

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Publicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Gaetano Caputi

Redazione

Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2024

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, José Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



Specificazioni per la prosecuzione degli affidamenti *in house* in caso di aggregazioni societarie. Spunti di riflessione sui rapporti tra giudice nazionale e Corte di giustizia

di Edoardo Giovannelli

(Dottorando di ricerca in Diritto e impresa presso la LUISS "Guido Carli")

Sommario

1. Introduzione. – 2. I fatti di causa. – 3. La soluzione offerta dal Consiglio di Stato. – 4. La giurisprudenza in materia di società miste. – 5. Riflessioni per una lettura della sentenza nel prisma della legalità sostanziale. – 6. Sul vincolo discendente dalla pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia e sui rapporti tra giudice nazionale e giudice europeo. – 7. Cenni conclusivi e questioni aperte.

Abstract

The paper examines a judgment rendered by the Fourth Section of the Council of State concerning in-house public procurement in the field of local public services. Specifically, the Council of State ruled on the conditions under which an in-house public contract can be continued after the termination of the "similar control" resulting from a corporate merger involving the economic operator. The ruling also addressed the binding effect of the preliminary ruling issued under Article 267 TFEU by the Court of Justice and the margin of appraisal left to national courts.

* Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review



1. Introduzione.

Con la sentenza n. 9933 del 20 novembre 2023 la quarta sezione del Consiglio di Stato ha offerto la propria interpretazione in merito alla complessa tematica riguardante gli effetti della cessazione dei presupposti per l'affidamento *in house* nel corso dell'esecuzione di un contratto pubblico. Così facendo, i giudici di Palazzo Spada hanno affrontato una questione fino ad ora irrisolta dalla giurisprudenza nazionale, determinandosi in maniera all'apparenza distonica rispetto a quanto sancito dalla Corte di giustizia, all'uopo adita nel corso del medesimo processo tramite un rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TfUe*.

In particolare, la sentenza esaminata si sofferma su vari temi di particolare interesse per il diritto dei contratti pubblici e dei servizi pubblici locali, esaminandone plurimi aspetti. Specifica attenzione merita la massima espressa dal Consiglio di Stato secondo la quale, nel contesto di un'operazione di aggregazione, la prosecuzione di un servizio è a certe condizioni legittima ancorché questo sia stato affidato originariamente attraverso il meccanismo dell'*in house providing* e l'amministrazione controllante abbia successivamente dismesso la propria partecipazione nella precedente società *in house* senza procedere con la contestuale acquisizione delle quote dell'ente aggregatore, perdendo di fatto il controllo sul soggetto subentrante nello svolgimento del servizio e, quindi, facendo venire meno il presupposto stesso giustificante l'affidamento *in house*.

Stante il carattere inedito del punto di diritto controverso, è *in primis* su quest'ultimo che ci si intende soffermare in questa sede, pur nella consapevolezza che esso non esaurisce il novero degli aspetti rilevanti e meritevoli di riflessione che la sentenza porta ad emersione.

Fra questi, come si vedrà, la *vexata quaestio* del vincolo, per il giudice nazionale di ultima istanza, discendente da una sentenza interpretativa della Corte di Lussemburgo che sollecita un pensiero sul grado di concretizzazione del dialogo tra giudici nazionali e giudice europeo, da più parti auspicato, oltre che sulle modalità di progressiva composizione "a più fasi" della decisione finale tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale.

Per affrontare ulteriori aspetti, non meno importanti, occorrerebbe una trattazione autonoma e, per tale motivo, in questa sede essi saranno esaminati solo liminarmente (ad esempio, la natura di atto pianificatorio o meno della delibera oggetto di contestazione in rapporto agli oneri sulla partecipazione procedimentale gravanti sull'amministrazione).

Tanto premesso, prima di analizzare nel dettaglio le motivazioni della sentenza che qui interessano, occorre fornire una breve ricostruzione dei fatti oggetto della



controversia che ha visto contrapposti, da una parte, il comune di Lerici e, dall'altra, la provincia di La Spezia.

2. I fatti di causa.

Il giudizio di appello sul quale è stato chiamato a pronunciarsi il Consiglio di Stato originava da un'impugnazione proposta dinanzi al TAR Liguria dal comune di Lerici avverso una deliberazione della provincia di La Spezia (n. 48 del 6 agosto 2018) recante l'approvazione dell'aggiornamento al piano d'area per la gestione dei rifiuti urbani all'interno del proprio ambito territoriale.

Nel 2005 il comune di Lerici aveva adottato una delibera con la quale aveva disposto l'affidamento diretto della gestione del ciclo integrato dei rifiuti ad una società *in house* denominata Acam s.p.a. (d'ora in avanti "Acam"), con scadenza nel 2028. Assieme ad altri comuni interessati, il comune di Lerici esercitava sulla Acam un c.d. controllo analogo congiunto; inoltre, nel loro complesso i comuni detenevano la totalità della partecipazione societaria sì da soddisfare le condizioni per l'*in house providing*¹. Nello specifico, la Acam gestiva i servizi affidatili tramite una propria controllata, denominata Acam Ambiente s.p.a. (nel prosieguo "Acam Ambiente").

Successivamente, per fatti estranei al giudizio al cui esito è stata emessa la sentenza in commento, il gruppo Acam era entrato in crisi e nel 2013 aveva dovuto concludere un accordo di ristrutturazione *ex art. 182* della legge fallimentare, omologato dal tribunale, in virtù del quale era stato ricercato un operatore con il quale concludere un'operazione aggregativa in ossequio a quanto disposto dall'art. 1, co. 611 e 612, della l. 23 dicembre 2014, n. 190, in materia di contenimento della spesa pubblica e di razionalizzazione delle società partecipate. Tale procedura si realizzava conformemente alla disposizione sull'organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali di cui all'art. 3-bis, co. 2, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, e ss.mm.ii., prevedendo l'esperimento di una gara pubblica "a doppio oggetto" per la selezione dell'ente aggregatore (il quale avrebbe proseguito l'esecuzione del contratto affidato originariamente alla Acam) che veniva poi individuato nella Iren s.p.a. (in seguito "Iren"), società c.d. *multiutility* a controllo pubblico, quotata in borsa, già operante nella gestione di pubblici servizi. Quest'ultima era perciò priva dei requisiti per essere definita *in house*.

¹ La legittimazione della Acam ad essere destinataria di affidamenti *in house* era fatto pacifico, sussistendo tutti i presupposti individuati dalla Corte di giustizia dapprima con la sentenza *Teckal* (Corte di giustizia Ue, causa C-107/98, *Teckal*, sentenza della Corte, sez. V, 18 novembre 1999), nonché con successivi ed altrettanto celebri arresti (controllo analogo, attività prevalente e integrale partecipazione pubblica nell'ente affidatario). Cfr. Corte di giustizia Ue: causa C-26/03, *Stadt Halle*, sentenza della Corte, sez. I, 11 gennaio 2005; causa C-458/03, *Parking Brixen*, sentenza della Corte, sez. I, 13 ottobre 2005; causa C-340/04, *Carbotermo*, sentenza della Corte, sez. I, 11 maggio 2006; causa C-324/07, *Coditel Brabant SA*, sentenza della Corte, sez. III, 13 novembre 2008; causa C-573/07, *Sea Srl contro Comune di Ponte Nossola*, sentenza della Corte, sez. III, 10 settembre 2009. Tali presupposti erano altresì conformi alle disposizioni contenute nella direttiva Ue n. 2014/24 (art. 12) e nel d.lgs. n. 50/2016 (art. 5).



Quindi, nel dicembre 2017, i comuni soci della Acam stipulavano un accordo di investimento con il quale essi si impegnavano a cedere alla Iren le proprie azioni della Acam e ad acquisire una quota corrispondente di azioni della Iren tramite un aumento di capitale riservato.

Il comune di Lerici sottoscriveva il predetto accordo di investimento per la sola parte riguardante la cessione delle azioni della Acam; per l'effetto, a differenza degli altri comuni, esso non risultava tra i partecipanti alla Iren.

