

Pubblicato il 29/05/2017

N. 02533/2017REG.PROV.COLL.

N. 06157/2016 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6157 del 2016, proposto da:

Autorità per il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani ATO Toscana Costa, in persona del direttore generale e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Germano Scarafiocca e Massimo Abbagnale, con domicilio eletto presso lo studio Grez e Associati s.r.l., in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

Comune di Bagni di Lucca, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Govi e Paolo Bonetti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giovanni Galoppi, in Roma, via Sistina, n. 42;

nei confronti di

Bagni di Lucca Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Govi e Paolo Bonetti, con domicilio

eletto presso lo studio dell'avvocato Giovanni Galoppi in Roma, via Sistina, n. 42; Regione Toscana, in persona del presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Barbara Mancino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Marcello Cecchetti in Roma, piazza Barberini, n. 12;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. TOSCANA, SEZIONE II, n. 824/2016, resa tra le parti, concernente un affidamento *in house* del servizio di raccolta differenziata trasporto e smaltimento rifiuti comunali.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bagni di Lucca, della Bagni di Lucca Servizi s.r.l. e della Regione Toscana;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 aprile 2017 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Germano Scarafiocca, Barbara Corbi, in sostituzione degli avvocati Govi Mancino e Bonetti, e Marcello Cecchetti, su delega dell'avvocato Mancino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale della Toscana, integrato da motivi aggiunti, l'Autorità per il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani ATO Toscana Costa impugnava gli atti con cui il Comune di Bagni di Lucca aveva affidato il servizio di raccolta differenziata, trasporto e smaltimento dei rifiuti urbani per il periodo 1° gennaio 2016 - 31 dicembre 2020 alla propria società *in house* Bagni di Lucca Servizi s.r.l. (delibera del consiglio comunale n. 41 del 22 dicembre 2015,

nonché gli atti presupposti di costituzione della società ed indirizzo per le modalità di gestione del servizio, di cui, rispettivamente alla delibera consiliare n. 28 del 9 settembre 2015 e della giunta n. 118 del 16 ottobre 2015).

2. Con la sentenza in epigrafe il tribunale adito:

- dichiarava «*irricevibile per tardività l'azione annullatoria*», perché proposta oltre il termine di 30 giorni dall'ultimo di pubblicazione all'albo pretorio del Comune di Bagni di Lucca della delibera di affidamento del servizio alla società *in house*, termine ritenuto applicabile in ragione della riconducibilità degli atti impugnati a quelli relativi a «*procedure di affidamento*» ex art. 120 cod. proc. amm. e non rispettato nei confronti dell'affidataria Bagni di Lucca Servizi;

- dichiarava «*inammissibile l'azione di inefficacia del contratto*», e cioè della convenzione in data 28 dicembre 2015 (rep. n. 1857) per la gestione del servizio, sia in via consequenziale rispetto all'irricevibilità della domanda di annullamento, sia in via autonoma, perché non qualificabile come atto amministrativo, ma come «*atto negoziale accessivo alla delibera di affidamento tardivamente impugnata*».

3. Per la riforma di tale sentenza ha proposto appello l'Autorità d'ambito.

4. Si sono costituiti in resistenza il Comune di Bagni di Lucca e l'affidataria *in house* del servizio.

5. Si è invece costituita in adesione all'appello la Regione Toscana.

DIRITTO

1. Con i primi due motivi d'appello l'Autorità d'ambito censura la dichiarazione di irricevibilità del ricorso e dei motivi aggiunti emessa dal Tribunale amministrativo sotto altrettanti profili.

