

Publicato il 30/10/2020

N. 06655/2020REG.PROV.COLL.
N. 01437/2020 REG.RIC.
N. 03727/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1437 del 2020, proposto dal Comune di Lerici, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Fantappié, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marco Selvaggi in Roma, via Adda, 55;

contro

le società IREN S.p.a. ed ACAM Ambiente S.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Daniela Anselmi e Alessandro Lolli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Anselmi in Roma, via Amendola, 46/6;

nei confronti

della Provincia di La Spezia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Veronica Allegri e Pietro Piciocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e

domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Piciocchi in Genova, corso Torino, 30/18;

sul ricorso numero di registro generale 3727 del 2020, proposto dal Comune di Lerici, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Fantappié, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marco Selvaggi in Roma, via Adda 55;

contro

la Provincia di La Spezia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Veronica Allegri e Pietro Piciocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Piciocchi in Genova, corso Torino, 30/18;

nei confronti

delle società ACAM Ambiente S.p.a. e IREN S.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Daniela Anselmi e Alessandro Lolli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Anselmi in Roma, via Amendola, 46/6;

per l'annullamento ovvero la riforma

quanto al ricorso n. 1437 del 2020

della sentenza del TAR Liguria, sezione II 6 novembre 2019 n.845, che ha accolto i ricorsi nn.755/2018 e 756/2018 R.G., integrati da motivi aggiunti, proposti per l'annullamento dei seguenti atti del Comune di Lerici:

(ricorsi principali)

a) della deliberazione 9 ottobre 2018 n.187, conosciuta in data imprecisata, con la quale la Giunta comunale ha approvato l'atto di indirizzo "per la prosecuzione del procedimento avente in oggetto il ritiro della delibera di CC 15 giugno 2005 n. 28 di affidamento in house, in capo ad ACAM

Ambiente S.p.a., del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti”;

b) della determinazione 10 ottobre 2018 prot. 28165 con la quale il Responsabile del Servizio ambiente ha dato la comunicazione di cui all’art. 10 bis della l. 7 agosto 1990 n. 241;

(I motivi aggiunti)

c) della deliberazione 9 novembre 2018 n.47, conosciuta in data imprecisata, con la quale il Consiglio comunale ha disposto il ritiro e la dichiarazione di inefficacia ovvero decadenza della deliberazione 28/2005 predetta;

(II motivi aggiunti)

c) della determinazione 17 dicembre 2018 n.2650, pubblicata all’Albo Pretorio dal 28 dicembre 2018 al 12 gennaio 2019, con la quale il Responsabile del Servizio protezione civile demanio e ambiente ha disposto l’affidamento alla società ARS Ambiente s.r.l. dell’incarico per la revisione e la nuova progettazione della gestione integrata dei rifiuti;

(III motivi aggiunti)

d) della deliberazione 28 marzo 2019 n.15, con la quale il Consiglio comunale ha approvato il piano economico finanziario del servizio rifiuti per il triennio 2019/2021 e la relativa tariffa;

(IV motivi aggiunti)

e) del bando pubblicato il giorno 27 maggio 2019 sulla Gazzetta ufficiale serie 5 n. 61, Reg. 7/2019 Cig. 7914667DD0 Cup. B59E19000400004, relativo alla procedura telematica per l’affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani ed assimilati, spazzamento ed altri servizi di igiene urbana;

f) del disciplinare e capitolato pubblicati sul sito internet del Comune, nonché di tutti gli allegati;

g) della determinazione a contrarre 22 maggio 2019 n 1061 del Responsabile del Servizio urbanistica e tutela ambientale, di individuazione

del soggetto a cui affidare il servizio suddetto;

h) della deliberazione 9 maggio 2019 n.84, pubblicata dal 13 maggio al 28 maggio 2019, della Giunta comunale;

(V motivi aggiunti)

i) del bando rettificato il giorno 24 giugno 2019 reg. 7/2019, nuovo CIG n.ZA528F0DD8 Cup. B59E19000400004; pubblicato sul sito internet del Comune al n. 2060/2019 atto 7/2019 rettificato;

l) della determinazione 24 giugno 2019 n. 1369, con la quale il Responsabile del Servizio staff centrale unica acquisti- gare ha rettificato il bando suddetto;

m) della determinazione 25 giugno 2019 n. 1381, con la quale lo stesso Responsabile ha disposto la ripubblicazione della gara con il nuovo CIG n.ZA528F0DD8;

di eventuali ulteriori determinazioni che hanno disposto la modifica del bando, non note, nonché;

n) della relazione illustrativa delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti per la forma di affidamento prescelta prot. n. AA001303-2019-A del 12 giugno 2019, e del progetto di riorganizzazione dei servizi di raccolta differenziata, dello spazzamento e dei servizi, redatti da Ars Ambiente;

e per la condanna

dell'amministrazione intimata al risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente;

nonché per l'accertamento

dell'inefficacia del contratto concluso fra il Comune e la ARS S.p.a.;

quanto al ricorso n. 3727 del 2020:

della sentenza del TAR Liguria, sezione II 20 novembre 2019 n.884, che ha accolto il ricorso n.101/2019 R.G. integrato da motivi aggiunti, proposto per l'annullamento dei seguenti atti del Comune di Lerici:

(ricorso principale)

a) della deliberazione 9 novembre 2018 n.47, conosciuta in data imprecisata, con la quale il Consiglio comunale ha disposto il ritiro e la dichiarazione di inefficacia ovvero decadenza della propria deliberazione 15 giugno 2005 n. 28 di affidamento in house, in capo ad ACAM Ambiente S.p.a., del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti;

(I motivi aggiunti)

b) della determinazione a contrarre 22 maggio 2019 n 1061 del Responsabile del Servizio urbanistica e tutela ambientale, di individuazione del soggetto a cui affidare il servizio suddetto;

degli atti connessi, e in particolare:

c) del bando pubblicato il giorno 27 maggio 2019 sulla Gazzetta ufficiale serie 5 n. 61, Reg. 7/2019 Cig. 7914667DD0 Cup. B59E19000400004, relativo alla procedura telematica per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani ed assimilati, spazzamento ed altri servizi di igiene urbana;

(II motivi aggiunti)

d) del bando rettificato il giorno 24 giugno 2019 reg. 7/2019, nuovo CIG n.ZA528F0DD8 Cup. B59E19000400004; pubblicato sul sito internet del Comune al n. 2060/2019 atto 7/2019 rettificato;

e in ogni caso del capitolato e del disciplinare di gara;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti indicate in epigrafe;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 ottobre 2020 il Cons. Francesco Gambato Spisani e uditi per le parti gli avvocati Andrea Fantappié, Daniela Anselmi, Alessandro Lolli e Pietro Piciocchi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Nella Provincia di La Spezia una società denominata ACAM, a totale partecipazione pubblica e capitale ripartito fra i Comuni interessati, gestiva tramite proprie controllate i servizi pubblici dei Comuni stessi. Per quanto poi qui direttamente interessa, la ACAM gestiva - tramite la ACAM Ambiente S.p.a. - in particolare il ciclo integrato dei rifiuti nel Comune di Lerici, come da deliberazione del relativo Consiglio comunale 15 giugno 2005 n.28, qualificata espressamente come delibera di affidamento *in house*, il tutto con scadenza prevista al 31 dicembre 2028 (doc. 1 in I grado ricorrente appellata in ricorso n. 755/2018, da cui tutte le successive citazioni, se non diversamente indicato, delibera 187/2018 di cui in epigrafe; doc. 13 in I grado ricorrente appellata, accordo di investimento, da p. 11, ove si riassume tutta la vicenda).

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

3. A seguito della pubblica gara indetta allo scopo, la ACAM ha selezionato come soggetto col quale aggregarsi la IREN S.p.a., nota società cd multiutility a controllo pubblico, altresì quotata in Borsa; di

conseguenza, in esecuzione di un apposito accordo di investimento concluso il 29 dicembre 2017, i Comuni soci aderenti hanno ceduto alla stessa le azioni ACAM da loro possedute ed hanno acquistato, sottoscrivendo un aumento di capitale riservato, una quota corrispondente di azioni della IREN: come effetto finale, le azioni ACAM sono diventate azioni IREN e quest'ultima, tramite le controllate dell'ACAM, divenute controllate proprie, ha continuato a gestire i servizi ad esse in origine affidati (doc. ti 13 in I grado ricorrente appellata, accordo di investimento).

4. Il Comune, viceversa, aveva espresso l'intento di non approvare l'aggregazione già con deliberazione del Consiglio 21 febbraio 2017 n.4 (doc. 3 in I grado Comune); previe delibere del Consiglio in tal senso 16 gennaio 2018 n.2 e n.3 (doc. ti 4 e 5 in I grado Comune), ha ritenuto il 19 gennaio 2018 di aderire all'accordo di investimento soltanto per quanto riguardava la cessione delle proprie azioni ACAM alla IREN (doc. 14 in I grado ricorrente appellata, adesione), e le ha in fatto cedute il successivo 11 aprile 2018 (doc. 1 in I grado ricorrente appellata). Con ciò, non essendo più ad alcun titolo socio della IREN, divenuta affidataria del servizio nei termini che si è detto, ha ritenuto che i presupposti del relativo affidamento in house non esistessero più.