Nonostante il venir meno dei presupposti dell'*in house* che avevano giustificato l'originario affidamento senza gara alla Acam, la provincia di La Spezia, divenuta *medio tempore* competente per l'organizzazione dei servizi di gestione dei rifiuti mercé una legge regionale, con la già citata delibera n. 48/2018 decretava l'aggiornamento del piano d'area per la gestione del servizio e, per quanto qui d'interesse, indicava la Acam Ambiente quale gestore per tutti i comuni originari affidanti, ivi incluso il comune di Lerici.

Lamentando l'illegittimità dell'affidamento sopravvenuto per via della mancanza dei presupposti per l'*in house providing*, detto comune impugnava la summenzionata delibera provinciale presso il TAR Liguria; quest'ultimo, con sentenza del 6 novembre 2019, n. 847, rigettava il ricorso e, per l'effetto, confermava la legittimità dell'affidamento impugnato².

² Nel rigettare il ricorso proposto dal comune, il TAR Liguria ha espresso le seguenti motivazioni.

In primo luogo, sono state rigettate le censure relative alla mancata ricognizione, da parte della provincia, delle statuizioni del comune di Lerici mediante comunicazione di avvio del procedimento, rilevando come l'atto impugnato fosse un atto di pianificazione e, come tale, esentato dall'applicazione delle disposizioni sulla partecipazione al procedimento; a sostegno di ciò il TAR ha aggiunto una riflessione sulla natura vincolata del piano di aggiornamento che, attuando la legislazione regionale, avrebbe avuto un carattere «meramente ricognitivo o di presa d'atto di una situazione esistente [...] come "fotografata" anche dalla premessa C [...] parte dell'accordo di investimento 29.12.2017 [...] cui ha aderito anche il comune di Lerici».

In secondo luogo, è stata respinta la doglianza in ordine al mancato esercizio delle competenze provinciali e all'indebita intromissione nelle competenze esercitate dal comune, per via della conformità della delibera impugnata alla legge regionale n. 1/2014 e, a sua volta, della compatibilità di questa con il d.l. n. 138/2011, art. 3-bis, co. 1-bis.

In terzo luogo, privo di pregio è stato giudicato il motivo di ricorso con cui è stata contestata dal comune ricorrente l'insussistenza del presupposto del controllo analogo, necessario per la prosecuzione dell'affidamento *in house*. Al riguardo TAR ha statuito che, in ossequio al principio del *tempus regis actum*, le valutazioni di pubblico interesse che soggiacciono all'emanazione di un provvedimento amministrativo si dovrebbero apprezzare «al momento dell'adozione del relativo provvedimento amministrativo» e che la deliberazione del consiglio comunale n. 47/2018 con cui era stata dichiarata l'inefficacia della deliberazione n. 28/2005 di affidamento del servizio alla Acam sarebbe consistita in una revoca *ex art. 21-quinquies* l. n. 241/1990 che, pertanto, operando *ex tunc*, non avrebbe inciso sulla validità dell'originario atto di affidamento con riferimento sia al tempo dell'entrata in vigore della normativa regionale sia all'atto dell'adozione del provvedimento della provincia impugnato.

Infine, la censura secondo la quale la deliberazione della provincia di La Spezia n. 48/2018 sarebbe stata illegittima in quanto discorde rispetto al parere vincolante reso dalla regione Liguria, che avrebbe precluso la prosecuzione dei regimi in economia anche oltre il 2020, è stata dichiarata inammissibile per difetto di interesse



Avverso tale pronuncia il comune ha interposto appello, che il Consiglio di Stato ha ritenuto a sua volta di respingere, adducendo le motivazioni che nei seguenti paragrafi si riassumeranno (prima) e commenteranno (poi).

3. La soluzione offerta dal Consiglio di Stato.

Come anticipato nell'Introduzione, la vicenda sottoposta all'esame della quarta sezione del Consiglio di Stato ha interessato anche la Corte di giustizia, in quanto, per dirimere la controversia, la prima ha ritenuto necessario sollevare una questione pregiudiziale per testare la compatibilità con il diritto europeo della normativa nazionale che contemplava il compimento di un'operazione aggregativa nei termini sopra descritti. Segnatamente, con ordinanza dell'11 novembre 2020, n. 7161, il Consiglio di Stato ha interrogato la Corte di giustizia sulla conformità all'art. 12 della direttiva Ue n. 2014/24 (direttiva sugli appalti pubblici) della normativa nazionale in applicazione della quale, in seguito ad un'aggregazione di società di servizi pubblici locali, l'operatore economico scelto come soggetto aggregatore in base a procedure trasparenti poteva proseguire nella gestione dei servizi nel caso in cui: (a) il concessionario iniziale fosse una società affidataria *in house* sulla base di un controllo analogo pluripartecipato; (b) l'operatore economico successore fosse stato selezionato attraverso una pubblica gara; (c) a seguito dell'operazione societaria di aggregazione i requisiti del controllo analogo pluripartecipato più non sussistessero rispetto a taluno degli enti locali che avevano in origine affidato il servizio. Il nucleo della questione, dunque, concerneva il tema delle sorti dell'affidamento *in house* una volta cessati gli originari presupposti, *ergo* il carattere "istantaneo" o "permanente" della fattispecie *in house providing*. Si trattava, cioè, di capire se, alle condizioni anzi descritte, la natura di sostanziale autoproduzione del servizio pubblico potesse legittimamente circoscriversi al momento dell'affidamento o dovesse al contrario perdurare inderogabilmente sino alla scadenza del contratto.

Disattendendo il suggerimento offerto dal Consiglio di Stato nell'ordinanza di rinvio, la Corte di giustizia ha privilegiato una lettura più rigida dell'art. 12 della citata direttiva, sancendo l'incompatibilità con il diritto europeo di una norma o di 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

sul presupposto che il comune di Lerici non avrebbe avuto in atto una gestione in economia, ma bensì una gestione *in house*, di talché il parere invocato sarebbe stato inconferente nella fattispecie esaminata.



detta amministrazione aggiudicatrice non disponga di un simile controllo su tale operatore e non detenga alcuna partecipazione nel suo capitale»³.

Nonostante ciò, il Consiglio di Stato, cui spetta in ogni caso il pieno accertamento della fattispecie concreta (quest'ultimo fatto esplicitamente salvo dalla pronuncia pregiudiziale), ha giudicato lecita la prosecuzione dell'affidamento in parola, valorizzando la peculiare natura della "gara a doppio oggetto" verso la quale la Corte di giustizia ha mostrato una certa – ingiustificata – indifferenza.

La quarta sezione del supremo consesso ha anzitutto rilevato come, attesa la natura squisitamente pianificatoria (e non affidativa) della delibera impugnata, il possesso, o meno, da parte della Iren, dei requisiti dell'*in house* fosse elemento privo di rilevanza ai fini del giudizio⁴. Tema dirimente, si legge nella sentenza, sarebbe invece la partecipazione del comune di Lerici al capitale della (e all'esercizio del controllo analogo congiunto sulla) Acam al tempo dell'espletamento della gara per l'individuazione dell'ente aggregatore. Proprio a tale circostanza, ossia, al fatto che la dismissione della partecipazione nella Acam era avvenuta dopo lo svolgimento della procedura selettiva, il Consiglio di Stato ha ancorato la validità dell'atto impugnato⁵.

Il Consiglio di Stato ha altresì affrontato il problema interpretativo riguardo alla disciplina della successione degli operatori che gestiscono i servizi pubblici locali di cui all'art. 3-bis, comma 2-bis, del d.l. n. 138/2011, alla luce della normativa comunitaria sugli affidamenti *in house*⁶. Segnatamente, il tema riguardava l'applicabilità dell'art. 3-bis, comma 2, del d.l. n. 138/2011, che consente all'«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, [di proseguire] nella gestione dei servizi fino alle scadenze previste», al caso di specie. Il comune appellante aveva dedotto che l'applicazione del citato d.l. n. 138/2011 nei modi di cui alla delibera impugnata sarebbe equivalso ad una sostanziale deroga al vigente assetto degli affidamenti *in house* e, conseguentemente, alla violazione sia della normativa europea sia della normativa nazionale attuativa della prima (art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 e art. 16 del d.lgs. n. 175/2016).