2. Si contesta innanzitutto (I motivo d'appello) l'applicabilità del "rito appalti" alla presente controversia e dunque il dimezzamento del termine a pena di decadenza per impugnare a 30 giorni (art. 120, comma 5, cod. proc. amm.). L'Autorità nega in particolare che l'affidamento *in house* possa essere ricondotto alla nozione di

«*provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture*» o di «*atti delle procedure di affidamento (...) relativi a pubblici lavori, servizi o forniture*», ai sensi degli artt. 119, comma 1, lett. a), e 120, comma 1, del codice del processo amministrativo. Sul punto, come ulteriormente precisato in memoria conclusionale, l'Autorità sottolinea che l'*in house providing* è un fenomeno antitetico all'evidenza pubblica, che si traduce nell'affidamento di un servizio nell'ambito di una relazione qualificabile come interorganica all'ente pubblico, per il quale non vi è dunque il ricorso alle «*procedure di affidamento*» ad evidenza pubblica, cui invece si riferiscono le disposizioni del codice del processo sopra richiamate e sulla cui base si fonda invece la recente pronuncia dell'Adunanza plenaria che ha ritenuto soggette al “rito appalti” gli atti delle procedure di affidamento di concessioni (sentenza 27 luglio 2016, n. 22).

3. Al medesimo riguardo, l'Autorità ricorda che in un precedente analogo, espressamente disatteso dal giudice di primo grado, questa Sezione ha escluso che i giudizi contro gli atti di affidamento *in house* di contratti pubblici siano soggetti al rito speciale di cui alle disposizioni in esame (sentenza 14 ottobre 2014, n. 5065).

4. Nella memoria conclusionale è stata infine chiesta l'applicazione dell'errore scusabile, ai sensi dell'art. 37 del codice del processo amministrativo.

5. Sotto un distinto profilo (II motivo d'appello, numerato per errore materiale «3») l'Autorità d'ambito censura la sentenza di primo grado nella parte in cui la decorrenza del termine per proporre ricorso è stata individuata nell'ultimo giorno di pubblicazione all'albo pretorio *on line* del Comune di Bagni di Lucca della delibera n. 41 del 22 dicembre 2015, e cioè il 14 gennaio 2016, sostenendo per contro che alla delibera non era allegato lo schema di convenzione per la gestione del servizio nondimeno approvata con tale provvedimento, documento acquisito solo il 2 febbraio 2016, dopo ripetuti solleciti inviati al Comune. Pertanto, posto che la ragione di illegittimità dedotta, consistente nella mancata previsione di un meccanismo contrattuale che assicurasse il subentro della gestione del servizio a

livello di ambito a quella su base comunale, non era conoscibile con la sola pubblicazione della delibera consiliare, il ricorso, notificato in data 13 febbraio 2016 al Comune di Bagni di Lucca, e «*per un disguido*» (così in memoria conclusionale dell'Autorità d'ambito) il 20 febbraio successivo alla controinteressata Bagni di Lucca Servizi s.r.l., sarebbe tempestivo.

5. In ordine a quest'ultimo profilo di censura va dato atto che nelle loro speculari memorie conclusionali l'amministrazione resistente e la propria società *in house* ripropongono un'eccezione già sollevata davanti al tribunale ma non esaminata: le due parti appellate sostengono infatti che la notifica in date diverse sarebbe inesistente e dunque insanabile. L'assunto si fonda sull'art. 41, comma 2, del codice del processo amministrativo, il quale richiede, a pena di decadenza, che il ricorso sia notificato nel termine di legge «*alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati*». Dalla norma così formulata il Comune e la propria società *in house* traggono la conseguenza che il ricorso dovrebbe essere notificato «*mediante unica attività*» e non invece all'amministrazione resistente «*in una data*» e al controinteressato «*in altra e successiva data*» (così nelle memorie conclusionali).

6. Deve essere esaminata con priorità quest'ultima eccezione, per il suo carattere potenzialmente risolutivo con riguardo all'impugnazione dell'Autorità d'ambito nel suo complesso.

L'eccezione in questione è tuttavia infondata.

7. Nessun criterio interpretativo consente di pervenire alla lettura del citato art. 41, comma 2, proposta dal Comune di Bagni di Lucca e dal proprio ente societario *in house*.

