SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

12 maggio 2022 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Gestione dei rifiuti – Affidamento "in house" – Direttiva 2014/24/UE – Articoli 12 e 72 – Perdita delle condizioni di "controllo analogo" a seguito di un'aggregazione d'imprese – Possibilità per l'operatore economico succeduto di proseguire la prestazione di servizi»

Nella causa C−719/20,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con ordinanza del 18 novembre 2020, pervenuta in cancelleria il 30 dicembre 2020, nel procedimento

Comune di Lerici

contro

Provincia di La Spezia,

nei confronti di:

IREN SpA,

ACAM Ambiente SpA,

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta da C. Lycourgos (relatore), presidente di sezione, S. Rodin, J.-C. Bonichot, L.S. Rossi e O. Spineanu-Matei, giudici,

avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

– per il Comune di Lerici, da A. Fantappié e M. Clarich, avvocati;

– per la Provincia di La Spezia, da P. Piciocchi, avvocato;

– per la ACAM Ambiente SpA e la IREN SpA, da D. Anselmi, avvocata, e A. Lolli, avvocato;

– per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da S. L. Vitale, avvocato dello Stato;

– per il governo austriaco, da J. Schmoll, in qualità di agente;

– per la Commissione europea, da G. Wils, G. Gattinara e P. Ondrůšek, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 12 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia fra il Comune di Lerici (Italia) e la Provincia di La Spezia (Italia) vertente sull'approvazione, da parte di quest'ultima, di un piano che assegna alla ACAM Ambiente SpA la gestione del servizio rifiuti del comune in parola fino al 2028.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3 L'articolo 12 della direttiva 2014/24 prevede quanto segue:

«1. Un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;

b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice.

2. Il paragrafo 1 si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice aggiudica un appalto alla propria amministrazione aggiudicatrice controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

3. Un'amministrazione aggiudicatrice che non eserciti su una persona giuridica di diritto privato o pubblico un controllo ai sensi del paragrafo 1 può nondimeno aggiudicare un appalto pubblico a tale persona giuridica senza applicare la presente direttiva quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi;

b) oltre l'80% delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi; e

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Ai fini del primo comma, lettera a), le amministrazioni aggiudicatrici esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti;

ii) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; e

iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.

4. Un contratto concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune;

b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; e

c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione.

5. Per determinare la percentuale delle attività di cui al paragrafo 1, primo comma, lettera b), al paragrafo 3, primo comma, lettera b), e al paragrafo 4, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto.

Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato, o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile».

4 Ai sensi dell'articolo 18, paragrafo 1, di tale direttiva:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata.

La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici».

5 L'articolo 67, paragrafo 4, della medesima direttiva così dispone:

«I criteri di aggiudicazione non hanno l'effetto di conferire all'amministrazione aggiudicatrice una libertà di scelta illimitata. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. In caso di dubbio le amministrazioni aggiudicatrici verificano efficacemente l'accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti».

6 L'articolo 72 della medesima direttiva stabilisce quanto segue:

«1. I contratti e gli accordi quadro possono essere modificati senza una nuova procedura d'appalto a norma della presente direttiva nei casi seguenti:

(...)

d) se un nuovo contraente sostituisce quello a cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze:

(...)

ii) all'aggiudicatario iniziale succede, in via universale o parziale, 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; o

(...)

4. Una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua validità è considerata sostanziale ai sensi del paragrafo 1, lettera e), quando muta sostanzialmente la natura del contratto o dell'accordo quadro rispetto a quello inizialmente concluso. In ogni caso, fatti salvi i paragrafi 1 e 2, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;

(...)».

7 L'articolo 90, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 è così formulato:

«Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 18 aprile 2016. Essi comunicano immediatamente alla Commissione il testo di tali disposizioni».

Diritto italiano

8 L'articolo 1, commi 611 e 612, della legge del 23 dicembre 2014, n. 190 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriannuale dello Stato (legge di stabilità 2015) (supplemento ordinario alla GURI n. 300, del 29 dicembre 2014), così prevede:

«611. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 3, commi da 27 a 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e successive modificazioni, e dall'articolo 1, comma 569, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, e successive modificazioni, al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti locali, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le università e gli istituti di istruzione universitaria pubblici e le autorità portuali, a decorrere dal 1º gennaio 2015, avviano un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione delle stesse entro il 31 dicembre 2015, anche tenendo conto dei seguenti criteri:

(...)

d) aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica;

(...)