I giudici di Palazzo Spada, nel giudicare legittima e conforme al diritto europeo la prosecuzione della gestione del servizio da parte della Iren una volta venuti a mancare i presupposti per la gestione *in house* individuati dal d.lgs. n. 50/2016 e dal d.lgs. n. 175/2016, hanno stimato decisiva la circostanza per la quale il passaggio della gestione fosse avvenuto all'esito di gara pubblica e che, al tempo dello

³ Corte di giustizia Ue, causa C-719/20, *Comune di Lerici*, sentenza della Corte, sez. IV, 12 maggio 2022, par. 62.

⁴ Par. 23.3.3 della sentenza.

⁵ *Ibidem*, par. 25.5.2.

⁶ Tali considerazioni, corrispondenti ai motivi VII e VIII, trattati congiuntamente dal Consiglio di Stato, sono contenute nei parr. 27-30 della sentenza.



svolgimento di essa, il comune di Lerici fosse parte della compagine societaria della Acam e partecipasse alle relative decisioni gestionali ed organizzative (ivi compresa, naturalmente, la decisione sull'aggregazione), mentre, al momento della fuoriuscita del comune dalla Acam, la competenza sulla gestione del servizio era già passata alla provincia in forza di una disposizione legislativa regionale⁷.

In aggiunta, nonostante la sentenza della Corte di giustizia abbia parlato di «esecuzione di un appalto pubblico [...] proseguita automaticamente dall'operatore economico che ha acquisito detto ente»⁸, il Consiglio di Stato ha sottolineato come non vi fosse stato alcun automatismo nella prosecuzione della gestione, poiché la gara pubblica di cui si è detto assumeva, quale gara a "doppio oggetto", una duplice connotazione, «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»⁹.

Rispetto alle doglianze del comune appellante di cui ai motivi secondo e quarto in ordine alla competenza sulla gestione del servizio in discussione, la sentenza ha precisato che le competenze provinciali sarebbero già state avallate dal Consiglio di Stato, ed essendosi formato il giudicato tra le parti, queste sarebbero irretrattabili. Giova a tal proposito segnalare che la controversia ivi esaminata era stata preceduta da un contenzioso tra le medesime parti vertente sulla legittimità dei provvedimenti adottati dal comune di Lerici per affidare in autonomia il servizio di gestione dei rifiuti a un terzo soggetto. Detti atti erano stati annullati dal TAR, con provvedimenti (TAR Liguria – Genova, sez. II, sent. 20 novembre 2019, n. 884, e sent. 6 novembre 2019, n. 845) confermati dal Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 30 ottobre 2020, n. 6655.

Con il terzo motivo di censura l'appellante ha dedotto la violazione delle norme sulla partecipazione procedimentale. Sul punto, il Consiglio di Stato ha confermato quanto stabilito dal giudice di prime cure. Le contestazioni, quindi, sono state ritenute inconsistenti tanto per la natura pianificatoria della delibera impugnata, quanto per l'aver, il comune, ritirato la propria partecipazione dall'ente affidatario in un momento successivo all'adozione dell'anzidetta delibera. Inoltre, il carattere vincolato del provvedimento adottato avrebbe reso superflua la partecipazione al procedimento.

Anche il quinto motivo di appello (par. 25 della sentenza), a mente del quale la delibera provinciale sarebbe stata sfornita dei presupposti di legge poiché, al momento in cui essa è stata adottata, il comune non avrebbe posseduto più quote sociali e avesse intrapreso il procedimento volto al ritiro della delibera n. 28/2005 con la quale era stato disposto l'affidamento *in house* alla Acam, è stato del pari rigettato

⁷ Par. 25.5.2 della sentenza.

⁸ Corte di giustizia Ue, causa C-719/20, *Comune di Lerici*, cit., parr. 30, 62 e 63.

⁹ Par. 29.8 della sentenza.



dal Consiglio di Stato. La motivazione in questo caso è stata sviluppata tramite una ricostruzione della scansione temporale degli avvenimenti, dalla quale si evidenzerebbe che «la procedura di gara diretta all'individuazione dell'operatore economico con la quale la società Acam s.p.a. avrebbe dovuto aggregarsi si è conclusa con la deliberazione [...] del 23 giugno 2017 (quando pacificamente il Comune di Lerici era ancora socio di Acam s.p.a.)» e che la mancata – successiva – acquisizione delle quote di Iren (individuata a seguito dell'operazione di aggregazione) «non fa venir meno i presupposti per la prosecuzione del servizio». A tale conclusione il Consiglio di Stato è pervenuto escludendo la qualifica dell'azione del comune tesa a ritirare l'atto di affidamento quale annullamento d'ufficio con efficacia *ex tunc*. Del resto, si sottolinea nella sentenza che, applicando il principio del *tempus regis actum*, la delibera con cui il comune aveva originariamente affidato il servizio (direttamente) alla Acam sarebbe stata perfettamente legittima stante il carattere *in house* di quest'ultima.

Quanto al sesto motivo di appello (par. 26 della sentenza), riguardante la violazione delle norme in tema di valutazione ambientale strategica (VAS) e del d.l. n. 138/2001, il Consiglio di Stato ha risolto la questione rilevandone la parziale inammissibilità (per difetto di interesse) e la parziale infondatezza.

Chiariti questi punti, il Consiglio di Stato ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale invocata dall'appellante in merito alla discriminazione tra operatori economici, asserendo, coerentemente con la complessiva *ratio decidendi* della pronuncia, che «ogni operatore economico del settore [era] stato messo in condizione di partecipare alla procedura di gara *de qua*» e che «non [era] ravvisabile alcuna arbitraria discriminazione degli operatori economici e alcuna elusione delle regole del mercato»¹⁰. Quindi, l'appello è stato rigettato.

4. La giurisprudenza in materia di società miste.

L'alquanto inedita fattispecie posta al vaglio del giudice amministrativo ha suscitato una decisione che presenta tratti profondamente innovativi. Sia nella citata ordinanza di rinvio pregiudiziale, sia nella sentenza, il Consiglio di Stato ha marcato la novità della questione rispetto alla quale non vi sono precedenti in termini. Eppure, anche in considerazione della pregnanza che logiche di coerenza dell'ordinamento paiono assumere nella soluzione fornita dal collegio, l'analogia tra la forma della Iren e quella delle società miste induce a muovere dall'esame di alcuni principi già espressi in via pretoria riguardo a tali figure giuridiche.

Ebbene, pare interessante sottolineare che, con il parere n. 456/2007, la seconda sezione del Consiglio di Stato aveva ritenuto compatibile con il diritto europeo

¹⁰ Par. 30.3.2 della sentenza.



l'affidamento a società miste quando si fosse configurato come "affidamento con procedure di evidenza pubblica" dell'attività operativa della società mista al socio privato «tramite la stessa gara volta alla individuazione di quest'ultimo»¹¹, ergo mediante gara a doppio oggetto. Di talché, il Consiglio di Stato aveva rilevato che in tali ipotesi l'attività affidata, senza gara, ad una società mista fosse da considerarsi, in termini sostanziali, come affidata, mediante gara, al *partner* privato, dacché quest'ultima avrebbe avuto ad oggetto non soltanto la qualità di socio, ma anche l'attribuzione dei compiti operativi. La tesi in questione, in più occasioni confermata dal giudice amministrativo¹², è peraltro stata cristallizzata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sent. 3 marzo 2008, n. 1).

Il menzionato orientamento giurisprudenziale ha da tempo trovato riscontro (o, meglio, legittimazione) nelle pronunce della Corte di giustizia. In particolare, nella sentenza *Acoset*¹³ il giudice europeo ha ravvisato che nell'affidamento di un contratto per la gestione di un servizio pubblico ad una società mista il rispetto dei principi di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione sarebbe assicurato dalla previsione di criteri di selezione del socio privato di carattere non solo finanziario, ma anche tecnico e operativo (c.d. doppio oggetto della gara)¹⁴.

Invero, la giurisprudenza considerata si applica ad attività c.d. *extra moenia* e ciò impone una certa cautela prima di farvi applicazione analogica a vicende di diversa matrice. Ciononostante, la circostanza per la quale anche nella controversia devoluta al Consiglio di Stato sia stata svolta una gara, della specie vista sopra, per l'affidamento della qualità di ente privato nella gestione di un pubblico servizio non può essere trascurata. Tanto ciò è vero che la Corte di Lussemburgo, nella sentenza pregiudiziale, ha espressamente affrontato la questione, osservando che l'assenza della provincia dalla struttura proprietaria e di controllo della subentrante Iren non consentirebbe di applicare i principi sull'affidamento espressi nella sentenza *Acoset*.