La predetta disposizione si limita infatti a richiedere che a pena di inammissibilità il ricorso sia notificato all'amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei soggetti controinteressati nel termine di decadenza previsto di legge, ma giammai prescrive che questi atti, che rimangono giuridicamente distinti anche

se contestuali, siano compiuti lo stesso giorno e nello stesso momento. Non si vede del resto quale sarebbe la ragione di una simile modalità e a quali scopi di ordine sostanziale e/o processuale essa risponderebbe.

8. Con una distinta eccezione il Comune di Bagni di Lucca e la Bagni di Lucca Servizi deducono l'inammissibilità del ricorso di primo grado nel suo complesso, a causa della mancata impugnazione nel termine di legge delle sopra citate delibere nn. 28 del 9 settembre 2015 e 118 del 16 ottobre 2015, rispettivamente del consiglio e della giunta del Comune di Bagni di Lucca, con le quali è stata innanzitutto costituita la società *in house* e sono stati formulati indirizzi in ordine alle modalità di raccolta dei rifiuti (secondo il metodo cd. porta a porta) affidata a quest'ultima.

9. Anche tale eccezione deve essere respinta.

Come infatti controdeduce sul punto l'Autorità d'ambito (nella memoria di replica), pur impugnatte da quest'ultima in occasione del ricorso proposto in via principale contro la delibera del consiglio comunale n. 41 del 22 dicembre 2015, cui ha dato origine il presente giudizio, le delibere prodromiche non sono immediatamente lesive dell'interesse in esso azionato dall'odierna appellante. Al riguardo, si è rilevato in precedenza che l'interesse in questione scaturisce dal fatto che l'affidamento *in house* censurato, disposto solo con la delibera da ultimo richiamata, non prevede un meccanismo contrattuale che ne consenta la cessazione al momento dell'avvio del medesimo servizio a livello di ambito ottimale. Sulla base di ciò deve pertanto ritenersi che né la costituzione dell'ente societario *in house*, né la formulazione di indirizzi circa le forme di raccolta dei rifiuti urbani costituiscono atti immediatamente lesivi di questo interesse.

10. Superate le eccezioni pregiudiziali, devono del pari essere respinti i primi due motivi d'appello dell'Autorità d'ambito diretti a contestare la dichiarazione di irricevibilità del ricorso di primo grado.

La Sezione reputa infatti che anche le impugnazioni di affidamenti *in house* di contratti pubblici di lavori servizi e forniture siano soggetti al “rito appalti” di cui agli artt. 119, comma 1, lett. a), e 120 del codice del processo amministrativo, con il corollario del dimezzamento del termine per proporre il ricorso di primo grado, ai sensi del comma 5 di quest’ultima disposizione.

Non sussistono poi i presupposti per deferire la questione all’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, come invece richiesto dall’appellante, in quanto non risultano contrasti di giurisprudenza sulla questione, anche solo potenziali, ex art. 99, comma 1, cod. proc. amm. (ipotesi di rimessione facoltativa), né tanto meno una pronuncia di segno contrario dell’organo di nomofilachia, ai sensi del comma 3 della medesima disposizione (ipotesi di rimessione obbligatoria).

11. Alla conclusione poc’anzi accennata dell’applicabilità del rito appalti deve giungersi in primo luogo sulla base dell’ampiezza delle formule impiegate dal legislatore: «*procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture*» e «*atti delle procedure di affidamento*», utilizzate nelle disposizioni del codice del processo in esame.

Esse si incentrano sul concetto di «*procedure*», che nella sua latitudine è idonea a racchiudere tutta l’attività della pubblica amministrazione espressiva del suo potere di supremazia, che si manifesta attraverso atti autoritativi e nelle forme tipiche del procedimento amministrativo. Con specifico riguardo alla materia degli affidamenti di contratti di lavori servizi e forniture, il concetto di «*procedure*» è pertanto idoneo ad individuare nel suo complesso la fase che precede la stipula del contratto, allorché, invece, l’amministrazione dismette i propri poteri autoritativi per assumere la qualità di parte di un negozio giuridico bilaterale di diritto privato, fonte di un rapporto di natura paritetica con l’appaltatore o il concessionario.