5. Parallelamente, la Provincia, con deliberazione 6 agosto 2018 n.48, ha approvato l'aggiornamento al piano d'area per la gestione integrata dei rifiuti urbani della provincia, nella parte in cui ha indicato la società ACAM Ambiente S.p.a. quale gestore del servizio per il Comune di Lerici stesso sino al 31 dicembre 2028 in forza di affidamento *in house* (doc. 16 in I grado ricorrente appellata). Per completezza, va precisato che il Comune ha impugnato anche questa deliberazione con ricorso TAR Liguria n.693/2018 R.G. ed ha proposto appello, iscritto al n.3708/2020 della Sezione e chiamato anch'esso all'udienza del 1 ottobre 2020, contro la sentenza sez. II 6 novembre 2019 n.847, che lo ha respinto.

6. Tornando alla vicenda per cui è causa, il Comune ha invece, con tutti gli atti indicati in epigrafe, avviato una serie di procedimenti intesi a sottrarre la gestione del servizio integrato rifiuti nel proprio territorio alla prima ricorrente appellante e alla sua controllata, seconda ricorrente appellante, per affidarlo tramite pubblica gara ad un terzo soggetto. Le due società in questione hanno ritenuto l'operazione illegittima, e per opporvisi hanno presentato due ricorsi di identico contenuto, iscritti ai numeri 755/2018 e 756/2018 del competente TAR Liguria, integrati da motivi aggiunti pure di identico contenuto, proposti per l'annullamento degli atti successivamente adottati dal Comune, il tutto come in epigrafe (per tutti, doc. 1 in I grado ricorrente appellata, delibera di Giunta 187/2018, di avvio del procedimento, e doc. 1 a IV motivi aggiunti in I grado ricorrente appellata, bando di gara), nonché per la condanna del Comune al risarcimento del danno.

7. Con la sentenza 845/2019 meglio indicata in epigrafe, il TAR ha riunito i ricorsi, come si è detto identici, e li ha accolti quanto alla domanda di annullamento degli atti impugnati, ritenendo in sintesi estrema che per effetto delle norme di cui si dirà il Comune abbia perso, in favore della Provincia, la competenza a disporre in materia di affidamento del servizio rifiuti per cui è causa; ha invece respinto la domanda risarcitoria, ritenendo da un lato che il danno da un presunto calo delle quotazioni di borsa delle azioni della prima ricorrente appellata non fosse provato, e dall'altro lato che quest'ultima, tramite la propria controllata, avesse comunque continuato a gestire il servizio, senza pregiudizi di sorta.

8. Anche la Provincia di La Spezia ha impugnato gli atti fondamentali di questa procedura -ovvero la deliberazione di ritiro 47/2018, la determina a contrarre 1061/2019, il bando e le sue successive integrazioni- con ricorso TAR Liguria n.101/2019 R.G. Il Comune ha proposto l'appello n.3727/2020 della Sezione contro la sentenza sez. II 20 novembre 2019 n.884, che lo ha accolto, con motivazioni analoghe alla sentenza 845/2019.

9. Contro questa sentenza 845/2019, il Comune ha proposto impugnazione, con l'appello 1437/2020, che contiene sette censure, riconducibili secondo logica ai seguenti cinque motivi:

- con il primo di essi, corrispondente alla prima censura a p. 8 dell'atto, deduce violazione dell'art. 35 c.p.a. e ripropone l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo dedotta e respinta in I grado. Sostiene infatti che il ricorso sarebbe inammissibile per omessa impugnazione degli atti, che qualifica come presupposti, con i quali il Comune stesso ha manifestato la sua volontà di non approvare l'aggregazione, ovvero per omessa impugnazione delle delibere consiliari 4/2017, 2/2018 e 3/2018 di cui si è detto sopra, e critica quindi la sentenza del TAR nella parte in cui nega che questo rapporto di presupposizione sussista, dato che in linea generale una società di capitali non ha interesse a contestare la decisione di un socio che intenda cedere le proprie quote;
- con il secondo motivo, corrispondente alla seconda censura a p. 12 dell'atto. deduce violazione dell'art. 21 *quinquies* della l. 7 agosto 1990 n.241, sostenendo che l'atto di ritiro della deliberazione 28/2005, che costituisce la premessa del nuovo affidamento del servizio, sarebbe non una revoca dell'affidamento precedente per motivi di ritenuto interesse pubblico, ma un atto doveroso, dato che i presupposti dell'*in house* in base ai quali l'affidamento originario era stato disposto più non sussisterebbero;
- con il terzo motivo, corrispondente alla terza censura a p. 14 dell'atto, deduce violazione dell'art. 42 del TU 18 agosto 2000 n.267. Sostiene che l'incompetenza della Giunta ritenuta dal Giudice di I grado quanto all'adozione della delibera di indirizzo 187/2018 non sussisterebbe, perché la Giunta avrebbe agito in attuazione di quanto stabilito dal Consiglio con la delibera di ritiro 47/2018;
- con il quarto motivo, corrispondente alle censure quarta e quinta alle pp. 16 e 24 dell'atto, deduce propriamente violazione degli artt. 4 del d. lgs. 19 agosto 2016 n.175, degli artt. 14 e 16 della l.r. Liguria 24 febbraio 2014 n.1