612. I presidenti delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, i presidenti delle province, i sindaci e gli altri organi di vertice delle amministrazioni di cui al comma 611, in relazione ai rispettivi ambiti di competenza, definiscono e approvano, entro il 31 marzo 2015, un piano operativo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, le modalità e i tempi di attuazione, nonché l'esposizione in dettaglio dei risparmi da conseguire. Tale piano, corredato di un'apposita relazione tecnica, è trasmesso alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti e pubblicato nel sito internet istituzionale dell'amministrazione interessata. Entro il 31 marzo 2016, gli organi di cui al primo periodo predispongono una relazione sui risultati conseguiti, che è trasmessa alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti e pubblicata nel sito internet istituzionale dell'amministrazione interessata. La pubblicazione del piano e della relazione costituisce obbligo di pubblicità ai sensi del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33».

9 Ai sensi dell'articolo 3bis, comma 2bis, del decreto-legge del 13 agosto 2011, n. 138 – Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo (GURI n. 188, del 13 agosto 2011; in prosieguo: il «decreto-legge n. 138/2011»):

«L'operatore economico succeduto al concessionario iniziale, in via universale o parziale, a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, fermo restando il rispetto dei criteri qualitativi stabiliti inizialmente, prosegue nella gestione dei servizi fino alle scadenze previste [...]».

10 L'articolo 7, comma 5, del decreto legislativo del 19 agosto 2016, n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (GURI n. 210, dell'8 settembre 2016) così dispone:

«Nel caso in cui sia prevista la partecipazione all'atto costitutivo di soci privati, la scelta di questi ultimi avviene con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

11 Il 15 giugno 2005, con deliberazione qualificata espressamente come «affidamento "in house"», il Comune di Lerici ha attribuito alla ACAM la gestione del ciclo integrato dei rifiuti in tale comune fino al 31 dicembre 2028, gestione che era, più specificamente, affidata alla sua controllata ACAM Ambiente. A tale data, la ACAM era una società per azioni il cui azionariato era ripartito esclusivamente fra diversi comuni, fra cui il Comune di Lerici.

12 Il 12 luglio 2013, la ACAM ha dovuto concludere con i suoi creditori un accordo di ristrutturazione. Nell'ambito di detto accordo, la ACAM ha cercato, fra le altre società a partecipazione pubblica che assicurano la gestione di servizi pubblici attive sul mercato italiano, un soggetto adatto a concludere un'operazione aggregativa. Al termine della gara pubblica indetta a tal fine, la ACAM ha scelto di operare un'aggregazione con la IREN SpA, che opera su tutto il territorio italiano, è sotto controllo pubblico ed è quotata in borsa.

13 In applicazione di un apposito accordo di investimento, concluso il 29 dicembre 2017, i comuni azionisti della ACAM hanno ceduto alla IREN le loro azioni della ACAM e hanno acquistato una corrispondente quota di azioni della IREN sottoscrivendo un aumento di capitale loro riservato. Tramite le controllate della ACAM, divenute proprie controllate, la IREN ha continuato a gestire i servizi che erano stati inizialmente affidati a tali controllate.

14 Dopo aver espresso, il 21 febbraio 2017, l'intento di non approvare l'aggregazione fra la ACAM e la IREN, il 19 gennaio 2018 il Comune di Lerici ha deciso di accettare l'accordo di investimento solo per quanto riguardava la cessione delle sue azioni della ACAM alla IREN, e gliele ha effettivamente cedute l'11 aprile 2018.

15 Con deliberazione del 6 agosto 2018 la Provincia di La Spezia, ormai competente a gestire il servizio integrato dei rifiuti urbani per i comuni del suo ambito territoriale, di cui fa parte il Comune di Lerici, ha approvato l'aggiornamento del piano di area per la gestione integrata dei rifiuti urbani della provincia, nella parte in cui ha indicato la ACAM Ambiente quale gestore del servizio per tale comune, fino al 31 dicembre 2028, in forza di un affidamento «in house».