12. Sulla base di tale ricostruzione - ripetutamente affermata ai fini del riparto di giurisdizione in materia di contratti pubblici tra giudice amministrativo e giudice ordinario (*ex multis*: Cass., Sez. Un., ord. 10 aprile 2017, n. 9149, 18 novembre 2016,

n. 23468; sent. 3 novembre 2016, n. 22233) – anche l'affidamento diretto di contratti di lavori, servizi e forniture ad un ente *in house* deve ritenersi riconducibile al concetto di «*procedure*» utilizzato dai più volte citati artt. 119, comma 1, lett. a), e 120, comma 1, del codice del processo amministrativo. Infatti, quand'anche estrinsecatosi *uno actu*, l'affidamento in questione è sempre espressione della presupposta potestà autoritativa della pubblica amministrazione, manifestatasi nelle forme del procedimento amministrativo cui quest'ultima è soggetta in via generale nell'esercizio dei suoi poteri, ancorché in tesi con modalità estremamente semplificate.

13. Prova di ciò si trae del resto dalla pacifica assoggettabilità al rito disciplinato dagli artt. 120 e ss. del codice del processo amministrativo degli affidamenti diretti di contratti di lavori, servizi e forniture sulla base delle soglie dimensionali di legge (e cioè fino a quarantamila euro, ai sensi dell'art. 125, commi 8 e 11 del previgente codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163).

La tesi contraria introdurrebbe invece una distinzione incentrata non già sul profilo di ordine qualitativo legato al settore di attività della pubblica amministrazione - affidamento di contratti di lavori, servizi e forniture -, ma sulle concrete modalità con cui quest'ultima è addivenuta a tale affidamento, con il rischio di rendere non agevole il discrimine tra rito ordinario e rito speciale.

14. In secondo luogo, oltre all'argomento di ordine letterale finora svolto, e sulla base di esso, deve ritenersi che anche sul piano dell'interpretazione logica (avuto cioè riguardo all'«*intenzionedel legislatore*») gli affidamenti *in house* siano soggetti al rito «appalti».

Depone in questo senso la comunanza ai contratti così stipulati delle esigenze sottese a questo speciale procedimento giurisdizionale, e cioè la spiccata celerità e la pienezza di tutela assicurata dai provvedimenti adottabili ai sensi degli artt. 120 – 124 del codice del processo amministrativo. Tra questi vi è in particolare la

possibilità per il giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato sulla base del provvedimento autoritativo di affidamento e dunque di incidere sul rapporto negoziale già instaurato "a valle" di quest'ultimo. Da questa ampiezza di poteri e dalle conseguenti ricadute su assetti contrattuali già instauratisi si coglie pertanto la necessità sul piano logico e di complessiva coerenza normativa di assoggettare anche gli affidamenti *in house* al rito concernente in generale i contratti di lavori, servizi e forniture. In caso contrario, rimarrebbero immuni dal rischio di declaratoria giurisdizionale di inefficacia proprio gli affidamenti connotati *maxime* dalla violazione del principio generale, di matrice anche europea, dell'evidenza pubblica.

15. Alla luce di quest'ultima notazione possono essere confutati tutti gli argomenti svolti dall'Autorità d'ambito incentrati sul carattere antitetico dell'*in house providing* rispetto all'attività contrattuale dei pubblici poteri manifestatasi attraverso i moduli dell'evidenza pubblica.

Più precisamente, non si ha motivo di contestare quanto affermato dall'appellante, ma è proprio sulla base di ciò e sulla correlata esigenza di reazione dell'ordinamento alle violazioni più conclamate dei principi generali in materia che si giustifica l'assoggettamento alle speciali forme processuali previste dai più volte citati artt. 120 – 124. Detto in estrema sintesi, laddove vi è stata violazione dell'evidenza pubblica - o meglio laddove si suppone essersi consumata tale violazione - non può che applicarsi il giudizio previsto per questo settore di attività dell'amministrazione, come pacificamente si ritiene nel caso, meno grave, di scorretto utilizzo dei modelli dell'evidenza pubblica medesima.