e dell'art. 24 della l.r. Liguria 7 aprile 2015 n.12. In proposito, ribadisce anzitutto che, venuti meno i presupposti dell'*in house*, così come previsti anche dall'art. 4 del d. lgs. 175/2016, l'originario affidamento diretto del servizio non sarebbe potuto continuare sino a scadenza, perché divenuto illegittimo. Ciò posto, contesta l'affermazione del Giudice di I grado secondo la quale il Comune, per effetto della l.r. Liguria 1/2014, avrebbe perso la competenza a disporre nuovi affidamenti in materia, perché trasferita alla Provincia. Cita a proprio favore la norma dell'art. 24 comma 2 bis della l.r. 12/2015, secondo la quale: *“Ove la Provincia o la Città metropolitana abbiano definito, con proprio provvedimento anche a titolo di stralcio del Piano d'area o Piano metropolitano, il disegno complessivo della ripartizione territoriale dei servizi di gestione rifiuti da perseguire all'interno del territorio, con l'individuazione dei bacini di affidamento, i comuni possono provvedere, in conformità agli indirizzi definiti da Provincia o Città metropolitana, ad un affidamento del servizio di gestione integrata rifiuti per un periodo non esteso oltre il 31 dicembre 2020”*. Ad avviso del Comune, questa norma avrebbe mantenuto la competenza in materia a suo favore, competenza che avrebbe potuto esercitare dato che un gestore d'area del servizio in realtà non vi sarebbe stato. Il Comune infatti interpreta in questo senso la citata deliberazione 48/2018 della Provincia, la quale afferma, dopo avere ribadito che il gestore d'area è ACAM Ambiente, *“Entro tre mesi dall'efficacia del Piano d'ambito (art. 15 comma 4 legge n. 1/2014) la Provincia assume il ruolo di parte contraente del gestore, subentrando ai Comuni, secondo i contenuti di un unico contratto redatto nella forma di “contratto quadro” avente ad oggetto i servizi standard e le modalità di adesione per i servizi aggiuntivi, svolti nell'esercizio di facoltà di richiesta da parte dei comuni. Sulla base del contratto quadro i Comuni provvedono a disciplinare i rapporti con il gestore con atti bilaterali”* (doc. 16 in I grado ricorrente appellante, cit.). Ad

avviso del Comune, ciò significherebbe che un gestore non c'era, e che quindi esso aveva la competenza ad intervenire;

- con il quinto motivo, corrispondente alla sesta censura a p. 20 dell'atto, contesta, in dipendenza dal contenuto dei motivi precedenti, l'affermazione di illegittimità derivata fatta dal Giudice di I grado per tutti gli atti successivi della procedura, via via impugnati.

Con la settima censura, a p. 27 dell'atto, il Comune chiede infine che questo Giudice promuova rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea per accertare la compatibilità con le norme europee in tema di *in house* delle norme nazionali di cui si è fin qui detto, nella parte in cui consentono di continuare una gestione originariamente affidata *in house* quando i relativi presupposti, in particolare il controllo analogo, più non sussistano.

10. Nell'appello 1437/2020, la IREN ha resistito, con memoria 28 febbraio 2020, in cui chiede che l'appello sia respinto, e ripropone i motivi non esaminati in I grado, così come segue:

- con il primo motivo riproposto, corrispondente alle censure prima e seconda alle pp. 3-6 dell'atto, contesta la delibera di affidamento di incarico 17 dicembre 2018 n.2650, sostenendo che essa integrerebbe un affidamento diretto sottosoglia in violazione dei principi previsti in materia, ovvero delle linee guida ANAC 4/2018; l'affidamento in particolare sarebbe stato disposto senza l'analisi della disponibilità economica, senza l'esame di più preventivi e senza la verifica dei requisiti morali del contraente;

- con il secondo motivo riproposto, corrispondente alla terza censura alle pp. 7-8 dell'atto, contesta la deliberazione consiliare 15/2019, sostenendo che essa avrebbe approvato il piano economico finanziario di gestione dei rifiuti senza una corretta istruttoria;

- con il terzo motivo riproposto, corrispondente alla quarta censura alle pp. 9-14 dell'atto, contesta, sempre per presunto difetto di istruttoria, la

deliberazione della Giunta 84/2019, che detta atti di indirizzo per la prosecuzione della gara;

- con il quarto motivo riproposto, corrispondente alla quinta censura alle pp. 14 e ss dell'atto, contesta infine il bando di gara e le sue successive modifiche ed integrazioni, rilevando una serie di presunte illogicità nello stesso.