L'esperimento di una procedura avente i caratteri della gara a doppio oggetto si è rivelata invece centrale per la decisione del Consiglio di Stato, non soltanto per giustificare l'affidamento in sé, ma anche per superare il dissenso della Corte di giustizia.

Alcuni spiragli per una lettura della vicenda nella prospettiva del Consiglio di Stato sono, tuttavia, rinvenibili anche in precedenti arresti della Corte di giustizia. Nella

¹¹ Cons. St., sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456, par. 8.

¹² Ci si riferisce, in particolare a: Cons. St., sez. VI, sent. 16 marzo 2009, n. 1555; Cons. St., sez. V, sent. 30 settembre 2010, n. 7214 e Cons. St., sez. V, sent. 15 marzo 2016, n. 1028; ma numerose sono state le pronunce, anche dei Tribunali amministrativi regionali, in questo senso.

¹³ Corte di giustizia Ue, causa C-196/08, *Acoset*, sentenza della Corte, sez. III, 15 ottobre 2009.

¹⁴ La sentenza è stata commentata da G.F. NICODEMO, *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 2; H. SIMONETTI, *Foro it.*, 2010, 11; D. IMMORDINO, *Servizi pubblici a società miste: le osservazioni della Corte Europea sulla non necessità della doppia gara*, in *www.filodiritto.com*.



decisione ANAV¹⁵, ad esempio, la Corte ha statuito che, nel caso di apertura di una società *in house* al capitale privato, ad inficiare la legittimità dell'azione sarebbe il consequenziale affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale giacché, in tal modo, vi sarebbe stato un contrasto con gli obiettivi del diritto comunitario¹⁶. Donde si intuisce come in tale circostanza l'azione del giudice eurounitario mirasse in primo luogo a presidiare la concorrenza tra gli operatori del mercato. Il caso in commento, in virtù dell'espletamento della gara pubblica per la scelta del socio privato e dell'affidamento del servizio, sembrerebbe sicché perfettamente aderente all'anzidetta logica e allineato alle finalità dei Trattati dell'Ue, tra le quali, in materia di contratti pubblici, la concorrenza pare porsi, dall'interpretazione della Corte di giustizia, al vertice di un'ideale piramide di valori¹⁷.

5. Riflessioni per una lettura della sentenza nel prisma della legalità sostanziale.

L'arresto del Consiglio di Stato può essere analizzato sotto vari profili, tutti meritevoli di approfondimento, in quanto nella motivazione della sentenza sono plurime le ragioni che sottendono alla decisione finale: il fatto che il passaggio della gestione dall'affidataria originaria (Acam) sia avvenuto sulla base di una gara pubblica in ossequio alla disposizione contenuta nella l. n. 190/2014 (art. 1, co. 609, lett. B) sulle successioni nei rapporti di svolgimento dei servizi pubblici locali, ovvero la potenzialmente dirimente circostanza per la quale detta gara fosse "a doppio oggetto", nonché il fattore legato alla competenza gestoria esclusiva della provincia al tempo dell'operazione aggregativa.

In generale, dinnanzi alla questione prospettata, possono darsi due tipologie di approccio: da un lato, si colloca l'approccio "sostanzialistico", apparentemente coerente con la lettera dell'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011, dalla cui applicazione discende l'assunto per il quale, secondo una concezione della legalità teleologicamente orientata, sarebbe sufficiente un confronto concorrenziale, a qualunque livello e in qualsiasi momento esso avvenga, perché siano rispettate le regole che rispondono ai principi dell'evidenza pubblica nell'affidamento dei contratti pubblici; dall'altro, vi è l'approccio più formalistico che, in nome di una restrittiva applicazione della normativa europea in materia di affidamento di appalti pubblici, non ammette in alcuna variante una deviazione dalle regole di matrice eurounitaria – sviluppate dalla giurisprudenza prima e poi recepite e precisate dal

¹⁵ Corte di giustizia Ue, causa C-410/04, *ANAV contro Comune di Bari*, sentenza della Corte, sez. I, 6 aprile 2006.

¹⁶ *Ibidem*, par. 30.

¹⁷ Cfr. B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 4, p. 1293, che evidenzia come la Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale nella causa del comune di Lerici C-719/20, abbia al contrario lasciato «sullo sfondo» le considerazioni relative alla concorrenza.



diritto derivato dell'Unione europea – sull'*in house providing*¹⁸ in forza delle quali l'alterazione delle condizioni poste alla base dell'affidamento diretto nel corso dell'esecuzione del contratto comprometterebbe senza eccezione alcuna la prosecuzione dello stesso.

Posto che non soltanto la legislazione unionale ma anche il diritto interno manifesta incertezze riguardo al tema della persistenza dei requisiti per l'affidamento *in house* per tutta la durata del rapporto contrattuale (ma, giova ricordare, in entrambi gli ordinamenti l'*in house providing* è visto quale fattispecie eccezionale e, pertanto, i relativi presupposti sono intesi in senso restrittivo)¹⁹, la prima delle sopracitate prospettive si spiega, nel caso specifico, con la complessiva rispondenza dell'azione della provincia di La Spezia ai principi che presidono all'affidamento dei contratti pubblici nel diritto dell'Ue e nazionale; la tesi "formalistica", sostenuta dalla Corte di giustizia, enfatizza invece il fatto per cui, all'esito dell'operazione aggregativa, il comune di Lerici avrebbe perso la possibilità di esercitare un controllo analogo congiunto sulla società esercente il pubblico servizio, così facendo contestualmente venir meno uno dei fondamentali presupposti dell'affidamento originario²⁰.

Nel giudizio pregiudiziale la Corte di giustizia ha privilegiato il rigore imposto dalla concezione formalistica delle norme sui contratti pubblici. Così, per essa l'art. 72 della direttiva n. 2014/24, che ammette una modifica dei contratti senza necessità di una nuova procedura ad evidenza pubblica laddove «all'aggiudicatario iniziale succede, in via universale o particolare, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della presente direttiva», non potrebbe trovare applicazione perché l'aggiudicazione non iniziale sarebbe stata preceduta da una procedura di gara pubblica. Dal che, è stato osservato come i giudici di Lussemburgo, applicando uno statuto diverso di modifica del contraente a seconda che l'affidamento iniziale

¹⁸ S. CASTELLANA SOLDANO, *Affidamenti in house e tutela sostanziale della concorrenza nel diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 4.

¹⁹ Tendenza inequivocabilmente espressa dalla Corte di giustizia e dal giudice amministrativo nazionale (cfr. Cons. St., Ad. plen., sent. n. 1/2008; Cons. St., sez. V, sent. 11 agosto 2010, n. 5620; Cons. St., sez. I, parere del 7 maggio 2019, 1389), che non sembra suscettibile di inversione nonostante il d.lgs. n. 36/2023 (nuovo codice dei contratti pubblici) veda l'istituto con meno sfavore rispetto al passato sotto il profilo dell'onere motivazionale imposto all'amministrazione che opti per una siffatta forma di autoproduzione piuttosto che un meccanismo "ordinario" di eteroproduzione; v. B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, op. cit., p. 1325 ss.

²⁰ Solitamente è invece il giudice europeo ad integrare una "legalità sostanziale" comune fatta di principi alla "legalità formale" degli Stati membri: v. F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Diritto pubblico*, 2007, 2, per il quale, in questo modo, l'Unione europea opera un tentativo di costruire un ordinamento federale dal basso per aggirare le resistenze degli Stati a una costruzione di un ordinamento federale.



sia stato veicolato da una gara, sembrano voler stimare l'affidamento *in house* alla stregua di un "quasi-contratto" senza farlo assurgere al ruolo di autentico contratto²¹. Di contro, la sentenza del Consiglio di Stato valorizza l'elemento della gara "a doppio oggetto", attraverso la quale sarebbe possibile individuare il miglior operatore cui affidare il servizio, aderendo al primo degli orientamenti dianzi elencati. L'atteggiamento descritto si può giustificare considerando che le regole di derivazione europea concernenti gli affidamenti *in house* sono tese ad escludere l'obbligo di condurre procedure di gara ad evidenza pubblica quando l'amministrazione aggiudicatrice realizza una forma di autoproduzione, seppur valendosi di un ente diverso dal punto di vista giuridico-formale. Logicamente, quindi, la società esercente un servizio pubblico la cui veste giuridica materiale è tale da renderla equiparabile a un ufficio interno alle amministrazioni controllanti può essere titolata a condurre una gara pubblica a doppio oggetto dalla cui sorte determinare la società che subentrerà nella gestione del servizio.