Per le medesime ragioni, anche nel caso di cui non si contesti l'*an* dell'affidamento di diretto, ma le relative modalità, come nel caso di specie (e dunque il *quomodo*), il rito applicabile è sempre quello individuato sulla base del settore di attività della pubblica amministrazione.

Del resto, tanto nel ricorso quanto nei motivi aggiunti di primo grado l'Autorità d'ambito ha chiesto che la convenzione tra il Comune di Bagni di Lucca e la sua società *in house* fosse dichiarata inefficace, richiamando a tal fine proprio gli artt. 121, 122 e 123 del codice del processo amministrativo.

16. In senso contrario rispetto a quanto finora affermato non è pertinente il richiamo che l'Autorità d'ambito fa alla sentenza di questa Sezione del 14 ottobre 2014, n. 5065.

In realtà, in questo precedente, poi superato dalla parimenti citata sentenza dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato del 27 luglio 2016, n. 22, si è affermato che il rito in materia di contratti pubblici e il conseguente dimezzamento del termine per proporre il ricorso di primo grado non si applica alle concessioni di servizi, mentre nel caso di specie si verte sulla diversa questione dell'estensibilità del medesimo rito agli affidamenti *in house*.

17. Non sono nemmeno ravvisabili i presupposti dell'errore scusabile ai sensi dell'art. 37 del codice del processo amministrativo.

18. Come dedotto e documentato sin dal ricorso di primo grado, l'Autorità d'ambito ha infatti ripetutamente sollecitato il Comune di Bagni di Lucca a mettere a disposizione tutta la documentazione inerente all'affidamento di quest'ultima alla propria società *in house* ed allegata alla delibera consiliare n. 41 del 22 dicembre 2015, una volta visionata sull'albo *on line* del Comune (in particolare agli atti vi sono i solleciti scritti del 5 e 16 gennaio 2016) ed ha quindi notificato il ricorso alla medesima amministrazione e alla Regione Toscana il 13 febbraio 2016.

Questo giorno risulta in particolare essere il trentesimo – e dunque l'ultimo utile – rispetto alla decorrenza del termine, e cioè, come rilevato dal Tribunale amministrativo, dal 14 gennaio 2016, ultimo giorno in cui la delibera in questione è stata pubblicata all'albo comunale ex art. 124 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

Per contro, è la stessa Autorità d'ambito a riferire nella propria memoria conclusionale che la notifica alla Bagni di Lucca Servizi in epoca successiva, e precisamente il 20 febbraio, è avvenuta «*per un disguido*».

19. Sulla base di questa ammissione è innanzitutto evidente come non possa riconoscersi una situazione qualificabile come «*grav(e) impediment(o) di fatto*».

Tanto meno può inoltre essere ravvisata una situazione di «*incertezza su questioni di diritto*». Infatti, dal comportamento complessivamente tenuto dall'Autorità, sopra descritto, si evince che la stessa era consapevole che il termine per ricorrere sarebbe scaduto al 30 giorno dall'ultimo in cui la delibera consiliare impugnata è stata pubblicata, avendo rispettato quest'ultimo per il Comune resistente e la Regione Toscana.

20. Come accennato in precedenza, con il secondo motivo d'appello l'Autorità d'ambito contesta che la decorrenza del termine possa essere individuata nell'ultimo giorno di pubblicazione della medesima delibera, a causa della mancata allegazione ad esso dello schema di convenzione con la società *in house* Bagni di Lucca Servizi, dalla quale era possibile evincere l'esistenza di meccanismi contrattuali in grado di assicurare il subentro ad esso della gestione del medesimo servizio a livello di ambito. Sul punto l'appellante reputa che la decorrenza del termine in questione possa essere individuata nel momento in cui la convenzione è stata esibita dal Comune di Bagni di Lucca, in riscontro ai numerosi solleciti, e cioè, nel caso di specie, il 2 febbraio 2016.