11. Sempre nell'appello 1437/2020, la ACAM Ambiente ha proposto appello incidentale, depositato il 3 marzo 2020, in cui a sua volta ripropone i motivi non esaminati in I grado negli stessi termini di cui sopra, e chiede, per il caso di accoglimento dell'appello principale, che il Comune sia condannato a risarcirle un compenso pari al 10% del valore residuo del contratto, maggiorato di interessi, per un importo pari a euro 2.583.940, qualificati gli atti impugnati come recesso.

12. Sempre nell'appello 1437/2020, con la successiva memoria 21 aprile 2020, la IREN ha eccepito in via preliminare:

- l'inammissibilità dell'appello (p. 3 della memoria) per mancata impugnazione della sentenza TAR Liguria 884/2019 di cui sopra. Come si è detto, gli atti fondamentali della procedura per cui è causa sono stati impugnati anche dalla Provincia di La Spezia, con ricorso accolto dal TAR Liguria con la sentenza indicata; la parte sostiene che tale sentenza sarebbe passata in giudicato, e quindi che tali atti sarebbero ormai definitivamente annullati;

- ancora l'inammissibilità dell'appello (p. 5 dell'atto) per presunta mancata contestazione del capo della sentenza impugnata "in cui si afferma che Acam Ambiente è in regime di salvaguardia come gestore di area omogenea fino al 2028 per legge regionale"; ad avviso della parte, non basterebbe avere quindi contestato la sua qualità di gestore affidatario diretto pur in sopravvenuta mancanza dei requisiti;

ha chiesto poi che esso comunque sia respinto nel merito.

13. Nell'appello 1437/2020, con memoria 19 maggio 2020, il Comune ha replicato alle predette eccezioni, e ribadito le precedenti difese. Ha poi chiesto la trattazione congiunta di questo ricorso con i ricorsi 3708/2020 e 3727/2020 R.G. di questa Sezione, in quanto connessi.

14. Sempre nell'appello 1437/2020, a sua volta la Provincia ha resistito con atto e memoria 22 maggio 2020, in cui chiede che lo stesso sia respinto, ma comunque si associa all'istanza di trattazione congiunta presentata dal Comune.

15. Nell'appello 1437/2020, con repliche rispettivamente del 22 maggio 2020 per la IREN e 23 maggio 2020 per il Comune, le parti hanno ancora insistito sulle loro tesi. In particolare il Comune ha eccepito la inammissibilità dell'appello incidentale, in quanto generico e comunque proposto nell'interesse di una parte diversa, ovvero, in tesi, dell'IREN. Per parte sua, la IREN ha a sua volta aderito all'istanza di rinvio.

16. Aderendo a tali istanze, la Sezione ha rinviato l'udienza del 4 giugno 2020.

17. Le parti hanno ulteriormente ribadito le rispettive posizioni, la IREN con memoria 28 luglio 2020, il Comune con memoria 15 settembre 2020 e la Provincia con replica 19 settembre 2020.

18. Parallelamente, il Comune ha proposto impugnazione anche contro la sentenza 884/2019, con l'appello 3727/2020, che contiene sette censure, riconducibili secondo logica ai seguenti sei motivi:

- con il primo di essi, corrispondente alla prima censura a p. 7 dell'atto, deduce violazione dell'art. 12 della direttiva 2014/24/UE e dell'art. 4 del d. lgs. 19 agosto 2016 n.175, e sostiene in sintesi estrema la legittimità dei propri atti, dato che dell'originario affidamento diretto in house del servizio più non esistevano i presupposti:

- con il secondo motivo, corrispondente alla seconda censura a p. 13 dell'atto, deduce violazione degli artt. 14 e 16 della l.r. Liguria 24 febbraio 2014 n.1 e dell'art. 24 della l.r. Liguria 7 aprile 2015 n.12. in termini

sostanzialmente identici a quanto dedotto nel quarto motivo dell'appello 1437/2020;

- con il terzo motivo, corrispondente alla terza censura a p. 15 dell'atto, deduce violazione dell'art. 35 c.p.a. e ripropone l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo dedotta e respinta in I grado, in termini sostanzialmente analoghi a quanto dedotto nel primo motivo dell'appello 1437/2020;

- con il quarto motivo, corrispondente alle censure quarta e sesta, alle pp. 18 e 21 dell'atto, deduce ulteriore violazione dell'art. 35 c.p.a. e sostiene che la Provincia, non avendo a suo dire esercitato le sue competenze in materia, non avrebbe avuto interesse ad impugnare gli atti del Comune, in particolare l'atto di ritiro dell'originario affidamento, che come atto di segno contrario sarebbe rimasto di competenza comunale;

- con il quinto motivo, corrispondente alla quinta censura a p. 19 dell'atto, contesta quindi la sentenza impugnata per avere ritenuto che alla Provincia sarebbe spettato l'avviso di avvio del procedimento di ritiro, sempre affermando che essa non aveva ancora esercitato le sue competenze;

- con il sesto motivo, corrispondente alla settima censura a p. 27 dell'atto, contesta, in dipendenza dal contenuto dei motivi precedenti, l'affermazione di illegittimità derivata fatta dal Giudice di I grado per tutti gli atti successivi della procedura, via via impugnati.