Questa presa di posizione si colloca in controtendenza rispetto alla più recente concezione della legittimazione dell'affidamento diretto agli organismi *in house* riposta sull'appartenenza di quest'ultimo non tanto al settore pubblico latamente inteso ma, più specificamente, all'amministrazione affidante. La sentenza in esame sembra quindi riprendere l'ispirazione originaria dell'affidamento *in house* come concepita nel Libro bianco della Commissione europea del 1998²², secondo cui gli appalti si affidati dovevano considerarsi quali appalti «aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione» latamente intesa. Pertanto, la sostanziale appartenenza della Acam alla sfera pubblica la autorizza, al netto della posizione di una delle controllanti, a disporre lo svolgimento della gestione del servizio affidatole. La validazione, nel caso di specie, di una decisione presa dalla società affidataria *in house* (Acam) incaricata altresì di condurre la nota gara a doppio oggetto non sarebbe stata possibile interpretando – restrittivamente – l'affidamento *in house* come svolgentesi squisitamente tra l'ente gestore (comune di Lerici) e l'affidataria²³.

La decisione del Consiglio di Stato si può quindi inscrivere in una cornice, quella dai contorni positivizzati dalla recente riforma del codice dei contratti pubblici, connotata da un significativo recupero della legalità dell'azione amministrativa intesa in senso sostanziale. Da qui l'importanza del principio del risultato che, inevitabilmente, attrae l'attenzione sull'effettiva realizzazione dell'interesse pubblico

²¹ V. H. SIMONETTI, *Successione di un nuovo operatore economico nell'esecuzione di un appalto affidato in house*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2023, 2, p. 396, secondo cui «se quello derivante da un affidamento *in house* fosse un vero contratto, non dovrebbe avere uno statuto differente dal contratto scaturito invece all'esito di un procedimento ad evidenza pubblica».

²² Commissione Ce, Comunicazione dell'11 marzo 1990, COM (1998) 143 def.

²³ Per un'ampia ricostruzione del problema, v. B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, *op. cit.*, p. 1290 ss., che evidenzia le ambiguità e le oscillazioni della giurisprudenza sulla questione.



concreto identificato discrezionalmente dall'amministrazione, al contempo ridimensionando il peso e la funzione delle forme applicate per conseguire tale risultato²⁴.

Nel caso in esame, l'aggiudicazione dell'appalto attraverso la gara pubblica a doppio oggetto e la prosecuzione (senza soluzione di continuità) della gestione del servizio marginalizzano il rilievo per cui l'iter giuridico-amministrativo seguito dalle amministrazioni precedenti sconterebbe un vizio logico giacché l'originario affidamento diretto non sarebbe più sorretto dai presupposti di legge.

Nonostante la sentenza in commento sia stata resa su di una controversia con riferimento alla quale erano ancora efficaci le vecchie previsioni riguardo ai contratti pubblici, pare nondimeno utile tentare di inquadrarla nel contesto giuridico del nuovo codice (d.lgs. n. 36/2023), applicabile formalmente alle procedure avviate dopo il 1° luglio 2023²⁵. Del resto, in dottrina si è efficacemente rilevato che il traguardo del risultato corrispondente, in base all'art. 1, comma 1, del nuovo testo, all'«affidamento del contratto e [alla] sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo» non è altro che una ulteriore indicazione (o un "memento")²⁶ del modo di interpretare i tradizionali principi di legalità e buon andamento, seguendo il moto meno formalistico al quale le più recenti ricostruzioni dell'azione amministrativa hanno dato il la. Similmente, anche il giudice amministrativo si è più volte valso dei principi enucleati nel codice approvato con d.lgs. n. 36/2023 quale "supporto interpretativo" per risolvere questioni sorte sotto la vigenza del d.lgs. n. 50/2016²⁷.

Sulla scia di quanto osservato, dunque, la sentenza in annotazione sembra disegnare un assetto di valori coerente con il complessivo – evoluto – sistema dei contratti pubblici: in primo luogo, la prosecuzione nello svolgimento del servizio da parte della Iren si concilia con l'ideale della legalità-risultato assunto nel nuovo codice dei contratti, in cui la soddisfazione degli interessi della collettività è visto quale fine primario indicato dalla legge (in questa prospettiva, la sentenza parrebbe mirare all'obiettivo dell'esecuzione del contratto con la massima tempestività) e, parallelamente, la posizione della provincia è salutata favorevolmente giacché,

²⁴ Sull'affermarsi del risultato quale parametro del sindacato del giudice amministrativo, cfr. A. POLICE, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2003.

²⁵ Sul principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici, cfr. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Firenze, 2023; A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, ne *Il diritto dell'economia*, 2023, 1; G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *Astrid rassegna*, 2023, 6; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 3.

²⁶ A. POLICE, *Endiadi o Antitesi? Principio di legalità e Principio del risultato nel sindacato del Giudice amministrativo sul potere discrezionale delle P.A.*, Atti del convegno del 16-17 giugno 2023, *Giornate di studio sulla giustizia amministrativa. Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione*.

²⁷ Così, Cons. St., sez. V, sent. 27 febbraio 2024, n. 1924. Cfr. altresì Cons. St., sez. V, sent. 9 giugno 2023, n. 5665.



tramite la gara, si ricerca il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo. Al contempo, l'arresto del Consiglio di Stato valorizza i principi "tradizionali" della legislazione eurounitaria sugli appalti pubblici, specialmente le libertà fondamentali consacrate nei Trattati e la concorrenza nel mercato interno.

Resta infatti attuale, a maggior ragione nella dinamica della controversia in commento, la riflessione svolta dal Consiglio di Stato nel già esaminato parere n. 456/2007 per cui, *mutatis mutandis*, la prosecuzione di un affidamento con apertura – mediante gara – alla partecipazione di privati appare più in armonia con le finalità pro-concorrenziali del diritto europeo di quanto non lo sia una chiusura nell'autoproduzione più rigorosa e formalistica.

Inoltre, la sentenza in commento induce a compiere una disamina della scansione temporale delle decisioni amministrative. Il fattore tempo rileva, cioè, nell'economia della decisione del Consiglio di Stato, almeno secondo un duplice ordine di ragioni.

Il giudice amministrativo, come più volte dallo stesso messo in luce, si sofferma su una valutazione statica della sussistenza delle condizioni che legittimano un affidamento diretto ad un'entità *in house*, scandagliando così puntualmente le condizioni previste dal diritto europeo al tempo dell'affidamento e della nascita del rapporto; da tale momento l'affidamento ha una propria esistenza anche (in parte) avulsa dall'originario rapporto.

Del più, l'elemento temporale è decisivo nella sentenza anche in considerazione all'assenso prestato dal comune di Lerici alla dismissione del proprio pacchetto azionario e al trasferimento delle quote della Acam, affidataria originaria, alla nuova esecutrice, Iren, tramite gara pubblica, esaltando il rilievo per cui il dissenso verso la continuazione dell'affidamento si sia manifestato quando il comune non aveva più la competenza sulla gestione del servizio.

6. Sul vincolo discendente dalla pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia e sui rapporti tra giudice nazionale e giudice europeo.

Quanto visto merita di essere considerato nella prospettiva, solo parzialmente diversa, dei rapporti tra giudice nazionale e Corte di giustizia nella definizione della controversia. Sotto tale profilo, il Consiglio di Stato ha agito con particolare disinvoltura nel rivendicare la propria prerogativa di giudice della fattispecie concreta, addivenendo a un giudizio finale sull'appello in apparente contrasto con le conclusioni rese dalla Corte di giustizia che, come rilevato a più riprese, era stata appositamente adita per risolvere un dubbio interpretativo concernente la compatibilità della normativa nazionale applicabile, *i.e.*, dell'art. 3-bis, co. 2, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (e della prassi alla quale veniva ricondotta l'azione della provincia di La Spezia) con il diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici.