16 Il Comune di Lerici ha proposto un ricorso avverso la suddetta deliberazione, ritenendo che le condizioni dell'eccezione «in house» non fossero più soddisfatte. Con sentenza 847/2019, il Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (Italia) ha respinto il ricorso in parola.

17 Il Comune di Lerici ha interposto appello avverso tale sentenza dinanzi al Consiglio di Stato (Italia).

18 In primo luogo, quest'ultimo sottolinea che, sebbene detto comune fosse competente ad aggiudicare, nel 2005, il contratto controverso alla ACAM, tale competenza è stata poi trasferita alle province, le quali sono attualmente incaricate del servizio della gestione integrata dei rifiuti urbani a favore di tutti i comuni del loro ambito territoriale.

19 In secondo luogo, tale giudice rileva che l'operazione di aggregazione, di cui al procedimento principale, è stata conclusa sulla base dell'articolo 1, paragrafi 611 e 612, della legge del 23 dicembre 2014, n. 190, il cui obiettivo è contenere la spesa pubblica limitando le partecipazioni sociali degli enti pubblici. Siffatta operazione era peraltro giustificata tenuto conto del fatto che la ACAM aveva concluso un accordo di ristrutturazione del suo debito. In una fattispecie del genere, l'articolo 3bis, paragrafo 2bis, del decreto-legge n. 138/2011 prevede la prosecuzione, fino alle scadenze previste, della gestione dei servizi, che erano stati affidati all'aggiudicatario iniziale, da parte dell'operatore economico succedutogli.

20 In terzo luogo, il giudice del rinvio ritiene che sussistano dubbi sulla compatibilità di tale normativa con l'articolo 12 della direttiva 2014/24, relativo all'eccezione «in house» nell'ambito dell'aggiudicazione degli appalti pubblici.

21 L'operazione di aggregazione realizzata nel caso di specie ha infatti avuto come conseguenza che il servizio di gestione dei rifiuti urbani del Comune di Lerici, che era stato inizialmente affidato, senza gara, alla ACAM, sulla quale non è contestato che tale comune esercitasse, insieme ad altri comuni, un controllo analogo a quello che esercitava sui propri servizi, ai sensi della giurisprudenza della Corte, fosse ormai attribuito alla IREN, e, attraverso quest'ultima, alla sua controllata ACAM Ambiente, senza che sussistesse più un simile controllo del Comune di Lerici rispetto a nessuna delle due suddette società. Infatti, non solo la partecipazione nella IREN che il comune in parola aveva acquisito era del tutto trascurabile, ma inoltre, dopo che detto comune ha ceduto tale partecipazione, qualsiasi collegamento tra il comune stesso e la IREN è venuto meno.

22 Orbene, la Provincia di La Spezia ha deciso di aggiudicare direttamente il servizio destinato al Comune di Lerici, senza indizione di una gara. Occorrerebbe quindi stabilire se tale affidamento diretto sia conforme alle norme del diritto dell'Unione relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici.

23 Secondo il giudice del rinvio, occorre, più in particolare, esaminare se il fatto che la scelta della ACAM di procedere alla fusione con la IREN sia stata preceduta da una gara pubblica debba essere preso in considerazione in un contesto del genere.

24 Al riguardo, detto giudice ritiene che l'obiettivo ultimo delle pertinenti norme del diritto dell'Unione sia quello di promuovere la concorrenza e che siffatto risultato sia raggiunto, nell'ambito dell'affidamento di pubblici servizi, quando più operatori competono, o possono competere, per assicurarsi il relativo mercato, indipendentemente dalla qualificazione giuridica dello strumento che consente di raggiungere tale obiettivo. In circostanze del genere, il giudice del rinvio è propenso a ritenere che sia irrilevante che l'affidamento di un dato servizio abbia luogo mediante una procedura di gara vertente precisamente sull'aggiudicazione di tale servizio, o mediante una procedura di gara avente ad oggetto l'acquisizione delle azioni della società che fornisce i servizi di cui trattasi, giacché in entrambi i casi la concorrenza è garantita.

25 In tali circostanze, il Consiglio di Stato (Italia) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«se l'articolo 12 della direttiva [2014/24] 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».