19. Nell'appello 3727/2020, hanno resistito la Provincia, con atto 28 maggio e memoria 31 luglio 2020, nonché la IREN e la ACAM Ambiente, con memoria 3 giugno 2020, in cui hanno difeso la motivazione della sentenza impugnata, sostenendo la competenza della Provincia. La IREN e la ACAM Ambiente hanno comunque eccepito in via preliminare l'inammissibilità dell'appello, perché proposto oltre il termine di tre mesi dal deposito della sentenza di I grado; hanno in particolare sostenuto che il termine abbreviato si applicherebbe sia considerando la causa come relativa ad appalti, e quindi ai sensi dell'art. 120 c.p.a., sia considerando la

causa soggetta al rito abbreviato di cui all'art. 119 c.p.a., come ritenuto dal Giudice di I grado.

20. Il Comune, con memoria 31 luglio 2020 ha affermato che invece il termine abbreviato non si applicherebbe; ha poi chiesto al Giudice di promuovere rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea per accertare la compatibilità con le norme europee in tema di *in house* delle norme nazionali di cui si è fin qui detto, nella parte in cui consentono di continuare una gestione originariamente affidata in house quando i relativi presupposti, in particolare il controllo analogo, più non sussistano. In alternativa, ha chiesto di sollevare la medesima questione come questione di legittimità costituzionale delle norme citate.

21. Con repliche rispettivamente 9 settembre 2020 e 10 settembre 2020, le società ed il Comune hanno ribadito le loro difese; in particolare il Comune ha sostenuto che le società non sarebbero legittimate a proporre l'eccezione di tardività dell'appello; le società hanno poi affermato che la scelta della IREN per l'aggregazione, effettuata tramite gara, soddisferebbe ai requisiti necessari per proseguire il servizio, sì che non vi sarebbe alcun affidamento diretto senza i presupposti dello *in house*.

22. All'udienza del 1 ottobre 2020, fissata per la trattazione congiunta dei due appelli, ovvero dei ricorsi 1437/2020 e 3727/2020 R.G. di cui si è detto fin qui, la Sezione li ha quindi trattenuti in decisione.

23. In via preliminare, gli appelli sono all'evidenza connessi, perché riguardano l'impugnazione degli atti della stessa serie procedimentale, ovvero del procedimento con il quale il Comune ha ritenuto di indire la gara per affidare il servizio di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti limitatamente al proprio territorio; di conseguenza, vanno riuniti.

24. Ciò posto, gli appelli stessi sono infondati nel merito, e vanno respinti per le ragioni che seguono, le quali esimono dal valutare le relative eccezioni processuali in base al principio della *cd* ragione più liquida,

condiviso da unanime giurisprudenza, che come tale non richiede puntuali citazioni.

25. Si esaminano anzitutto i motivi primo dell'appello 1437/2020 e terzo dell'appello 3727/2020, di analogo contenuto.

25.1 Tali motivi assumono priorità logica e vanno esaminati per primi, dato che ripropongono un'eccezione preliminare, dal cui accoglimento discenderebbe l'inammissibilità dei ricorsi introduttivi di tutti i procedimenti di I grado; essi però sono infondati.

25.2 Come si è detto, il Comune sostiene che i ricorsi introduttivi di I grado sarebbero tutti inammissibili, per omessa impugnazione di una serie di propri atti che qualifica come atti presupposti. Si tratterebbe, in tesi, delle deliberazioni consiliari 4/2017, 2/2018 e 3/2018, con le quali il Comune ha deciso, in sintesi, di disfarsi delle azioni IREN assegnategli a seguito dell'aggregazione.