Rispetto alla dinamica dei presupposti per la prosecuzione di appalti aggiudicati ad organismi *in house* vengono così alla luce ulteriori temi su cui è opportuno soffermarsi. Su tutti, la questione del vincolo, per il giudice interno, discendente dalle sentenze pregiudiziali *ex art. 267 TfUe* nell'ottica del dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia per assicurare l'uniformità delle decisioni giurisdizionali nello spazio giuridico europeo, rispetto alla quale il nodo dell'oscillante delimitazione delle competenze dei giudici nazionali e della Corte ricopre un ruolo primario.

Orbene, dall'arresto del Consiglio di Stato emerge con chiarezza l'intenzione di questo di riservarsi l'ultima parola sulla controversia che gli è devoluta, con l'intento di sviluppare i precetti stabiliti dalla Corte in relazione al caso concreto. Il che è in linea generale assolutamente coerente con le finalità dell'istituto del rinvio pregiudiziale, strutturato ai sensi dell'art. 267 TfUe in modo tale da fornire uno strumento d'ausilio al giudice nazionale che nutra un dubbio sull'interpretazione del diritto europeo la cui risoluzione si mostri necessaria per la definizione di una determinata controversia (nonché – ipotesi meno frequente – ove sussista un dubbio riguardante la validità di un atto adottato da istituzioni, organi o organismi dell'Unione secondo le norme che regolano la legittimità degli atti dell'Ue)²⁸.

Non v'è dubbio che gli accertamenti di fatto e le valutazioni del caso concreto spettino al giudice del rinvio; nonostante ciò, la sentenza è particolarmente significativa se si tiene presente il contesto nel quale la Corte di giustizia e il Consiglio di Stato si sono pronunciati. Nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, infatti, il Consiglio di Stato ha chiesto espressamente alla Corte se l'operazione condotta dalla provincia di La Spezia fosse compatibile con la direttiva Ue n. 2014/24 e, come ampiamente riportato, la Corte di giustizia ha sancito l'incompatibilità dell'operazione censurata con il diritto unionale.

Il Consiglio di Stato ha invece sposato una visione ulteriore e si è risolto nel senso di considerare legittima l'azione della provincia per le ragioni qui più volte rappresentate, che pare vadano ad aggiungersi – e non, come parimenti si potrebbe

²⁸ Per la distinzione tra gli oneri incombenti in capo ai giudici nazionali in entrambi i casi, *i.e.*, nel rinvio per l'interpretazione del diritto europeo, i giudici non di ultima istanza non sono obbligati a disporre il rinvio che è, invece, obbligatorio per tutti i giudici anche non di ultima istanza quando l'accertamento riguarda l'invalidità degli atti dell'Ue, si veda, L.S. ROSSI, "Un dialogo da giudice a giudice". Rinvio pregiudiziale e ruolo dei giudici nazionali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia, in *Quaderni AISDUE*, 2022, 4, p. 52, che rinvia, per il rinvio pregiudiziale di interpretazione, a Corte giust. Ue, C-741/19, *Repubblica di Moldova contro Komstroy LLC*, sentenza della Corte, grande sez., 2 settembre 2021, par. 45, e, per il rinvio pregiudiziale volto ad accertare l'invalidità, a Corte giust. Ue, C-314/85, *Foto-Frost*, sentenza della Corte, 22 ottobre 1987; C-311/18, *Data Protection Commissioner contro Facebook Ireland*, sentenza della Corte, grande sez., 16 luglio 2020; C-344/04, *IATA e ELFAA*, sentenza della Corte, grande sez. 10 gennaio 2006.



pensare, a sostituirsi integralmente – a quanto rilevato dal giudice del Lussemburgo²⁹.

Dunque, la sentenza n. 9933/2023, pur motivando circa le ragioni che giustificano il discostarsi dalle conclusioni del giudice europeo, accentua in maniera significativa la piena signoria del giudice amministrativo nazionale sulla decisione del caso concreto. Difatti, in diversi passaggi della pronuncia il Consiglio di Stato ha ribadito con forza l'assenza di automatismi tra la soluzione delle due questioni (eurounitaria e del giudizio *a quo*)³⁰ e, quindi, la netta divisione delle competenze tra due giudici situati a distinti livelli dell'ordinamento. Il Consiglio di Stato rifugge cioè una visione del rapporto tra giudice nazionale ed europeo improntata alla stretta gerarchia, per confermare una concezione di tale rapporto nell'ottica della collaborazione giudiziaria, nel rispetto delle reciproche competenze³¹.

A sostegno della propria soluzione, il Consiglio di Stato ha inteso come dirimente un particolare non analizzato nella sentenza della Corte di giustizia «che 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.)», da cui ha rilevato, quale conseguenza, «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.».

Proprio dall'argomentazione del Consiglio di Stato sul peso degli "ulteriori elementi di fatto" si è indotti a ritenere che il collegio abbia voluto dare seguito al dialogo con la Corte di giustizia piuttosto che alimentare un "conflitto" tra corti, giacché il ragionamento di quest'ultima risulta dalla motivazione resa dal primo in un certo senso completato e non disatteso.

È a tal fine utile notare che, per quanto attiene alla compatibilità del diritto interno con quello europeo, sono stati da tempo condivisi, sia dal Consiglio di Stato, sia dalla Corte di giustizia, i limiti alla vincolatività, per il giudice nazionale, delle pronunce adottate dalla Corte in sede di rinvio. Il principio tendenzialmente accolto prevede che «il giudice nazionale non può discostarsi dall'interpretazione del diritto

²⁹ Del resto, è indubbio il valore generale e vincolante delle sentenze della Corte per i giudici e le autorità pubbliche degli Stati membri; cfr. E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, II ed., Torino, 2004, p. 101 ss.

³⁰ Parr. 12, 21.5.3 e 29.4 della sentenza.

³¹ Per un ampio sguardo sulla cooperazione tra Corte di giustizia e giudici interni, cfr. A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008, p. 11 ss. Cfr., inoltre, S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla cgue nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 3.



comunitario da parte della Corte di Giustizia, ma può interpretare il diritto interno per poi valutare la compatibilità con quello comunitario»³².

Tuttavia, al netto dell'apparente assoluta coerenza della logica decisoria del supremo consesso, parrebbe, invero, residuare qualche perplessità sulla complessiva operazione di rinvio pregiudiziale che ha coinvolto i due giudici (e, correlativamente, qualche spunto per un'azione del giudice nazionale, se possibile, maggiormente rispettosa dello spirito di cooperazione cui si riferiscono i Trattati)³³.

In particolare, nell'ordinanza di rinvio il Consiglio di Stato ha fatto riferimento alla rilevanza della norma unionale per la definizione del giudizio, in aderenza ai criteri posti dalla nota giurisprudenza che ha preso le mosse dalla sentenza *CILFIT* della Corte di giustizia circa l'obbligo di rinvio pregiudiziale per i giudici nazionali di ultima istanza³⁴ (il problema dell'attualità dei cc.dd. criteri *CILFIT* è da tempo oggetto di ampio dibattito in dottrina, e numerose sono state le proposte per un ripensamento, spesso stimolate dalla parallela vigenza delle norme sulla responsabilità degli Stati, e dei giudici, per la violazione del diritto dell'Unione europea, e non è questa la sede per affrontare un argomento tanto complesso e articolato da necessitare un'apposita trattazione)³⁵.

³² Cons. Stato, sez. VI, sent. 1 dicembre 2009, n. 7506. Per quanto attiene alla giurisprudenza eurounitaria, v. Corte giust. Ue, causa C-130/93, *Lamair NV*, sentenza della Corte, sez. VI, 7 luglio 1994; causa C-506/04, *Graham J. Wilson*, sentenza della Corte, grande sez., 19 settembre 2006.

³³ Il riferimento è, in primo luogo, all'art. 4, par. 3, Tue.

³⁴ Corte di giustizia, causa 283/81, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA contro Ministero della sanità*, sentenza della Corte, 6 ottobre 1982; nella celebre decisione, la Corte di giustizia ha statuito che «una giurisdizione le cui decisioni non sono impugnabili secondo l'ordinamento interno è tenuta, qualora una questione di diritto comunitario si ponga dinanzi ad essa, ad adempiere il suo obbligo di rinvio, salvo che non abbia constatato che la questione non è pertinente, o che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi».