Sulla questione pregiudiziale

Sulla ricevibilità della questione

26 Ai sensi dell'articolo 94 del regolamento di procedura della Corte, la domanda di pronuncia pregiudiziale contiene «un'illustrazione sommaria dell'oggetto della controversia nonché dei fatti rilevanti, quali accertati dal giudice del rinvio o, quanto meno, un'illustrazione delle circostanze di fatto sulle quali si basano le questioni», «il contenuto delle disposizioni nazionali applicabili alla fattispecie e, se del caso, la giurisprudenza nazionale in materia», nonché «l'illustrazione dei motivi che hanno indotto il giudice del rinvio a interrogarsi sull'interpretazione o sulla validità di determinate disposizioni del diritto dell'Unione, nonché il collegamento che esso stabilisce tra dette disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla causa principale».

27 Nel caso di specie, contrariamente a quanto sostiene il governo austriaco, l'ordinanza di rinvio contiene una descrizione del contesto di fatto e di diritto del procedimento principale sufficiente a soddisfare i requisiti di cui all'articolo 94 del regolamento di procedura.

28 Difatti, da un lato, l'ordinanza di rinvio riprende il contenuto delle disposizioni nazionali applicabili al procedimento principale. Dall'altro, la descrizione, da parte del giudice del rinvio, delle deliberazioni del 15 giugno 2005 e del 6 agosto 2018 nonché della gara indetta dalla ACAM è sufficiente per comprendere le ragioni della scelta delle disposizioni del diritto dell'Unione di cui tale giudice chiede l'interpretazione nonché il collegamento che esso stabilisce tra tali disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia.

29 Ne consegue che la questione sottoposta alla Corte è ricevibile.

Nel merito

30 Con la sua questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 2014/24 debba essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa o a una prassi nazionale in forza della quale l'esecuzione di un appalto pubblico, inizialmente aggiudicato, senza gara, a un ente «in house» sul quale l'amministrazione aggiudicatrice esercitava congiuntamente un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, sia proseguita automaticamente dall'operatore economico che ha acquisito detto ente, al termine di una procedura di gara, qualora detta amministrazione aggiudicatrice non disponga di un simile controllo su tale operatore economico.

31 In via preliminare, dall'ordinanza di rinvio risulta in primo luogo che, nel corso del 2005, il Comune di Lerici ha affidato, fino al 2028, la gestione del suo servizio di rifiuti alla ACAM, mentre la gestione operativa del servizio era affidata alla sua controllata, la ACAM Ambiente. Alla data di tale affidamento, il capitale della ACAM era detenuto esclusivamente da alcuni comuni, tra cui il Comune di Lerici.

32 Secondo il giudice del rinvio, il contratto così aggiudicato alla ACAM costituiva un appalto pubblico di servizi e tale aggiudicazione aveva potuto essere effettuata senza gara per il motivo che, segnatamente, il Comune di Lerici esercitava, unitamente agli altri comuni azionisti, un controllo congiunto sulla ACAM analogo a quello esercitato dai comuni stessi sui propri servizi, ai sensi della giurisprudenza della Corte (v., in tal senso, sentenza del 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C−324/07, EU:C:2008:621, punto 50). Occorre risolvere la questione pregiudiziale basandosi su tale premessa.

33 A tale riguardo, occorre ricordare che la direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU 1992, L 209, pag. 1), applicabile al momento della conclusione del contratto tra il Comune di Lerici e la ACAM, non imponeva ad un'amministrazione aggiudicatrice di avviare una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico allorché esercitava sull'ente affidatario un controllo analogo a quello che esercitava sui propri servizi e tale ente realizzava la parte essenziale della propria attività con l'amministrazione aggiudicatrice o con le amministrazioni aggiudicatrici che lo controllavano. Nell'ipotesi di un siffatto affidamento «in house», si ritiene infatti che l'amministrazione aggiudicatrice faccia ricorso alle proprie risorse dal momento che, anche se l'ente affidatario è giuridicamente da essa distinto, esso può, in pratica, essere assimilato ai servizi interni di quest'ultima (v., in tal senso, sentenze dell'11 gennaio 2005, Stadt Halle e RPL Lochau, C−26/03, EU:C:2005:5, punto 49, nonché del 18 giugno 2020, Porin kaupunki, C−328/19, EU:C:2020:483, punto 66).