25.3 Il Collegio però è di diverso avviso. In primo luogo, osserva che ciò potrebbe al limite valere per il solo ricorso di I grado proposto dalla IREN stessa, e non per i due ricorsi ulteriori, della ACAM Ambiente e della Provincia, perché anche ammettendo che una cessione di azioni si potesse qualificare lesiva dell'interesse della società delle cui azioni si tratta, ciò all'evidenza non si potrebbe dire rispetto a soggetti terzi. In secondo luogo, il Collegio condivide quanto afferma il Giudice di I grado, ovvero che una società non ha in generale interesse a contestare gli atti dai quali deriva una diversa composizione del proprio capitale sociale, soprattutto quando, il Collegio aggiunge, si tratta di una società come IREN, che è quotata in Borsa, e quindi ha una compagine sociale per definizione variabile. Il Collegio osserva poi che la decisione del Comune di indire una gara propria non è comunque una conseguenza giuridicamente necessaria della cessione delle azioni, dato che il Comune stesso avrebbe anche potuto accettare il risultato dell'aggregazione, ovvero limitarsi a reagire ad essa con l'altra iniziativa che ha promosso, ovvero con il citato ricorso

giurisdizionale contro la delibera della Provincia 6 agosto 2018 n.48, di aggiornamento al piano d'area per la gestione del servizio. Tutto ciò, lo si dice per sola completezza, dando per scontato quanto non lo è necessariamente, ovvero che un'eventuale ricorso contro le delibere 4/2017, 2/2018 e 3/2018, con le quali il Comune, a ben vedere, ha compiuto un negozio privatistico, appartenesse effettivamente alla giurisdizione amministrativa o non piuttosto a quella ordinaria.

26. Sempre in ordine logico, vanno esaminati i motivi quarto dell'appello 1437/2020 e secondo dell'appello 3727/2020, anch' essi di analogo contenuto.

26.1 Tali motivi assumono a loro volta priorità logica, nell'ambito dei motivi di merito, perché sono volti a contestare le sentenze di I grado nella parte in cui accolgono il motivo di ricorso fondato sull'incompetenza del Comune a provvedere, in favore della Provincia. Come è noto, il motivo in cui si deduce l'incompetenza dell'autorità che ha emanato l'atto impugnato assume di necessità carattere pregiudiziale rispetto agli altri e, una volta accertato, preclude la valutazione di ogni altro motivo di ricorso. Ciò si ritiene, come è pure noto, anzitutto per un argomento logico: una volta ritenuta incompetente l'autorità che ha emanato l'atto impugnato, una valutazione su vizi sostanziali si risolverebbe in un giudizio meramente ipotetico sull'ulteriore attività amministrativa dell'organo competente, e quindi non sarebbe consentita, per la necessità di rispettare il diritto di difesa di quest'ultimo: in tal senso per tutte C.d.S. sez. IV 14 maggio 2007 n.2427 e sez. VI 7 aprile 1981 n.140. Un giudizio ipotetico di tale tipo, si aggiunge, si risolverebbe poi in una violazione dell'art. 34 comma 2 c.p.a., per cui *“In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”*. La conclusione esposta non cambia neanche alla luce della più recente C.d.S. sez. III 3 agosto 2015 n.3791, secondo la quale il vizio di incompetenza non rileva quando l'amministrazione dimostra che l'atto di cui si controverte era dovuto, e

quindi non sarebbe potuto essere diverso: si tratta all'evidenza di un'ipotesi qui non applicabile.

26.2 Tanto premesso, questo Collegio condivide la ricostruzione delle norme applicabili fatta dal Giudice di I grado, e la riporta per chiarezza. In materia di gestione dei rifiuti urbani, dispone anzitutto l'art. 200 del d. lgs. 3 aprile 2006 n.152, per cui: *“La gestione dei rifiuti urbani è organizzata sulla base di ambiti territoriali ottimali, di seguito anche denominati ATO, delimitati dal piano regionale”* nel rispetto delle linee guida che la Regione stessa stabilisce, e secondo criteri indicati dalla norma stessa, in particolare secondo quello del *“superamento della frammentazione delle gestioni attraverso un servizio di gestione integrata dei rifiuti”*.

26.3 Per gestire gli ATO, il legislatore, all'art. 201 dello stesso d. lgs. 152/2006, aveva previsto di istituire altrettante Autorità di ambito; ha però compiuto una scelta diversa con l'art. 2 comma 186 bis della l. 23 dicembre 2009 n.191 e con l'art. 3 bis comma 1 bis del d.l. 13 agosto 2011 n.138. Secondo l'art. 2 comma 186 bis, *“Decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono soppresse le Autorità d'ambito territoriale... Entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza...”*. Secondo l'art. 3 bis comma 1 bis, poi, la dimensione ottimale degli ambiti da gestire coincide, di regola, con il territorio della Provincia.

26.4 La Regione Liguria ha esercitato le competenze legislative in questo modo ad essa delegate con la l.r. 24 febbraio 2014 n.1, recante *“Norme in materia di individuazione degli ambiti ottimali per l'esercizio delle funzioni relative al servizio idrico integrato e alla gestione integrata dei rifiuti”*, e per quest'ultimo servizio, che qui rileva, ha previsto, all'art. 16 comma 1 che *“La Città metropolitana e le province provvedono alle funzioni connesse all'organizzazione ed affidamento dei servizi secondo le*

previsioni dei rispettivi piani...” in particolare ai sensi del comma 2 attraverso la *“definizione del modello organizzativo connesso alla erogazione dei servizi”*, e la *“assunzione delle decisioni relative alle modalità di affidamento dei servizi”*. Già in base a questa norma, quindi, la competenza a indire le gare in materia di rifiuti appartiene in generale alla Provincia, e non più al Comune.

