquisito ACAM), pena la sovrapposizione tra controllore e controllante. Al riguardo è interessante osservare che, proprio per evitare questa commistione di ruoli, il ddl concorrenza (AS 2469 su cui verrà posta la fiducia in questi giorni) ha visto nella sua bozza di legge una norma (art. 6 comma 2) che recita: “*b) razionalizzazione della ripartizione dei poteri di regolazione e di controllo tra i diversi livelli di governo locale e le autorità indipendenti e previsione della separazione, a livello locale, tra le funzioni regolatorie e le funzioni di diretta gestione dei servizi*”.

La tesi espressa nella sentenza della Corte UE mina le fondamenta dell'intero ordinamento tracciato dal nostro Codice dell'Ambiente, oltre che dalla normativa in materia di servizi pubblici locali.

Se, infatti, la decisione della Corte UE venisse recepita *hic et nunc*, si arriverebbe al paradosso che l'Ente d'ambito sostituirebbe le competenze dei Consigli Comunali nel deliberare le modalità di partecipazione degli stessi alle singole società *in house* affidatarie del servizio. Il che sarebbe incostituzionale, oltre che illegittimo alla luce di norme (art. 3 *bis* comma 1 *bis* ultimo periodo d.l. n. 138/2011) che obbligano il Comune, proprietario del servizio, a mettere a bilancio le somme pari all'investimento nella società *in house*, producendo un bilancio consolidato con la stessa affidataria *in house*. Oltretutto, non può immaginarsi un'attività prevalente svolta dal gestore *in house* a favore dell'Ente d'ambito, che ha un mero ruolo istituzionale e

di rappresentanza, non potendo “godere” dell’espletamento del servizio in concreto.

Alla luce di queste osservazioni, spetterà ora al Consiglio di Stato prendere atto della decisione della Corte e del fatto che non è stata data risposta al quesito posto col rinvio pregiudiziale. Oppure, “*salve le verifiche che sarà il giudice del rinvio ad effettuare*”, il Consiglio di Stato potrebbe già da sé rilevare le incongruenze della decisione del giudice europeo e decidere la causa secondo il diritto interno che, come detto, rende inattuabili alcuni presupposti fattuali posti alla base del ragionamento della Corte UE.