Ogni valutazione in ordine alla rilevanza, secondo la giurisprudenza eurounitaria, spetta al giudice nazionale; così, *ex multis*, Corte di giustizia Ue, causa C-145/03, *Eredi di Annette Keller contro Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, sentenza della Corte, grande sez., 12 aprile 2005; causa C-119/05, *Lucchini*, sentenza della Corte, grande sez. 18 luglio 2007; C-11/07, *Eckelkamp*, sentenza della Corte, sez. III, 11 settembre 2008; cause C-165/09, C-166/09 e C-167/09, *Stichting Natuur en Milieu*, sentenze della Corte, sez. I, 26 maggio 2011; causa C-72/14, *X contro Inspecteur van Rijksbelastingdienst e T.A. van Dijk contro Staatssecretaris van Financiën*, sentenza della Corte, sez. II, 9 settembre 2015; causa C-70/20, *Altenrhein Luftfahrt*, sentenza della Corte, sez. IV, 12 maggio 2021.

Sul concetto di rilevanza o pertinenza della questione pregiudiziale, si veda M. LIPARI, *L'obbligo di rinvio pregiudiziale alla CGUE, dopo la sentenza 6 ottobre 2021, c-561/2019: i criteri cilfit e le preclusioni processuali*, in *Giustamm*, 2021, 12.

³⁵ Cfr. N. PIGNATELLI, *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati*, in *Foro it.*, 2012, 3; M.P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2012, 5; R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 2014, 3; R. GRECO, *Corti nazionali e Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2015 1; S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE: da strumento "difensivo" a mezzo per ridiscutere il sistema costituzionale*, in *federalismi.it*, 2021, 4; L. CECCHETTI, *'Motionless Titan' Has Moved, albeit Softly and with Circumspection: Consorzio Italian Management II*, in *Review of European Administrative Law*, 2022; G. TULUMELLO, *Il rinvio pregiudiziale fra mito e*



Su tale versante è da rilevare la parziale contraddizione in cui sembrerebbe essere incorso il Consiglio di Stato nella sentenza in annotazione. Difatti, dapprima esso ha motivato sull'esistenza di un dubbio sull'interpretazione del diritto europeo e sulla rilevanza della questione ai fini della decisione secondo la logica ordinariamente seguita per l'effettuazione del rinvio pregiudiziale³⁶. Successivamente, in seguito alla sentenza della Corte di giustizia, che non ha preso in considerazione né la natura di gara a doppio oggetto svolta dalla Acam per realizzare l'aggregazione, né il fatto che la dismissione del pacchetto azionario da parte del comune fosse avvenuta dopo il perfezionamento della stessa, e che, nonostante le apparenti omissioni, ha sancito l'incompatibilità del d.l. n. 138/2011, nella parte che qui interessa, con la normativa Ue, il Consiglio di Stato ha stimato poter risolvere la controversia. La sentenza della Corte di giustizia è stata quindi ritenuta non pienamente rilevante³⁷ per la decisione del giudizio *a quo* (probabilmente per l'inesatta contemplazione degli elementi fattuali dirimenti); ciononostante, il Consiglio di Stato ha reputato risolto il dubbio interpretativo originariamente nutrito, pur in assenza di una pronuncia della Corte nei termini sollevati³⁸.

In altre parole, poste le valutazioni "risultatistiche" del Consiglio di Stato sopra esaminate, che nella sostanza meritano di essere condivise, l'interpretazione della Corte di giustizia sulla legittimità, ai sensi del diritto eurounitario, della prosecuzione dell'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti in seguito

realtà (brevi note a primissima lettura della sentenza della Corte di Giustizia dell'U.E., Grande Sezione, 6 ottobre 2021 in causa C-561/19, Consorzio Italian Management - Catania Multiservizi SpA/Rete Ferroviaria Italiana), in Giustamm, 2021, 10; E. CHITI, Il Consiglio di Stato e l'obbligo di rinvio pregiudiziale, in Giorn. dir. amm., 2022, 6.

³⁶ Cons. Stato, ord. 7161/2020, *cit.*, par. 4 e 6.

³⁷ Diverso è il caso in cui il giudizio di rilevanza della norma unionale venga ad essere rimeditato dal giudice nazionale dopo aver conosciuto l'interpretazione data alla norma di diritto Ue dalla Corte di giustizia, per il cui approfondimento si veda S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla cgue nella giurisdizione amministrativa, op. cit.*, p. 1001, secondo la quale un successivo giudizio di irrilevanza non è in tale ipotesi contraddittorio rispetto al primo.

³⁸ È già stata evidenziata dalla dottrina amministrativistica la tendenza del giudice amministrativo a fare talvolta un «uso difensivo del rinvio pregiudiziale», soprattutto nell'ottica della responsabilità degli Stati per la mancata applicazione del diritto europeo, v. E. CHITI, *Il Consiglio di Stato e l'obbligo di rinvio pregiudiziale, op. cit.*, p. 4, e giurisprudenza ivi esaminata, con particolare riferimento a Cons. Stato, sez. IV, sent. 25 gennaio 2022, n. 490, successiva all'ordinanza di rinvio nel giudizio di appello del comune di Lerici, in cui viene manifestata l'incoerenza della giurisprudenza eurounitaria sulle condizioni per il rinvio pregiudiziale da parte dei giudici di ultima istanza che obbligherebbero quest'ultimo, onde evitare il rischio di inadempimento per lo Stato membro di appartenenza, in assenza di precedenti identici risolti dalla Corte, di effettuare il rinvio «anche ove non ritenesse dubbia la soluzione da fornire alla questione pregiudiziale unionale, alla luce del tenore letterale delle pertinenti disposizioni europee rilevanti nel caso concreto, del loro contesto e degli obiettivi perseguiti dalla normativa [...], come ricostruibili sulla base dei principi generali del diritto» anche secondo l'interpretazione della Corte.

La lettura coordinata dell'ordinanza di rinvio e della sentenza inducono a ritenere che anche nel caso in esame il rinvio sia stato operato in un'ottica difensiva, essendo chiaro sin dall'origine l'intendimento del Consiglio di Stato sulla definizione del giudizio (v. Cons. Stato, ord. 7161/2020, *cit.*, par. 5).



all'aggregazione societaria di cui sono stati parti la Acam e la Iren risulta anche in seguito al rinvio pregiudiziale alquanto in ombra.

Quanto osservato conduce, in conclusione, a riflettere sulle modalità di completamento del dialogo tra corti attuato attraverso lo strumento del rinvio³⁹, soprattutto quando le conclusioni del giudice nazionale muovano nel senso diametralmente opposto da quello indicato dalla Corte.

All'interno dell'istituto di cui all'art. 267 TfUe la Corte di giustizia ha indicato vari espedienti che possono contribuire a rendere effettivo il dialogo tra corti: specificamente, oltre alla possibilità per la Corte di giustizia di "riformulare" una domanda pregiudiziale, il giudice nazionale ha il potere di effettuare, nel corso dello stesso giudizio, un secondo rinvio pregiudiziale ai giudici di Lussemburgo.

La facoltà di operare un secondo rinvio alla Corte di giustizia è stata infatti riconosciuta da tempo della Corte, sin dalla sentenza *Pretore di Salò*⁴⁰, nella quale è stato affermato che «l'efficacia vincolante che le sentenze pregiudiziali hanno nei confronti dei giudici nazionali non osta a che il giudice nazionale destinatario di una siffatta sentenza si rivolga nuovamente alla Corte laddove lo ritenga necessario per la decisione della causa principale», specificando che «il nuovo rinvio può essere giustificato qualora il giudice nazionale si trovi di fronte a difficoltà di comprensione o di applicazione della sentenza, qualora egli sottoponga alla Corte una nuova questione di diritto, oppure qualora egli le sottoponga nuovi elementi di valutazione che possano indurla a risolvere diversamente una questione già sollevata»⁴¹.