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

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

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

26.8 La seconda è quella già citata, che il Comune invoca, per cui come si è detto ai sensi del comma 2 *bis* *“Ove la Provincia o la Città metropolitana*

abbiano definito, con proprio provvedimento anche a titolo di stralcio del Piano d'area o Piano metropolitano, il disegno complessivo della ripartizione territoriale dei servizi di gestione rifiuti da perseguire all'interno del territorio, con l'individuazione dei bacini di affidamento, i comuni possono provvedere, in conformità agli indirizzi definiti da Provincia o Città metropolitana, ad un affidamento del servizio di gestione integrata rifiuti per un periodo non esteso oltre il 31 dicembre 2020". A semplice lettura, la norma disciplina un'ipotesi per così dire intermedia, in cui la Provincia non ha ancora approvato un compiuto piano di area, ma ha approvato i relativi indirizzi: in questo caso, per un periodo di tempo limitato, a indire le gare possono provvedere i singoli Comuni. Si tratta però di un caso all'evidenza diverso da quello per cui è causa, in cui la Provincia ha esercitato per intero le proprie competenze e individuato un gestore con la delibera 6 agosto 2018 n.48, in modo però che il Comune considera illegittimo. A riprova, le ipotesi transitorie di competenza comunale richiedono tutte, ai sensi del comma 4, di *"prevedere idonee clausole per la successiva transizione ad una gestione unitaria per l'area di appartenenza"*, ciò che nel caso di specie non è avvenuto.

26.9 Non essendo applicabile alcuna delle ipotesi viste, di residua competenza comunale, va confermata la conclusione cui è giunto il Giudice di I grado, nel senso dell'incompetenza del Comune in favore della Provincia. Come è ovvio, ciò non impedisce al Comune che intenda contestarla di procedere in forma propria, ovvero con il ricorso già promosso di cui si è detto contro la delibera 48/2018, ricorso che sarà deciso in sede propria.

27. La reiezione dei motivi quarto dell'appello 1437/2020 e secondo dell'appello 3727/2020 nei termini di cui sopra comporta che divengano improcedibili per sopravvenuto difetto di interesse tutti gli altri motivi di appello dedotti, i quali riguardano, in sintesi, le modalità di esercizio del potere di indire la gara, e presuppongono che al Comune appartenga la

relativa competenza. Nel momento in cui è accertato il contrario, è evidente che una decisione in proposito si tradurrebbe in una pronuncia “*con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*” che l’art. 34 comma 2 c.p.a. citato non consente.

28. Conseguenza di quanto sopra è poi che questo Giudice non sia più tenuto, così come chiesto dal Comune in entrambi gli appelli, a sollevare la questione di legittimità costituzionale delle norme che consentono, a seguito di un’aggregazione societaria, di proseguire un servizio originariamente affidato in house quando di tale affidamento siano venuti a mancare i requisiti: si tratta di questione non rilevante in questo giudizio, nel senso che, ritenuta l’incompetenza del Comune, delle norme in questione non si deve fare applicazione alcuna. Per la stessa ragione, questo Giudice nemmeno è tenuto a promuovere rinvio pregiudiziale avanti alla Corte di Giustizia, pure richiesto dal Comune, sulla conformità delle norme stesse al diritto europeo.

29. Dall’infondatezza degli appelli, e in particolare dell’appello n.1437/2020, discendono infine la non necessità di esaminare i motivi assorbiti in I grado e riproposti, nonché l’improcedibilità dell’appello incidentale proposto da ACAM Ambiente in tale procedimento, appello che del resto, come sopra si è detto, era stato proposto in modo esplicito per il caso di accoglimento dell’appello principale.

30. La particolarità e complessità delle questioni trattate, sulle quali non constano precedenti editi negli esatti termini, è giusto motivo per compensare per intero fra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sugli appelli come in epigrafe proposti (ricorsi nn.1437/2020 e 3727/2020), così provvede:

- a) riunisce gli appelli stessi;
- b) li respinge;

c) dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto da ACAM Ambiente nel ricorso 1437/2020 R.G.;

d) compensa per intero fra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 ottobre 2020

con l'intervento dei magistrati:

Oberdan Forlenza, Presidente FF

Luca Lamberti, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere, Estensore

Alessandro Verrico, Consigliere

L'ESTENSORE

Francesco Gambato Spisani

IL PRESIDENTE

Oberdan Forlenza

IL SEGRETARIO