34 Peraltro, in caso di ricorso ad un ente detenuto in comune da varie autorità pubbliche, la Corte ha dichiarato che il «controllo analogo», ai sensi del punto precedente, poteva essere esercitato congiuntamente da tali autorità (v., in tal senso, sentenze del 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C−324/07, EU:C:2008:621, punto 50, e dell'8 maggio 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C−15/13, EU:C:2014:303, punto 27).

35 In secondo luogo, dalla decisione di rinvio risulta altresì che, dopo aver concluso, nel corso del 2013, un accordo di ristrutturazione con i suoi creditori, la ACAM ha deciso di indire una gara pubblica al fine di selezionare un operatore economico con il quale aggregarsi. Tale procedura ha condotto alla selezione della IREN, che ha acquisito la totalità delle azioni della ACAM detenute dai comuni azionisti. Questi ultimi hanno acquisito una quota corrispondente di azioni della IREN, in occasione di un aumento di capitale di tale società loro riservato, laddove il Comune di Lerici, dal canto suo, aveva deciso di accettare l'accordo sopra menzionato soltanto per quanto riguardava la cessione delle proprie azioni della ACAM.

36 Conformemente all'articolo 3bis, paragrafo 2bis, del decreto-legge n. 138/2011, la ACAM Ambiente, ormai interamente detenuta dalla IREN, ha continuato ad assicurare il servizio di gestione dei rifiuti dei comuni già azionisti della ACAM, compreso il Comune di Lerici.

37 Fatte queste precisazioni preliminari, occorre rilevare che, nell'ipotesi in cui un appalto pubblico sia stato attribuito, come nella fattispecie in esame, senza indizione di una gara, ad una società a capitale pubblico conformemente alla giurisprudenza menzionata ai punti 33 e 34 della presente sentenza, l'acquisizione di detta società da parte di altro operatore economico, durante il periodo di validità dell'appalto in parola, è tale da costituire un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessiterebbe di indire una gara (v., in tal senso, sentenze del 6 aprile 2006, ANAV, C−410/04, EU:C:2006:237, punti da 30 a 32, nonché del 10 settembre 2009, Sea, C−573/07, EU:C:2009:532, punto 53).

38 Una siffatta modifica può difatti comportare che l'ente affidatario non possa più essere in pratica assimilato ai servizi interni dell'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi del punto 34 della presente sentenza, e, pertanto, a che l'esecuzione dell'appalto pubblico di cui trattasi non possa più essere proseguita senza una gara d'appalto, non potendosi più ritenere che tale amministrazione aggiudicatrice ricorra alle proprie risorse.

39 Nel caso di specie, dato che l'acquisizione della ACAM ad opera della IREN si era verificata nel corso del 2017, vale a dire oltre il termine fissato per la trasposizione da parte degli Stati membri della direttiva 2014/24, quale stabilito al suo articolo 90, paragrafo 1, è alla luce delle disposizioni di quest'ultima direttiva che occorre esaminare se per una modifica del genere fosse necessario indire una gara (v., in tal senso, sentenza del 2 settembre 2021, Sisal e a., C−721/19 e C−722/19, EU:C:2021:672, punto 28 e giurisprudenza ivi citata).

40 A tal riguardo, sotto un primo profilo, l'articolo 72, paragrafo 1, lettera d), ii), della direttiva 2014/24 prevede che un appalto pubblico possa essere modificato, senza nuova procedura d'appalto a norma di quanto disposto da tale direttiva, se l'aggiudicatario iniziale è sostituito da un nuovo contraente, in seguito, segnatamente, all'acquisizione del primo da parte del secondo, purché quest'ultimo soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente e purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della direttiva in parola.

41 Risulta, pertanto, dal tenore letterale di tale articolo 72, paragrafo 1, che il suo ambito di applicazione è limitato all'ipotesi in cui il successore dell'aggiudicatario originale prosegua l'esecuzione di un appalto pubblico che è stato oggetto di una procedura di aggiudicazione iniziale conforme ai requisiti imposti dalla direttiva 2014/24, tra i quali figura il rispetto dei principi di non discriminazione, di parità e di concorrenza effettiva tra gli operatori economici, come segnatamente ricordati e concretizzati all'articolo 18, paragrafo 1, e all'articolo 67, paragrafo 4, della direttiva in parola.