Successivamente, in varie occasioni la Corte di giustizia è tornata sull'argomento. Meritevole di menzione è in particolare la sentenza *Consorzio Italian Management*⁴², nella quale si è affermato, con riferimento ai giudici nazionali di ultima istanza, che un secondo rinvio pregiudiziale non soltanto è consentito, ma «si impone a un giudice nazionale [...] quando esso si trova di fronte a difficoltà di comprensione quanto alla portata della sentenza della Corte»⁴³. Inoltre, nella stessa pronuncia è

³⁹ In M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in *Diritto amministrativo europeo*, II ed., Milano, 2018, p. 525, l'Autore segnala come l'espressione "dialogo" tra le corti nazionali e la Corte di giustizia dell'Unione europea trovi la propria origine in ambito accademico, sebbene il termine abbia poi trovato impiego anche nella giurisprudenza. Ad esempio, nella sentenza c.d. Taricco 2 (Corte giust. Ue, causa C-42/17, *Taricco*, sentenza della Corte, grande sez., 5 dicembre 2017), la Corte di giustizia valorizza il "dialogo" che tramite il rinvio pregiudiziale si instaura tra la Corte e i giudici degli Stati membri per «assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione nonché la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto». A livello nazionale, v. Corte cost., sent. 14 dicembre 2017, n. 269.

⁴⁰ Corte giust., causa 14/86, *Pretore di Salò*, sentenza della Corte, sez. V, 11 giugno 1987, par. 12 e 13.

⁴¹ L'evenienza è stata successivamente confermata dalla Corte di giustizia, v. Corte giust. Ue, causa C-466/00, *Kaba*, sentenza della Corte, 6 marzo 2003, par. 39.

⁴² I confini del dialogo, nel giudizio amministrativo, risultano peraltro tuttora incerti; v. G. TULUMELLO, *Il rinvio pregiudiziale fra mito e realtà*, op. cit.

⁴³ Corte giust. Ue, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management*, sentenza della Corte, grande sez., 6 ottobre 2021.



stato notato che la precedente formulazione di un rinvio pregiudiziale nell'ambito dello stesso giudizio «non mette in discussione tale obbligo qualora permanga, dopo la decisione della Corte, una questione di interpretazione del diritto dell'Unione la cui risposta è necessaria per dirimere la controversia»⁴⁴.

Il presente caso rappresenta probabilmente un esempio di "situazione di incertezza" che permane in seguito ad un primo rinvio pregiudiziale e che potrebbe legittimare la proposizione di un secondo rinvio chiarificatore in cui si modifichino gli estremi della domanda pregiudiziale e ove, nella motivazione, si segnalino le ragioni per le quali eventualmente il giudice *a quo* non ha modificato il proprio convincimento a seguito della prima pronuncia della Corte di giustizia.

In concreto, non risultando la sentenza della Corte del tutto risolutiva, il Consiglio di Stato avrebbe avuto la facoltà di chiedere alla stessa se gli ulteriori elementi poi considerati (ossia, nello specifico, il mancato automatismo del passaggio della gestione del servizio dalla Acam alla Iren e l'espletamento di una gara non solo pubblica ma a doppio oggetto per la scelta del *partner* commerciale, oltre alla considerazione per la quale la dismissione delle azioni da parte del comune ha succeduto l'aggregazione) avrebbero realmente potuto impattare sulla risposta della Corte di giustizia tanto da stravolgerne il risultato finale. Difatti, la massima espressa dal Consiglio di Stato per cui spetta al giudice nazionale applicare il principio di diritto sancito dalla Corte di giustizia, se del caso tenendo conto di alcuni aspetti non considerati da quest'ultima, è sicuramente condivisibile purché emerga con chiarezza che, considerando tali altri aspetti, l'interpretazione del diritto Ue debba orientarsi in un determinato senso. Una simile conclusione, come si è cercato di mettere in luce, non pare potersi inferire dai passaggi della sentenza della Corte.

La sentenza esaminata pone sicché in evidenza la necessità che in alcuni frangenti il dialogo tra giudice nazionale e giudice europeo prosegua anche dopo una prima pronuncia della Corte di giustizia, se del caso addivenendo a una decisione a formazione progressiva, nella quale gli organi giudiziari appartenenti a distinti livelli dell'ordinamento europeo si incrocino con l'obiettivo di conseguire una decisione formata in più *step*. Così facendo si consoliderebbe una dimensione ancor più "circolare" delle esperienze giurisdizionali, nell'ambito delle quali lo stesso giudice nazionale, quale diretto conoscitore della controversia, potrebbe fornire al giudice e al diritto europei un significativo contributo alla riflessione⁴⁵.

⁴⁴ *Ibidem*, par. 59.

⁴⁵ Quanto indicato non sarebbe una novità nel panorama comunitario, posto che, come è stato fatto notare, il processo evolutivo europeo disegnato dalla Corte di giustizia è duplice, risultando caratterizzato, prima che dall'imposizione agli Stati delle proprie linee decisorie, dall'assorbimento dei principi e istituti da parte degli ordinamenti nazionali maggiormente evoluti. Così A. SANDULLI, *La Corte di giustizia europea e il dialogo competitivo tra le corti*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, p. 191.



7. Cenni conclusivi e questioni aperte.

La sentenza annotata è di particolare rilievo nella misura in cui disvela l'intento del Consiglio di Stato di privilegiare una chiave di lettura degli affidamenti *in house* "risultatistica" e "sostanzialistica" che fino ad ora non aveva trovato spazio.

Ne emerge, quale precipitato, la regola per cui i presupposti dell'*in house providing*, una volta disposto un affidamento diretto, non devono perpetuare incondizionatamente fino alla scadenza del contratto se, in presenza di determinate sopravvenienze, è assicurato il rispetto di alcune condizioni riflettenti i principi che ispirano la regolamentazione dei contratti pubblici⁴⁶.

Nel suo complesso la decisione è coerente con gli sviluppi che a livello nazionale hanno interessato l'istituto degli affidamenti *in house*, caratterizzati da un atteggiamento "aperturista" occasionato dalla necessità di una semplificazione degli strumenti di *governance* del PNRR e che si manifesta anche nel nuovo codice degli appalti.

Il Consiglio di Stato ha poi mostrato come, nel rispetto del riparto di competenze, ogni valutazione sull'applicazione dei principi di diritto sanciti dalla Corte di giustizia spetti al giudice nazionale, eventualmente individuando punti critici od omissioni delle sentenze rese in sede di rinvio pregiudiziale che possono influire sul recepimento di tali sentenze nel giudizio *a quo*.

Resta tuttavia da chiedersi in che modo la Corte di giustizia, che si è mostrata alquanto categorica nel respingere la tesi prospettata nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, accoglierà il presente arresto.

Inoltre, come si è evidenziato, nella decisione del Consiglio di Stato hanno rilevato diversi elementi, su tutti il nuovo rapporto amministrativo per la gestione dei servizi in oggetto affidata alla provincia nonché la parziale estraneità dell'atto impugnato (diverso, quindi, da un provvedimento di affidamento) rispetto al cuore del problema sostanziale. Sicché, probabilmente per la mancanza di un completamento definitivo della dialettica con la Corte di giustizia, il Consiglio di Stato non ha indicato quali elementi debbano considerarsi essenziali per la prosecuzione dell'affidamento *in house* in seguito ad aggregazioni societarie, limitandosi a risolvere la complessa controversia senza fornire il quadro di regole generali da applicarsi in futuro.

Queste ragioni inducono a ritenere che la tenuta del principio espresso dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 9933/2023 debba essere valutata alla luce dei prossimi assestamenti ed eventualmente a valle di un intervento ulteriore della Corte di giustizia.

⁴⁶ Sulle ragioni della disciplina speciale dei contratti pubblici europea, e sulle correlate finalità, v. M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid rassegna*, 2015, 19.



Difatti, l'inedito dialogo costruttivo che potrebbe attivarsi, come si è cercato di mettere in luce, non sembra volersi fondare sullo "scontro" tra posizioni nazionali ed europee, intanto perché la riflessione del Consiglio di Stato appare potersi saldare a quella della Corte giustizia, ed in secondo luogo in quanto il giudice nazionale pone alla base della propria sentenza proprio gli orientamenti giurisprudenziali, il diritto e i principi europei in quella commistione formale e informale che da tempo, perlomeno in questa materia, va costruendo il diritto europeo di settore.