21. Anche questo motivo non può essere accolto.

Secondo la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (*ex plurimis*: Cons. Stato, III, 19 settembre 2011 n. 5268; IV, 13 aprile 2016, n. 1459, 29 ottobre 2015 n. 4945, 28 maggio 2012, n. 3159; V, 30 novembre 2015, n. 5398, 20 novembre 2015, n. 5292, 23 settembre 2015, n. 4443, 7 agosto 2015, n. 3881, 16 febbraio 2015, n. 777; VI, 19 febbraio 2016, n. 674), il termine per ricorrere in sede giurisdizionale

decorre dalla consapevolezza dell'esistenza del provvedimento e della sua potenziale lesività, mentre l'esistenza di ulteriori vizi o la compiuta conoscenza dei vizi inizialmente riscontrati, acquisita attraverso la conoscenza "integrale" del provvedimento medesimo o ulteriori atti del procedimento, consente di proporre motivi aggiunti nell'ambito dell'impugnazione già proposta.

L'indirizzo giurisprudenziale in questione riposa sull'esigenza di certezza dell'azione amministrativa, rispetto alla quale il termine decadenziale per proporre ricorso è consustanziale, e che è tale da non ammettere dilazioni legate all'eventuale incompletezza della cognizione sugli atti del procedimento e/o sul contenuto integrale del provvedimento impugnato.

22. Applicate queste coordinate al caso di specie, al momento della pubblicazione della delibera n. 41 del 22 dicembre 2015 l'Autorità odierna appellante doveva ritenersi già a conoscenza di un affidamento potenzialmente lesivo dei propri interessi.

Più precisamente detta consapevolezza era ricavabile dall'assenza di previsioni nella delibera consiliare di strumenti giuridici in grado di assicurare una durata del servizio di igiene urbana *in house* non eccedente il futuro subentro di quello a livello di ambito territoriale ottimale. Pertanto, al momento della pubblicazione della delibera, senza ulteriori elementi di conoscenza che deponessero in contrario, l'Autorità d'ambito era già in grado di dedurre i vizi di legittimità poi effettivamente formulati nella propria impugnazione.

23. A conferma di tutto quanto sopra rilevato deve sottolinearsi che il ricorso al Tribunale amministrativo della Toscana contiene due articolati motivi di impugnazione della delibera consiliare n. 41 del 22 dicembre 2015, per contrasto con le disposizioni del c.d. codice dell'ambiente (decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152) relative al servizio di igiene urbana (artt. 198 – 204) e della legislazione regionale

toscana in materia. I motivi aggiunti successivamente proposti non hanno invece comportato alcun ampliamento della *causa petendi*.

24. Si può quindi passare ad esaminare il terzo motivo d'appello (numerato per errore «4»), con cui l'Autorità d'ambito censura la dichiarazione di irricevibilità del ricorso sotto un ulteriore profilo, diretto a sostenere che la notifica di questa impugnazione alla Bagni di Lucca Servizi non era necessaria, perché quest'ultima non assumerebbe nella presente vicenda contenziosa la qualità di controinteressato. Il motivo si impernia sulla premessa che nell'*in house providing* non esiste alcuna alterità soggettiva e divergenza di interessi tra autorità amministrativa che affida il servizio e ente societario interamente partecipato cui quest'ultimo è affidato in via diretta dalla prima. L'appellante sottolinea che questa caratteristica, in base alla quale il rapporto tra i due soggetti è qualificabile come interorganico, è l'essenza dell'istituto, così come elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

25. Il motivo è infondato.

Pur muovendo ancora una volta da un'esatta ricostruzione dell'istituto dell'*in house providing*, l'Autorità d'ambito trae da essa conseguenze errate.