42 Una siffatta interpretazione è corroborata dal paragrafo 4 di tale articolo 72, in forza del quale una modifica del contratto è considerata sostanziale allorché introduce condizioni che, se fossero state incluse nella procedura di appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata o avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione, nonché dall'obiettivo di apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma anche delle amministrazioni aggiudicatrici (sentenza del 27 novembre 2019, Tedeschi e Consorzio Stabile Istant Service, C−402/18, EU:C:2019:1023, punto 39).

43 Pertanto, una modifica del contraente, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, contrariamente a quanto sostiene il governo austriaco, non può rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 72 della direttiva 2014/24, poiché l'appalto pubblico di cui trattasi nel procedimento principale è stato inizialmente affidato ad un ente «in house», senza gara.

44 Sotto un secondo profilo, occorre rilevare che l'articolo 12, paragrafi da 1 a 3, della direttiva 2014/24 riprende, segnatamente, i principi richiamati ai punti 33 e 34 della presente sentenza, precisando al contempo le condizioni in presenza delle quali gli affidamenti «in house» sono sottratti all'ambito di applicazione di tale direttiva.

45 Più in particolare, in forza dell'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, un appalto pubblico può essere aggiudicato senza applicare le procedure di aggiudicazione previste dalla stessa direttiva a condizione che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti, congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici, un controllo sull'aggiudicatario analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, che oltre l'80% delle attività di tale aggiudicatario siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da persone giuridiche controllate da queste ultime e, infine, che nel capitale di tale aggiudicatario non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, e che non esercitano un'influenza determinante sull'aggiudicatario.

46 Inoltre, dall'ultimo comma di tale articolo 12, paragrafo 3, risulta che l'esistenza di un controllo congiunto, ai sensi della disposizione in parola, presuppone, in particolare, che tutte le amministrazioni aggiudicatrici siano rappresentate negli organi decisionali del soggetto controllato e possano esercitare congiuntamente un'influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di tale soggetto.

47 Orbene, dal fascicolo sottoposto alla Corte risulta, da un lato, che il Comune di Lerici non disponeva, alla data della deliberazione oggetto del ricorso dinanzi al giudice del rinvio, di alcuna partecipazione nel capitale della IREN, il quale è, peraltro, ampiamente aperto alle partecipazioni private. Dall'altro, esso non risulta essere né rappresentato negli organi decisionali di tale società né in grado di influenzare, foss'anche congiuntamente con gli altri comuni che detenevano la ACAM, gli obiettivi strategici o le decisioni significative della IREN.

48 Ne consegue che le condizioni previste all'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, che consentono di ritenere che l'aggiudicazione di un appalto pubblico esuli dall'ambito di applicazione delle procedure di aggiudicazione previste da tale direttiva, non risultano soddisfatte, circostanza che spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare.

49 Dal fascicolo sottoposto alla Corte non risulta neppure che la IREN intrattenga con il Comune di Lerici rapporti tali da poter soddisfare le condizioni poste dall'articolo 12, paragrafi 1 o 2, della suddetta direttiva che consentono di qualificare un siffatto appalto come «operazione "in house"».

50 Fatte salve le verifiche che sarà il giudice del rinvio ad effettuare, si deve quindi ritenere che la prosecuzione, da parte della IREN, dell'esecuzione dell'appalto pubblico in discussione nel procedimento principale derivi dalla modifica di una condizione fondamentale dell'appalto che necessita di una procedura di gara, cosicché la direttiva 2014/24 autorizzerebbe la IREN a proseguire tale esecuzione solo dopo essere stata designata come aggiudicataria di detto appalto, al termine di una procedura di aggiudicazione conforme ai requisiti della direttiva in parola.

51 La circostanza che la IREN sia stata selezionata dalla ACAM e, pertanto, dai comuni che detengono tale società, al termine di una procedura di gara pubblica, non modifica siffatta conclusione.

52 È infatti sufficiente constatare che, come sottolineato al punto 47 della presente sentenza, alla data della deliberazione oggetto del ricorso dinanzi al giudice del rinvio, il Comune di Lerici non deteneva alcuna partecipazione, neppure indiretta, nella IREN.

53 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).

54 Pertanto, senza che sia necessario esaminare le caratteristiche della procedura di gara pubblica con la quale la IREN è stata selezionata, tale procedura non può, in ogni caso, equivalere, nella fattispecie dell'appalto pubblico di cui trattasi nel procedimento principale, a una procedura di aggiudicazione conforme ai requisiti previsti dalla direttiva 2014/24, dato che la IREN era, tanto prima dell'operazione di aggregazione con la ACAM quanto dopo che gli altri comuni hanno acquisito una partecipazione nel suo capitale, un ente estraneo al Comune di Lerici.

55 Tenuto conto di quanto precede, si deve concludere che la direttiva 2014/24 osta a che l'esecuzione di un appalto pubblico che sia stato oggetto di un affidamento «in house» prosegua, senza indizione di una gara, qualora l'amministrazione aggiudicatrice non possieda più alcuna partecipazione, neppure indiretta, nell'ente affidatario e non disponga più di alcun controllo su quest'ultimo.

56 Occorre inoltre aggiungere che tale conclusione si impone anche nell'ipotesi in cui, come potrebbe lasciare intendere l'ordinanza di rinvio, si dovesse ritenere che l'appalto pubblico di cui trattasi nel procedimento principale sia stato oggetto di una nuova aggiudicazione da parte della Provincia di La Spezia.

57 Risulta infatti dall'ordinanza di rinvio che il 6 agosto 2018 detta provincia, divenuta competente a gestire il servizio dei rifiuti dei comuni compresi nel suo ambito territoriale, ha approvato l'aggiornamento del piano di area per la gestione integrata dei rifiuti urbani della provincia, nella parte in cui attribuiva alla ACAM Ambiente la gestione del servizio dei rifiuti per il Comune di Lerici fino al 2028.

58 Orbene, quand'anche la deliberazione del 6 agosto 2018 dovesse essere interpretata nel senso che attribuisce la gestione di un siffatto servizio di rifiuti alla ACAM Ambiente, società controllata e interamente detenuta dalla IREN, resterebbe il fatto che tale affidamento diretto non soddisferebbe comunque i requisiti imposti dalla direttiva 2014/24.

59 Da un lato, infatti, dal fascicolo sottoposto alla Corte non risulta che la Provincia di La Spezia e la ACAM Ambiente si trovino in una delle situazioni elencate all'articolo 12 della direttiva in parola. Occorre in particolare rilevare che tale provincia non appare detenere alcuna partecipazione nel capitale della IREN e, pertanto, in quello della ACAM Ambiente, né disporre di alcun potere di controllo su tali enti.

60 Ne consegue che, fatte salve le verifiche che devono essere effettuate dal giudice del rinvio, l'articolo 12 della direttiva 2014/24 non pare poter giustificare che la Provincia di La Spezia abbia aggiudicato, senza gara, un appalto pubblico di servizi alla ACAM Ambiente.

61 D'altro lato, considerati gli elementi del fascicolo sottoposto alla Corte, un siffatto affidamento non sembra neppure poter essere assimilato all'aggiudicazione di un appalto pubblico ad una società ad economia mista alle condizioni ricordate al punto 53 della presente sentenza. In tal senso, è sufficiente ricordare che, come sottolineato al punto 59 della presente sentenza, la Provincia di La Spezia non appare detenere alcuna partecipazione nella IREN e, pertanto, nella ACAM Ambiente.

62 Dall'insieme delle considerazioni che precedono risulta che la direttiva 2014/24 deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa o a una prassi nazionale in forza della quale l'esecuzione di un appalto pubblico, aggiudicato inizialmente, senza gara, ad un ente «in house» sul quale l'amministrazione aggiudicatrice esercitava, congiuntamente, un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, sia proseguita automaticamente dall'operatore economico che ha acquisito detto ente, al termine di una procedura di gara, qualora detta amministrazione aggiudicatrice non disponga di un simile controllo su tale operatore e non detenga alcuna partecipazione nel suo capitale.

Sulle spese

63 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara:

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

Lycourgos Rodin Bonichot

Rossi Spineanu-Matei

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 12 maggio 2022.

Il cancelliere Il presidente della Quarta Sezione

A. Calot Escobar C. Lycourgos

---

* Lingua di procedura: l'italiano.