E' certo infatti che il fondamento giustificativo della deroga all'obbligo dell'evidenza pubblica che l'affidamento *in house* comporta consiste proprio nelle peculiari caratteristiche del "controllo analogo" esercitato dall'amministrazione sulla società partecipata. Infatti, come ampiamente noto, questo controllo deve consentire all'azionista pubblico di svolgere un'influenza dominante su quest'ultima, se del caso attraverso strumenti derogatori rispetto agli ordinari meccanismi di funzionamento delle società di capitali, così da rendere il legame partecipativo assimilabile ad una relazione interorganica.

26. Sennonché le caratteristiche di questa relazione ora sintetizzate non eliminano l'alterità soggettiva dell'ente societario rispetto all'amministrazione pubblica,

riscontrabile sul piano giuridico-formale. Come qualsiasi soggetto di diritto, quindi, anche la società *in house* costituisce un centro di imputazione di rapporti giuridici ed è dunque titolare di diritti e posizioni soggettive in generale.

La natura di ente *in house* deriva invece da una visione sostanziale del fenomeno tipico dell'approccio funzionale seguito in sede europea, nell'ambito del quale gli istituti giuridici elaborati a livello sovranazionale sono applicati sulla base della reale essenza della fattispecie concreta, a prescindere dalle qualificazioni formali vigenti negli ordinamenti dei singoli Paesi membri.

27. Pertanto, in ragione di quanto rilevato la titolarità da parte del Comune di Bagni di Lucca di poteri di controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi nei confronti della Bagni di Lucca Servizi, in virtù dei quali quest'ultima è qualificabile come società *in house*, non elide la soggettività giuridica derivante dalla costituzione nelle forme di legge di tale società e dunque la sua idoneità ad assumere la veste di controinteressato rispetto all'impugnazione della delibera con cui essa ha avuto in affidamento il servizio di igiene urbana per conto del Comune controllante. Sotto questo profilo la qualità di controinteressato è in altri termini indiscutibile.

28. Del resto, l'infondatezza del motivo d'appello in esame si può ricavare anche dallo stesso comportamento tenuto dall'Autorità d'ambito in sede di proposizione del ricorso di primo grado, e consistito nella notifica, sia pure tardiva, di tale impugnazione anche nei confronti della società.

Solo nel presente grado di giudizio, in palese violazione del divieto di *venire contra factum proprium*, viene invece negata la necessità di tale adempimento processuale.

29. In ragione di tutto quanto rilevato sopra si può prescindere dall'esame dell'ultimo motivo d'appello, diretto a contestare la dichiarazione di inammissibilità della domanda di inefficacia della convenzione stipulata dalle due parti resistenti in esecuzione della delibera n. 41 del 22 dicembre 2015. Infatti, una volta consolidatasi la dichiarazione di irricevibilità del ricorso e della domanda di annullamento con essa

formulata non residua alcun interesse rispetto alla consequenziale domanda diretta alla privazione di efficacia del contratto.

30. Da ultimo, si rileva che all'udienza di discussione del 27 aprile 2017 il difensore dell'Autorità d'ambito ha chiesto che le questioni di merito dedotte con la propria impugnazione siano comunque esaminate a prescindere dalla fondatezza della dichiarazione di irricevibilità del ricorso.

31. Una simile richiesta non può tuttavia essere accolta.

Il giudice è tenuto infatti a decidere «*gradatamente le questioni pregiudiziali*» (art. 276, comma 2, cod. proc. civ. richiamato dall'art. 76, comma 4, cod. proc. amm.). Per effetto di tale obbligo, una volta decisa una di queste questione in modo da definire l'intera controversia, non occorre decidere il merito della stessa. Quest'ultima statuizione non sarebbe idonea a divenire giudicato in senso sostanziale tra le parti, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2909 cod. civ.; la stessa avvicinerrebbe inoltre la funzione giurisdizionale, di risoluzione delle controversie tra soggetti e di accertamento del diritto applicabile nel caso concreto, a quella di consulenza.

32. In conclusione, l'appello deve essere respinto, ma la complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese del presente grado di giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese tra tutte le parti in causa.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Daniele Ravenna, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO