

Publicato il 12/12/2023

N. 10734/2023REG.PROV.COLL.  
N. 03166/2023 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 Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3166 del 2023, proposto dall'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (ARERA), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, n. 12,

*contro*

la Società Montello s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Clarizia, Mario Pagliarulo e Andrea Bonanni, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Principessa Clotilde, n.2,

*nei confronti*

della Regione Emilia Romagna, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Caia, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia,

della Società Iren Ambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giancarlo Cantelli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia,

dell'Agencia territoriale dell'Emilia Romagna per i Servizi idrici e rifiuti (ATERSIR) in persona del legale rappresentante *pro tempore* e delle Società Herambiente s.p.a., Maserati Energia s.r.l., La Città Verde società cooperativa sociale a r.l., Salerno Pietro s.r.l., Biorg s.r.l., Sogliano Ambiente s.p.a., Clara s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite in giudizio,

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sezione Prima, 6 marzo 2023, n. 557, resa tra le parti, avente ad oggetto «Metodo tariffario rifiuti (MTR-2) per il secondo periodo regolatorio 2022-2025».

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Società Montello s.p.a. e Iren Ambiente s.p.a. e della Regione Emilia Romagna;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2023, il Cons. Antonella Manzione e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Luigi Simeoli, l'avvocato Massimo Calcagnile, su delega dell'avvocato Giuseppe Caia, l'avvocato Francesca Giuffrè, su delega dell'avvocato Giancarlo Cantelli e gli avvocati Paolo Clarizia, Mario Pagliarulo e Andrea Bonanni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Società Montello s.p.a. (d'ora in avanti solo la Società) è un'impresa attiva da oltre 25 anni nel settore del recupero e del riciclo dei rifiuti, nello specifico ambito del trattamento di quelli organici (FORSU) provenienti dalla raccolta differenziata, con sede in Montello (BG), ove riferisce di trattarne circa 750.000 tonnellate all'anno ricavandone biogas utilizzato per produrre biometano, con recupero di anidride carbonica (CO<sub>2</sub>) per uso industriale e un fertilizzante organico di elevata qualità.

1.1. Ha impugnato innanzi al T.a.r. per la Lombardia (ricorso n.r.g. 1568/2022) la deliberazione dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA o l'Autorità) del 3 agosto 2021, n. 363/2021/R/Rif, comprensiva del suo Allegato A, avente ad oggetto il «*Metodo Tariffario Rifiuti per il secondo periodo regolatorio 2022-2025 (MTR-2)*», la delibera di Giunta della Regione Emilia-Romagna n. 2032 del 29 novembre 2021, di individuazione dei c.d. impianti “minimi” in relazione alle discariche e ai termovalorizzatori, e la n. 801 del 23 maggio 2022, riferita agli impianti di compostaggio e digestione anaerobica, nonché le note (comunicazione del 31 marzo 2022, nota del 7 aprile 2022, del 12 maggio 2022 e del 18 maggio 2022) con le quali l'Agenzia territoriale incaricata allo scopo (ATERSIR) ha indicato agli operatori inclusi nell'elenco, e segnatamente alle Società richiamate in epigrafe, le destinazioni ipotizzate per le annualità 2022-2023 per i rispettivi bacini di gestione e i flussi di rifiuti assegnati.

2. La Società ha contestato la carenza di potere di ARERA in base all'art. 1, comma 527, della l. n. 205 del 2017, che ne ha individuato le competenze in materia di rifiuti, in combinato disposto con la disciplina comunitaria (art. 16 della direttiva 98/2008/CE, modificata dalla direttiva 851/2018/UE), con le disposizioni di cui agli artt. 181 e 182-*bis* del d.lgs. n. 152 del 2006, nonché, da ultimo, con i principi sull'evidenza pubblica di cui al d.lgs. n. 50 del 2016.

3. Nel procedimento di primo grado è intervenuta *ad opponendum* la Società Iren Ambiente s.p.a., come sopra chiarito individuata quale impianto “minimo” nella delibera regionale n. 801 del 2022.

4. Il T.a.r. per la Lombardia, nella resistenza dell'ARERA e della Regione Emilia Romagna, con la sentenza n. 557 del 2023, effettuata una ricostruzione della cornice normativa di riferimento, ha accolto il ricorso introduttivo, evidenziando come la disciplina contenuta nella delibera n. 363 del 2021 sottragga indebitamente la materia trattata «[...] *all'ambito concorrenziale del mercato del trattamento e smaltimento dei rifiuti, venendo assoggettati alla pianificazione regionale dei flussi di rifiuti conferiti e a una conseguente fissazione delle tariffe di accesso*

(*cf. segnalazione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 22 dicembre 2022, pubblicata sul Bollettino dell’Autorità medesima n. 2 del 9 gennaio 2023*)). La delibera n. 363 del 2021, inoltre, avrebbe travalicato il perimetro delle competenze che l’art. 1, comma 527, della legge n. 205 del 2017 ha attribuito ad ARERA, nel contempo invadendo ambiti riservati allo Stato o alle Regioni. In particolare, il legislatore ha previsto (art. 195, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 152 del 2006, Codice dell’ambiente) un sistema programmatico che a livello statale -e quindi con un angolo prospettico nazionale ed unitario- può porre mano alle esigenze impiantistiche del Paese «secondo finalità di riequilibrio socio-economico fra le aree del territorio nazionale», sentita la Conferenza unificata di cui all’art. 8 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281. Esso deve essere adottato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, da inserire nel Documento di programmazione economico-finanziaria, con indicazione degli stanziamenti necessari per la loro realizzazione. L’art. 196 a sua volta attribuisce alle Regioni la predisposizione, l’adozione e l’aggiornamento, sentiti le province, i comuni e le Autorità d’ambito, dei piani regionali di gestione dei rifiuti, di cui all’articolo 199 del medesimo Codice (lett. a). Da ultimo, l’assetto delle competenze è stato inciso in maniera chiarificatrice dall’art. 198-*bis*, inserito nel d.lgs. n. 152 del 2006 dal decreto legislativo 3 settembre 2020, n. 116, recante «Attuazione della direttiva (UE) 2018/851 che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti e attuazione della direttiva (UE) 2018/852 che modifica la direttiva 1994/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio»: il Programma nazionale per la gestione dei rifiuti ivi previsto, la cui approvazione, d’intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, deve avvenire con decreto del Ministro dell’ambiente, della tutela del territorio e del mare, costituirebbe ormai la *sedes materiae* istituzionale per la declinazione delle definizioni che l’Autorità ha inteso inopinatamente anticipare nella propria delibera. Ciò troverebbe peraltro conferma nello sviluppo delle consultazioni

prodromiche all'adozione della delibera stessa: mentre nel primo documento per la consultazione, n.196/2021/R/RIF, ancora si auspicava un intervento risolutivo del Governo, proprio attraverso il Programma nazionale, per affrontare le criticità rivenienti dalla situazione deficitaria sotto il profilo impiantistico di alcune zone del Paese, nel successivo, n. 282/2021/R/RI, F, si annunciava l'indicazione alle Regioni di individuare i c.d. "impianti minimi", per il caso «[...] *in cui le tempistiche di adozione di tale intervento [approvazione del Programma] non si rivelino compatibili con quelle richieste per il varo degli atti necessari alle determinazioni tariffarie per il secondo periodo regolatorio [...]*».

4.1. In sintesi, ad avviso del Tribunale adito, la delibera di ARERA avrebbe:

- invaso l'ambito di competenza che il legislatore statale ha assegnato allo Stato ed in particolare al Ministero, individuato dall'art. 198-bis del d.lgs. n. 152/2006 in relazione ai contenuti del Programma nazionale per la gestione dei rifiuti;
- attribuito, di fatto, alle Regioni poteri che il legislatore statale non ha loro, *recta via*, assegnato traslando quanto dovrebbe essere definito in sede nazionale in un ambito locale, nuovamente in piena violazione delle competenze dello Stato (combinato disposto degli artt. 195 e 196 del Codice dell'ambiente), così da allontanarsi dall'obiettivo del riequilibrio socio-economico fra aree del territorio nazionale;
- sovvertito la logica tipica degli atti programmatori in materia ambientale, e, in generale, nei contesti in cui concorrono competenze "multilivello", stante che sempre ai sensi dell'art. 198-bis, comma 2, il Programma nazionale fissa i macro-obiettivi, definisce i criteri e le linee strategiche e sulla base di essi le Regioni e le Province autonome elaborano i Piani regionali di gestione dei rifiuti di cui all'articolo 199, così trasformando questi ultimi in atto programmatico di prima istanza.

5. Avverso tale sentenza ha proposto appello l'ARERA articolando due distinti motivi di gravame.

6. Con il primo motivo ha contestato la ricostruzione del quadro delle competenze operata dal T.a.r., sia in assoluto - ovvero avuto riguardo alla corretta lettura da dare all'articolo 1, comma 527, della l. n. 205 del 2017, con riferimento all'esatta estensione ed accezione da attribuire al proprio potere regolatorio - sia in relazione alle competenze delle altre Amministrazioni, e segnatamente dello Stato e delle Regioni, di cui al complesso normativo costituito dagli artt. 195, 196, 198-*bis* e 199 del d.lgs. n. 152 del 2006. La categorizzazione dei c.d. "impianti minimi" non costituirebbe affatto un indebito esercizio di potere normativo o programmatico, ma la mera modulazione di quello tariffario, da intendere necessariamente in senso pro-concorrenziale, come consentito dalle finalità dello stesso elencate nella legge del 2017. In particolare la lettera g) del comma 527 dell'art. 1 della legge n. 205 consente espressamente di introdurre le c.d. "tariffe al cancello" per tutti gli impianti di trattamento dei rifiuti. La scelta di circoscrivere l'applicazione delle stesse solo a taluni impianti, individuati come "minimi", oltre che riduttiva rispetto alle potenzialità ammesse dalla norma, risponderebbe ad un obiettivo di tutela dei clienti finali, ovvero i cittadini, evitando loro aggravii tributari, e sarebbe pertanto in linea con quanto ricavabile dalla legge istitutiva dell'Autorità, n. 481/1995, comunque richiamata da quella del 2017. L'Autorità infatti avrebbe avuto la possibilità di tariffare tutti gli impianti di trattamento indistintamente, intendendosi per tali quelli riconducibili alla relativa definizione contenuta nell'art. 183, comma 1, lett. s), d.lgs. n. 152 del 2006, ovvero gli impianti di «*recupero o smaltimento, inclusa la preparazione prima del recupero o dello smaltimento*». D'altro canto, non era possibile non tenere conto della situazione di deficit impiantistico che connota alcuni territori del Paese, di cui si è anche dato atto nel primo documento di consultazione (n. 196/2021/R/rif, in particolare paragrafi 4.1 e 4.2). La situazione di «[...] *eccessivo potere di mercato in capo ai pochi impianti esistenti, con un possibile incremento dei costi di complessiva gestione dei rifiuti urbani e maggiore spesa per i cittadini*» che ne è conseguita, ha imposto la scelta effettuata, peraltro preannunciata nel secondo

documento di consultazione (n. 282/2021/R/rif). In presenza di una gestione “non integrata” l’attività di regolazione presuppone necessariamente la valutazione del livello di efficacia dell’eventuale esistenza di pressione competitiva che contribuisce alla promozione di efficienza allocativa. Il tutto assumendo quale parametro di valutazione la presenza di flussi garantiti in ingresso, sulla base di quanto previsto in atti di programmazione o di affidamento e la possibilità di incidere significativamente sulla formazione dei prezzi tenuto conto delle caratteristiche dell’operatore che gestisce e delle limitazioni strutturali alla capacità di trattamento dell’impianto. In sintesi, il T.a.r., ritenendo ARERA non legittimata a introdurre concetti strumentali all’attività di tariffazione, avrebbe confuso la regolazione con la programmazione, rimessa interamente, nel rispetto del riparto delle competenze, alle Regioni, cui è infatti demandata l’individuazione in concreto degli impianti “minimi” (v. art. 6, comma 1, in forza del quale *«L’individuazione degli impianti di chiusura del ciclo “minimi” di cui al comma 3.2 avviene, di norma, nell’ambito delle attività di programmazione settoriale previste dalla normativa vigente, e comunque in tempo utile per la determinazione di entrate tariffarie, corrispettivi e tariffe d’accesso secondo quanto previsto dal presente provvedimento»*). Infine, la correttezza della tesi proposta avrebbe trovato recente conferma nella sentenza del T.a.r. per l’Emilia-Romagna, 16 gennaio 2023, n. 17, laddove si afferma che *«[...] nell’allegato A della delibera ARERA è previsto, riguardo agli impianti in questione di chiusura del ciclo “minimi”, esclusivamente “...una regolazione dei costi riconosciuti e delle tariffe che prevede delle incentivazioni coerenti con la menzionata gerarchia per la gestione dei rifiuti, secondo quanto disposto dall’Articolo 23...”*». Quanto agli effetti del sopravvenuto Programma nazionale, la presenza al suo interno di una disciplina *«identica nella sostanza alle disposizioni di cui alla delibera n. 363/2021»* non può che essere intesa come un sostanziale recepimento del MTR-2 nello strumento pianificatorio sopravvenuto, con conseguente novazione della fonte delle regole sugli impianti “minimi”, tale da fare comunque venire meno il contrasto di competenze affermato dal primo giudice. Non può infatti

essere condivisa la sua dequotazione a mero riferimento “storico”, come opinato dal T.a.r., in quanto ciò significherebbe da parte del Ministero avallare un’invasione di competenze rinunciando all’esercizio delle proprie prerogative in merito. D’altro canto, che il Ministero abbia ben chiara l’attività effettuata da ARERA e la condivida troverebbe conferma nel percorso che ha portato all’approvazione del Programma, come riferito nel preambolo dello stesso, ove se ne ricorda l’avvenuta stesura all’esito dei lavori di un tavolo tecnico cui ha partecipato anche l’Autorità di Regolazione per Energia reti e ambiente.

6.1. Con un secondo motivo di censura, l’Autorità ha lamentato una lettura strumentale e distorta dei documenti di consultazione. L’auspicio, contenuto nel capitolo 3 di quello contrassegnato dal n. 196/2021/R, a che il futuro Programma nazionale si assumesse l’onere di ridefinire il fabbisogno impiantistico, infatti, andava letto come mera sottolineatura di un dato di fatto, pur nella evidenziata diversa funzione dell’attività programmatica di competenza statale (superare il deficit, appunto) rispetto a quella regolatoria (attivarsi, alla luce del deficit attuale, per ridurre le conseguenze negative sugli utenti, destinatari finali dei maggiori costi determinati dalla presenza di un mercato con rigidità strutturali). Ciò troverebbe un avallo perfino nella sistematica del documento, che inserisce ridetto auspicio nella parte relativa alla descrizione del contesto (capitolo III), mentre illustra gli orientamenti in tema di “impianti minimi” nel successivo capitolo IV, contenente le opzioni per la regolazione degli impianti di trattamento. Il coinvolgimento delle Regioni, infine, nel rispetto delle previsioni di cui al combinato disposto degli artt.196 e 199 del d.lgs. n. 152 del 2006, è stato in qualche modo ribadito nel paragrafo 9.6 del Programma nazionale, ove si evidenzia come l’analisi dei flussi costituisca un’attività necessaria per l’elaborazione dei Piani regionali, al fine di tracciare i rifiuti e colmare i gap impiantistici. Tali attività sono *«funzionali e sinergiche alla ricognizione e alla classificazione degli impianti di trattamento»* effettuata ai sensi della deliberazione 363/2021/R/rif, che si è dunque preoccupata di coordinare il proprio contenuto tariffario con le competenze

programmatorie di Stato e Regioni, senza che le relative attribuzioni venissero modificate, sovvertite, né tanto meno invase.

7. Si sono costituiti in giudizio la società Montello s.p.a., la Regione Emilia Romagna e la Società Iren Ambiente s.p.a., queste ultime *ad adiuvandum*.

8. Con memoria in data 3 maggio 2023, la Società ha riproposto le censure non esaminate in primo grado, in quanto assorbite nel motivo accolto. In particolare ha rilevato come il modello regolatorio introdotta da ARERA, nella misura in cui pretende di applicarsi anche agli impianti di trattamento della FORSU, contraddirebbe i basilari principi e norme in tema di economia circolare, libera circolazione e massima concorrenza dei rifiuti. Sarebbe inoltre errata l'assimilazione dell'attività di smaltimento, assoggettata a privativa comunale (cfr. art. 198, del d.lgs. n. 152/2006, nonché, in precedenza, art. 21, commi 1 e 7, del d.lgs. n. 22/1997), stante che anche a livello comunitario, alla stregua dell'art. 23 della direttiva 98/2008/CE, gli Stati membri impongono a qualsiasi ente o impresa che intende effettuare il "trattamento" dei rifiuti solo di ottenere "l'autorizzazione" dall'autorità competente, fatta salva la possibilità, per i medesimi stati membri, di dispensare da tale obbligo gli enti o le imprese che svolgono, fra l'altro, proprio l'attività di recupero dei rifiuti (art. 24). Pertanto la disciplina – italiana ed UE - non reca la previsione di una privativa per quanto concerne l'esercizio delle attività di recupero, essendo piuttosto preordinata a garantire che la medesima venga svolta nel rispetto degli interessi pubblici coinvolti. Il d.lgs. n. 152 del 2006 a sua volta richiama il rispetto del principio di concorrenza nella gestione dei rifiuti (art. 178); nonché quello di libera circolazione sul territorio nazionale delle frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata destinati al riciclaggio ed al recupero (art. 181, comma 5). Anche nell'ambito della gestione integrata, la componente di attività legata al recupero di rifiuti differenziati (*in primis*, la FORSU) deve essere affidata al mercato all'esito di procedure ad evidenza pubblica e non esercitata in proprio dal gestore unico. L'inaammissibilità di dinamiche distorsive della concorrenza è stata più volte confermata

dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), a partire dagli esiti dell’indagine conoscitiva “IC49” del 2016, ove si auspica *«che il ricorso alla gestione integrata da parte degli Enti Locali avvenga solo laddove essa sia indispensabile per porre rimedio ad un fallimento del mercato, ovvero laddove il mercato da solo non sia in grado di fornire la capacità di trattamento, smaltimento in discarica e recupero energetico della frazione indifferenziata necessaria a soddisfare la domanda e il mancato intervento regolatorio conduca ad un deficit impiantistico tale da mettere in discussione l’autosufficienza dell’area territoriale interessata»*. Ad analoghe conclusioni è giunta l’A.N.AC., la quale ha sottolineato a sua volta che *«il criterio di limitazione territoriale secondo il principio di prossimità e la conseguente definizione della disciplina applicabile dipend[e] dalla tipologia dei rifiuti trattati, con possibilità di riconoscere la vigenza dei seguenti principi: autosufficienza locale nello smaltimento dei rifiuti urbani, differenziati e indifferenziati; autosufficienza locale nel recupero dei rifiuti urbani indifferenziati; libera circolazione sul territorio per i rifiuti urbani differenziati destinati al recupero»* (v. delibera A.N.AC. n. 449 del 9 giugno 2021, doc. 4).

9. La Società Iren Ambiente s.p.a. ha rivendicato la correttezza dell’individuazione degli impianti “minimi” in quanto effettuata in coerenza con le indicazioni di ARERA, “censendo” quelli in esercizio indispensabili per la chiusura del ciclo dei rifiuti, come da definizione di cui all’art. 1.1. dell’Allegato A alla delibera n. 363/2021, sussistendo le condizioni indicate dall’art. 21.2. Essa è peraltro avvenuta, come previsto dall’art. 21.3 (che richiama il contenuto dell’art. 6.2 della delibera), *«nell’ambito delle attività di programmazione settoriale previste dalla normativa vigente, e comunque in tempo utile per la determinazione di entrate tariffarie, corrispettivi e tariffe d’accesso secondo quanto previsto dal presente provvedimento»*.

10. La Regione Emilia Romagna ha censurato la ricostruzione dell’estensione dei poteri dell’Autorità basata sul mero dato letterale riveniente dalla formulazione dell’art. 1, comma 527, della l. n. 205 del 2017, che di fatto decontestualizza l’elenco delle attività dalla loro finalizzazione e comunque non tiene conto che solo tre delle dodici lettere nelle quali si articola la

disposizione (lett. f), lett. g) e lett. h) riguardano profili tariffari, mentre le restanti attengono a compiti di più ampio carattere regolatorio, direttivo e di formulazione di criteri generali e proposte. Ciò avrebbe trovato recente riscontro nei principi affermati dal giudice delle leggi (Corte cost. 2 febbraio 2023, n. 11) in forza dei quali le scelte di regolazione operate anche dalle Autorità indipendenti devono attuare logiche di ripartizione dei benefici rispondenti *«alla consapevolezza della complessità della tutela dell'ambiente, che peraltro oggi trova specifica valorizzazione, anche nell'interesse delle future generazioni, nel novellato art. 9, terzo comma, Costituzione»* e non limitate alle singole considerazioni in relazione alle esigenze del libero mercato. Da qui la necessità di una lettura costituzionalmente orientata e non inutilmente riduttiva delle disposizioni in esame.

11. Con memoria in data 6 maggio 2023 ARERA ha eccepito la inammissibilità della riproposizione dei motivi di doglianza di cui al primo grado di giudizio riproposti dalla Società Montello. Ciò in quanto essi sarebbero stati mutuati letteralmente dal gravame originario, senza darsi neppure cura di distinguere quanto già scrutinato dal primo giudice e quanto rimesso alla valutazione di quello d'appello.

12. Alla camera di consiglio del 9 maggio 2023 le parti hanno concordemente chiesto di rinviare al merito la controversia.

13. Sono seguite ulteriori memorie, anche in replica, di tutte le parti.

14. In data 16 ottobre 2023 l'Autorità ha versato in atti la deliberazione del 3 agosto 2023 n. 389/2023/R/RIF, sopravvenuta a sentenza della Sezione (n. 7196 del 2023) e correlata alla necessità di adeguamento ai principi nella stessa sanciti. Ciò allo scopo di enfatizzare la precisazione ivi contenuta (v. il preambolo) di non avere inteso svolgere *«alcuna delle funzioni di programmazione che la legge affida ai diversi livelli istituzionali (e, in particolare, alle regioni), demandando al competente livello territoriale la decisione in ordine all'individuazione (o meno) degli impianti "minimi" da assoggettare alla regolazione»*, malgrado il diverso avviso espresso dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia. Quanto al

rapporto con il decreto ministeriale 24 giugno 2022, n. 257, il Programma nazionale di gestione dei rifiuti (PNGR), che con lo stesso è stato approvato, avrebbe individuato la tassonomia fissata da ARERA quale strumento con il quale stabilire i macro-obiettivi, i criteri e le linee strategiche cui le regioni e le province autonome devono attenersi nell'elaborazione dei piani regionali di gestione dei rifiuti. Il PNGR ha evidenziato anche che *«le attività necessarie per l'elaborazione dei Piani regionali, in particolare l'analisi dei flussi, a supporto della pianificazione per tracciare i rifiuti e colmare i gap impiantistici, (...) sono azioni altresì funzionali e sinergiche alla ricognizione e alla classificazione degli impianti di trattamento, richieste da ARERA (...), e ai connessi adempimenti ai sensi della deliberazione 363/2021/R/RIF (...), con specifico riferimento alla determinazione delle tariffe di accesso per il trattamento dei rifiuti conferiti. Peraltro, l'esito di tale classificazione e, in particolare, le scelte in ordine alla qualificazione degli impianti di chiusura del ciclo come "minimi" devono trovare adeguata giustificazione e sviluppo nei pertinenti atti di programmazione regionale».*

14.1. la Società Montello ha ritenuto di precisare alcuni dati, a suo dire acquisiti all'esito del contraddittorio processuale e segnatamente:

- i provvedimenti impugnati determinano la sostanziale "chiusura" del mercato regionale della FORSU, conformato da assegnazioni vincolate di flussi in favore degli impianti "minimi" individuati sul territorio al punto da prestabilire *«quantitativi prenotati dal sistema pubblico»*, sicché al di fuori dello stesso nessun operatore nazionale avrebbe possibilità di accesso al relativo mercato;
- anche a prescindere dai profili di illegittimità della delibera di ARERA, sarebbe conclamato il difetto di istruttoria degli atti regionali, riconosciuto dalla stessa Regione nel "considerato" a pag. 4 della deliberazione impugnata, ove si riporta che *«sulla base della produzione di rifiuto organico prevista dagli scenari del Piano di Gestione dei Rifiuti 2022-2027 e della dotazione impiantistica regionale, emerge un sostanziale equilibrio tra il fabbisogno di smaltimento e la capacità di trattamento di tale tipologia di rifiuti»*, circostanza questa non contestata in giudizio

(sul punto, rinvia ai rilievi contenuti nella segnalazione dell'AGCM del 22 dicembre 2022);

- la scelta peraltro si è rivelata addirittura diseconomica, stante che l'affidamento (diretto) ad un impianto "minimo", in ragione dell'esclusiva di cui gode in forza della delibera, ha prodotto l'applicazione di un prezzo sostanzialmente doppio rispetto a quello di mercato, senza considerare l'ulteriore significativa tendenza al ribasso registrata negli ultimi mesi, che ha determinato l'aggiudicazione a tariffe pari a € 34,99, con conseguente aggravio per l'utenza (v. affidamenti diretti effettuati dalla Società a partecipazione pubblica Clara s.p.a. e dalla Società San Donnino Multiservizi s.r.l., gestore *in house* del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani, che ha dovuto affidare alla stessa Montello per 5 mesi il servizio di trattamento della FORSU, nella sua veste di precedente aggiudicataria a seguito di gara ad evidenza pubblica, al fine di evitare soluzione di continuità, dando espressamente atto che il prezzo offerto dalla stessa «[...] *anche sommando gli oneri di trasporto in capo a San Donnino Multiservizi s.r.l., risulta particolarmente vantaggioso per la Società e consente una sensibile riduzione dei costi rispetto ai corrispettivi deliberati da ATERSIR per il servizio di trattamento e recupero della frazione organica*».

14.2. Ha infine richiamato la sentenza del T.a.r. per l'Emilia Romagna n. 17 del 2023, confermata in appello da quella del Consiglio di Stato, 31 luglio 2023, n. 7412, che ha già sancito l'illegittimità della delibera regionale n. 801 del 2022, statuendo in via definitiva che «*in base al diritto settoriale vigente, la specifica attività di recupero della frazione organica di RSU proveniente da raccolta differenziata è pacificamente assoggettata a libero mercato, senza restrizioni territoriali di sorta e, pertanto, l'affidamento dei relativi appalti di servizio deve necessariamente essere effettuato tramite indizione di procedure ad evidenza pubblica [...]*».

15. All'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2023, esaurita la trattazione orale, i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

16. *In limine litis*, in applicazione del criterio della ragione più liquida, il Collegio ritiene che non sia necessario procedere ad uno scrutinio di dettaglio della eccezione pregiudiziale di inammissibilità della riproposizione delle censure non esaminate in primo grado da parte della Società Montello, esaminando direttamente i motivi di impugnazione, essendone palese la loro infondatezza (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. n. 5 del 2015, § 5.3.).

17. Per mera completezza, tuttavia, occorre precisare che su talune questioni questo Consiglio di Stato ha già avuto modo di esprimersi in una controversia avente ad oggetto gli esiti dell'affidamento ad un impianto “minimo”, impugnato dalla medesima Società oggi appellata (Cons. Stato, sez. IV, 31 luglio 2023, n. 7412), ai cui principi sul punto si intende fare integrale rinvio. In particolare, con riferimento al rapporto sistematico che intercorre fra la previsione dell'evidenza pubblica quale modalità di affidamento della gestione dei rifiuti, il ruolo che assume il principio di prossimità degli impianti di recupero per il trattamento (di recupero) delle frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata e, infine, la valenza rivestita dalla “sempre ammessa” libera circolazione di questa tipologia di rifiuti sul territorio nazionale, si è in tale occasione rimarcato il carattere generale dell'affermazione, già riferita al regime della “privativa”, ma a valere come enunciazione a carattere generale, in forza della quale *«la deroga al principio di concorrenza previsto negli artt. 101-109 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea per essere ammesso nel sistema, deve essere sia previsto da un'esplicita norma di legge, senza che possa essere ricavato o esteso in via interpretativa, sia giustificato alla luce del principio di concorrenza»*. Nel caso di specie ridetta deroga, invece, è conseguita all'individuazione degli impianti “minimi”, comprensivo della individuazione dei flussi in entrata e della relativa provenienza.

18. Come il Collegio ha già avuto modo di precisare, con ricostruzione di dettaglio alla quale per ragioni di sintesi si rinvia (Cons. Stato, sez. II, 6 dicembre 2023, n. 10550), il nucleo essenziale della controversia, per come proposta dall'ARERA, risiede nella riconducibilità o meno delle disposizioni

di cui è causa all'esercizio del potere regolatorio attribuito all'Autorità dalla legislazione vigente, nonché, da altra angolazione, nel loro ipotetico sovrapporsi ai contenuti di un atto programmatico, la cui adozione spetta per legge alle Regioni e, in un ambito sopraelevato, allo Stato. Secondo le argomentazioni di parte pubblica, infatti, l'introduzione del concetto di "impianti minimi" non avrebbe alcuna portata autonoma, o innovativa (e quindi normativa), ma rivestirebbe una funzione esclusivamente strumentale alla successiva declinazione delle metodiche tariffarie, in un'ottica di valorizzazione della portata propulsiva delle stesse in vista dell'efficientamento e miglioramento del servizio, così da arginare gli effetti distorsivi sui costi delle riscontrate posizioni di monopolio. Con una sintesi non priva di apprezzabili suggestioni, la Regione Emilia Romagna valorizza invece la sostanziale prevalenza dell'aspetto regolatorio rispetto a quello strettamente tariffario, giusta il sostanziale intersecarsi tra gli stessi, valorizzato dalla declinazione di quest'ultimo in un'elencazione di attività di respiro, e soprattutto finalizzazione, decisamente più ampia. Al di là delle categorizzazioni a monte, resterebbe comunque il fatto che la competenza programmatica regionale sarebbe stata pienamente rispettata giusta il rinvio, per l'individuazione in concreto degli impianti "minimi", ai relativi atti di siffatta natura.

19. Il Collegio non condivide tale ricostruzione, accedendo piuttosto a quella effettuata dal T.a.r. per la Lombardia, seppure con le precisazioni e integrazioni di seguito sviluppate.

20. Va innanzi tutto premesso come la problematica di cui è causa non sia nuova in relazione agli atti, quale che ne sia il contenuto, delle Autorità indipendenti, stante che la loro disciplina di settore si connota spesso per l'utilizzo di clausole di ampio respiro, sbilanciate piuttosto in direzione finalistica che di tassatività contenutistica. In tale solco si inserisce anche la formulazione dell'art. 1, comma 527, della l. 205 del 2017, che non a caso ricalca quella di cui all'art. 10, comma 11, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70,

convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, istitutivo dell'Agencia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, in sostituzione del Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche di cui art. 161 del d.lgs. n. 152 del 2006. Né gli ambiti funzionali dell'attività regolatoria risultano più chiari ove si acceda direttamente alla norma originaria, ovvero la l. n. 481 del 1995, a più riprese invocata dagli appellanti di parte pubblica, egualmente connotata da laconiche affermazioni di principio, se si eccettua l'art. 20, le cui previsioni di maggior dettaglio sono riferite esclusivamente all'esercizio del potere sanzionatorio.

21. Proprio a fronte degli effetti della oggettiva difficoltà per il legislatore di predeterminare il contenuto di certi provvedimenti, in particolare nel settore dei servizi di pubblica utilità e dei mercati finanziari in senso ampio, la giurisprudenza ha elaborato pertanto la teoria dei poteri impliciti, che comporta una inevitabile limitazione del principio di legalità sostanziale degli atti, cui fa da contraltare il rafforzamento di quella procedimentale (sul punto, v. Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972, ove si valorizzano gli aspetti partecipativi, sia sub specie di consultazioni generali, che di comunicazione di avvio del procedimento). In tale ricostruzione, la l. n. 481 del 1995 sarebbe soltanto *«una legge di indirizzo, che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio del futuro potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare»* (Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, ove si ritiene conforme al quadro costituzionale la previsione di un potere regolatorio circoscritta alla predeterminazione degli obiettivi propri dell'attività e dei limiti che ne connotano l'esercizio in concreto).

21.1. La legge istitutiva dell'Autorità di settore, 14 novembre 1995, n.481, nel cui solco si sono inserite le successive per ampliarne l'originaria competenza, richiamandola, dunque, ne limitava l'ambito di operatività ai settori del gas e dell'energia (da cui l'originaria denominazione di AEEG). Con l'art. 21, comma 19, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, sono state trasferite a

ridetta Autorità anche le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, già assegnate all'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, sicché la relativa denominazione è stata mutata in Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (AEEGSI).

22. Mentre tuttavia in relazione agli ambiti dell'energia elettrica e del gas le direttive comunitarie di riferimento disciplinano direttamente le finalità e i compiti delle autorità di regolazione (direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE), per il settore dei rifiuti, come per quello idrico, ridotto livello di disciplina sovranazionale manca, essendo la materia rimessa alla discrezionalità degli Stati membri per quanto riguarda sia l'organizzazione che l'ampiezza della regolazione.

23. L'art. 1, comma 527 della l. n. 205 del 2017, dunque, risponde all'esigenza di indicazione finalistica esplicita - in verità non del tutto consona alle regole della tecnica normativa - mediante un incipit di largo respiro sotto la cui egida vanno ricondotte tutte le attività attribuite alla neo denominata ARERA. L'Autorità, pertanto, deve agire: *«Al fine di migliorare il sistema di regolazione del ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati, per garantire accessibilità, fruibilità, diffusione omogenea sull'intero territorio nazionale nonché adeguati livelli di qualità in condizioni di efficienza ed economicità della gestione, armonizzando gli obiettivi economico-finanziari con quelli di carattere sociale, ambientale e di impiego appropriato delle risorse, nonché di garantire l'adeguamento strutturale agli obiettivi imposti dalla normativa comunitaria, superando così le procedure di infrazione già avviate con conseguenti benefici economici a favore degli enti locali interessati da dette procedure [...]»*. Tale ultimo inciso, inserito nel corso dei lavori parlamentari, viene correlato nella documentazione a corredo del disegno di legge, al deferimento dell'Italia, in data 17 maggio 2017 da parte della Commissione europea alla Corte di giustizia dell'Ue per la mancata bonifica o chiusura di 44 discariche indicate come fonti di grave rischio per la salute umana e per l'ambiente, in ragione della ritenuta violazione della direttiva europea sulle discariche (Direttiva 1999/31/CE), la cui tempistica di attuazione era ampiamente decorsa. Ritiene

il Collegio che esso contribuisca a dare un'ulteriore colorazione in termini "conformativi" all'esercizio dei poteri di ARERA, finalizzato finanche al superamento di un problema specifico e contingente quale quello derivante dalla presenza sul territorio di uno di quei siti che sono stati oggetto di attenzione da parte della Commissione Ue. Tale orizzonte prospettico ampio, d'altro canto, è altresì imposto anche dalle più recenti riforme conseguite al recepimento - al quale peraltro va attribuita l'introduzione nel Codice dell'ambiente dell'art. 198-bis- del c.d. pacchetto "energia circolare" concretizzatosi in quattro direttive datate 30 maggio 2018 (si tratta delle direttive n. 2018/849 UE, n. 2018/850 UE; n. 2018/851 UE e n.2018/852). Con esse infatti cambia definitivamente l'approccio al servizio dei rifiuti, suggellandosi un'evoluzione già avviata da anni, e il relativo ciclo integrato, attratto nel regime di privativa pubblica, necessita di una completa rivisitazione, al fine di valorizzare/valutare quelle attività che escono da tale ambito, per comporre attività di mercato. In tale logica la regolazione è sicuramente strumento anche pro concorrenziale, come rivendicato da ARERA; funzionale a garantire condizioni di qualità uniformi sul territorio, pur salvaguardando le specificità territoriali, quanto meno in termini di livello minimo essenziale. Ciò tuttavia non può avere una portata illimitata, dovendo l'atipicità finalistica del relativo potere confrontarsi con la tipicità di quelli delle altre amministrazioni che con esso interferiscono.

24. Come chiarito dai lavori preparatori della norma, dunque (v. Dossier XVII legislatura a cura degli uffici studi delle Camere, Volume II, pag. 162 e seguenti), ARERA avrebbe dovuto sostituirsi ai compiti già attribuiti all'Osservatorio nazionale sui rifiuti dall'art. 206-bis del d.lgs. n. 152 del 2006 (inserito dall'art. 2, comma 29-bis del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4), indi trasferiti al Ministero dell'ambiente dal c.d. "collegato ambientale" del 2015. Lo scarso coordinamento tra le varie disposizioni, che non agevola la ricostruzione di un quadro preciso della materia, trova peraltro conferma nel fatto che la norma da ultimo citata prevedeva, fino alla recente abrogazione

avvenuta con d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, anche il potere di definire un sistema tariffario equo e trasparente basato sul principio dell'ordinamento dell'Unione europea «*chi inquina paga*» e sulla copertura integrale dei costi efficienti di esercizio e di investimento (lettera *g-bis*).

25. D'altro canto, l'attrazione della gestione dei rifiuti tra i servizi di interesse pubblico a rete, che in qualche modo costituisce il presupposto della sentita esigenza di individuare anche per gli stessi un'Autorità di regolazione tariffaria, costituisce una conquista relativamente recente del legislatore, seppure anticipata in via pretoria dalla giurisprudenza amministrativa. Solo con l'inserimento del comma *6-bis* nell'art. *3-bis* del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148 del 2011, avvenuto con l'art. 1, comma 609, lett. e) della legge 23 dicembre 2014, n. 190, si è infatti positivizzato ridetto inquadramento, estendendo al settore la prevista individuazione di un ambito territoriale ottimale (ATO) in funzione di tutela sia della concorrenza che dell'ambiente, con l'obbligatoria istituzione di nuovi enti di governo sovracomunali.

25.1. Un più ampio sforzo in tale direzione fu intrapreso in occasione della ipotizzata riforma dei servizi pubblici locali che avrebbe dovuto essere varata in attuazione degli artt. 16 e 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124, allo scopo di dettare una «*disciplina generale organica*» del settore, attraverso un riordino del quadro normativo «*risultato di una serie di interventi disorganici che hanno oscillato tra la promozione delle forme pubbliche di gestione e gli incentivi più o meno marcati all'affidamento a terzi mediante gara*» (così testualmente nella relazione illustrativa). A seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016, che ha interrotto di fatto l'iter di perfezionamento del Testo unico *de quo*, censurandone il paradigma procedimentale in quanto non sufficientemente coinvolgente le Regioni pur attingendo anche materia di loro competenza (si pensi, per quanto qui di interesse, al trasporto locale), il legislatore ha inteso perseguire comunque la scelta originaria di attrarre la regolazione del ciclo dei

rifiuti alla competenza dell'Autorità, inserendola in una sorta di norma stralcio della precedente, confluita nell'articolato della finanziaria del 2018, legge n. 205 del 2017, più volte citata.

25.2. Va ricordato per completezza che nel solco di tale ormai consolidata opzione si pone oggi anche l'art. 33 del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, di «*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*», che nel dettare regole di coordinamento in relazione alla gestione dei rifiuti urbani, ne conferma l'inquadramento, rinviando al disposto degli artt. 3-*bis* del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 e 200, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006, sull'ambito territoriale ottimale di erogazione del servizio. Il decreto, peraltro, contiene una specifica disposizione avente ad oggetto il potere regolatorio di ARERA (art. 7), con riferimento al quale menziona anche la possibilità di individuazione di «*indicatori*» e di «*livelli minimi di qualità dei servizi*», che seppure concettualmente distinti dalla nozione di impianto “minimo”, ne evocano, quanto meno nell'aggettivazione, il contenuto finalistico. Il che, a ben guardare, parrebbe deporre nel senso dell'inesistenza di omologo potere in base alla legislazione previgente.

26. L'analisi di dettaglio delle singole attività consentite all'ARERA contenuta nell'art. 1, comma 527 della l. n. 205 del 2017, nulla aggiunge alla cornice per come sopra ricostruita. Nella relativa elencazione, la tariffazione ne costituisce soltanto una delle possibili declinazioni, contenuta in particolare alle lettere f), ove si prevede la «*predisposizione ed aggiornamento del metodo tariffario per la determinazione dei corrispettivi del servizio integrato dei rifiuti e dei singoli servizi che costituiscono attività di gestione, a copertura dei costi di esercizio e di investimento, compresa la remunerazione dei capitali, sulla base della valutazione dei costi efficienti e del principio “chi inquina paga”*» (originariamente sovrappoventesi rispetto all'analogo potere ministeriale come detto venuto meno solo con la decretazione del 2020 ); g), relativa alla «*fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento*») e h), che si riferisce alla «*approvazione delle tariffe definite, ai sensi della*

*legislazione vigente, dall'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale per il servizio integrato e dai gestori degli impianti di trattamento»).*

27. Sotto un profilo strettamente letterale, dunque, mentre con riferimento alla individuazione del «*metodo tariffario*», l'oggetto è limitato al «*servizio integrato dei rifiuti*» e ai «*singoli servizi che costituiscono attività di gestione*»; con riguardo alle «*tariffe di accesso*» (c.d. “tariffe al cancello”), esso può estendersi a tutti gli impianti di trattamento, anche estranei al servizio (i c.d. “gestori non integrati”), purché tuttavia ciò avvenga con la dimostrata finalità di migliorare il ciclo dei rifiuti urbani e assimilati. Da qui la sostanziale estraneità allo stesso della regolamentazione delle tariffe “al cancello” degli impianti di trattamento di rifiuti speciali, salvo si tratti della particolare tipologia degli stessi che deriva dal recupero dei rifiuti urbani medesimi (art. 184, comma 2, lett. g), siccome in grado di impattare sulla chiusura del ciclo. Astrattamente, dunque, non esiste una pregiudiziale negativa per oggetto ad applicare le “tariffe al cancello” a impianti di trattamento di tale tipologia di rifiuti speciali.

28. La definizione di “trattamento”, infatti, non può non essere attinta dal d.lgs. n. 152 del 2006, che vi riconduce tutte le «*operazioni di recupero o smaltimento, inclusa la preparazione prima del recupero o dello smaltimento*» (art. 183, lettera s), precisando poi che per “recupero” si intende «*qualsiasi operazione il cui principale risultato sia di permettere ai rifiuti di svolgere un ruolo utile, sostituendo altri materiali che sarebbero stati altrimenti utilizzati per assolvere una particolare funzione o di prepararli ad assolvere tale funzione, all'interno dell'impianto o nell'economia in generale*» (art. 183, lettera t).

29. La precisazione, tuttavia, sulla quale pure insiste l'Autorità, non ha rilievo una volta che si escluda la sussistenza a monte di un potere di indirizzo dell'attività programmatica regionale in capo all'ARERA.

30. Privo di pregio appare pertanto il riferimento, di cui al primo motivo di appello dell'Autorità, al contenuto testuale della lettera g) del più volte richiamato comma 527 dell'art. 1 della l. n. 205 del 2017, che comunque non può essere astratto dal contesto della norma nella quale si inserisce, ivi

comprese le più volte richiamate finalizzazioni delle relative attività attribuite alla stessa.

30.1. Secondo il T.a.r. per la Lombardia, la delibera avrebbe anche invaso le competenze programmatiche della Regione, nonché quelle statali di indirizzo delle stesse. Salvo poi concludere individuando nel solo Programma nazionale introdotto dall'art. 198-*bis* del d.lgs. n. 152 del 2006 il limite legislativo alla configurabilità dell'esercizio di poteri impliciti in quello di tariffazione, teleologicamente orientato agli obiettivi statuiti dal legislatore.

31. L'assunto necessita di talune precisazioni.

32. La ripartizione multilivello delle competenze in materia ambientale in genere e di rifiuti in particolare è stata oggetto, come noto, di un intenso dibattito costituzionalistico cui non è rimasta estranea neppure l'approvazione del d.lgs. n. 152 del 2006, con riferimento al quale si levarono voci di dissenso avuto riguardo all'asserito scarso coinvolgimento delle Regioni.

33. Sul punto, e senza attingere la tematica della prevalenza degli interessi quale soluzione di compromesso suggerita per analoghe questioni dal giudice delle leggi, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha da tempo aderito ad una lettura rigorosa che sulla scia dei principi più volte affermati dalla Consulta (*ex plurimis*, Corte cost. 11 marzo 2015, n. 58) ha ritenuto che la disciplina dei rifiuti rientri nella «*tutela dell'ambiente e dell'ecosistema*», di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, lettera s), della Costituzione, a prescindere dalle possibili interferenze con altri interessi e competenze. Deve intendersi pertanto riservato allo Stato il potere di fissare livelli di tutela uniforme sull'intero territorio nazionale, ferma restando la competenza delle Regioni alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali. Per i rifiuti, dunque, «*necessita una normazione generale, valevole sull'intero territorio nazionale, non potendo l'ordinamento tollerare che le caratteristiche intrinseche di un rifiuto, ai fini del suo trattamento, possano essere diversificate a seconda della diversa convenienza, opportunità o percezione avvertita dai singoli enti territoriali*» (Cons. Stato, sez. IV, 17 maggio 2022, n. 3870).

34. L'individuazione della allocazione delle competenze amministrative in materia ambientale ha a lungo risentito delle incertezze nella definizione del rapporto tra i livelli di governo nella definizione degli interventi per la tutela ambientale, e dunque della titolarità della potestà legislativa in materia. Con la sentenza della Corte costituzionale 28 maggio 2019, n. 129, tuttavia, la questione pare definitivamente chiarita. Nei paragrafi 3.1 e seguenti del "Considerato in diritto", la Corte chiarisce infatti che la disciplina delle competenze fissata con legge dello Stato riveste carattere di piena trasversalità rispetto alle eventuali attribuzioni regionali. Essa *«costituisce, anche in attuazione degli obblighi comunitari, un livello di tutela uniforme e si impone sull'intero territorio nazionale, come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza, per evitare che esse derogino al livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato, ovvero lo peggiorino»*. Ridetta trasversalità della legislazione statale, dunque, caratterizza non soltanto le disposizioni di natura sostanziale, ma anche quelle aventi contenuto organizzativo, con le quali lo Stato alloca le funzioni amministrative in materia di tutela dell'ambiente. Ciò in quanto la cura dell'interesse ambientale non si limita alla definizione degli obiettivi di protezione, all'attuazione di politiche ambientali ed alla gestione del territorio, ma, proprio per rendere effettivi i livelli di tutela stabiliti dal legislatore statale, si spinge fino *«all'individuazione di specifiche competenze amministrative, il cui riparto si presta ad essere inquadrato nell'ambito di una necessaria differenziazione dei diversi attori, i cui rispettivi ruoli vanno coordinati nella prospettiva di una maggiore adeguatezza dell'intervento»*. Esse pure, pertanto, integrano i "livelli di tutela uniforme" che non ammettono deroga da parte del legislatore regionale.

35. È da tale imprescindibile angolazione che vanno pertanto lette le disposizioni della Parte IV del d.lgs. n. 152 del 2006 relative alla individuazione delle competenze in materia di rifiuti, tipicamente ripartite sui vari livelli, centrale e territoriali. Esse non possono che costituire un limite all'espansione finalistica del potere di ARERA, arginandolo alla radice.

35.1. La potestà pianificatoria/programmatoria consegue alle indicazioni contenute nell'art. 28 della direttiva 2008/98/CE, che prevede che gli Stati membri provvedano affinché le rispettive autorità competenti predispongano uno o più piani di gestione dei rifiuti. Tali piani devono comprendere un'analisi della situazione della gestione dei rifiuti esistente nell'ambito geografico interessato; le misure da adottare per migliorare una preparazione per il riutilizzo, un riciclaggio, un recupero e uno smaltimento dei rifiuti corretti dal punto di vista ambientale; una valutazione del modo in cui i piani contribuiranno all'attuazione degli obiettivi e delle disposizioni della medesima direttiva.

35.2. In coerenza con tale previsione, l'art. 196, comma 1, lettera a), individua quale prima competenza delle Regioni quella di predisporre, adottare e aggiornare, sentiti le province, i comuni e le Autorità d'ambito, i piani regionali di gestione dei rifiuti. L'art. 199 a sua volta, inserito nel successivo Capo III, dedicato nello specifico al «Servizio di gestione integrata dei rifiuti», indica il contenuto di dettaglio di tali piani (PRGR), connotandoli anche come strumenti di analisi dello stato di fatto in termini di gestione dei rifiuti esistente nell'ambito geografico interessato, in funzione dell'individuazione delle misure da adottare per migliorare l'efficacia ambientale delle diverse operazioni, contribuendo altresì agli obiettivi generali in materia validi su scala nazionale. In tale ottica, i Piani devono dunque indicare (lettera a): «[...] *tipo, quantità e fonte dei rifiuti prodotti all'interno del territorio, suddivisi per ambito territoriale ottimale per quanto riguarda i rifiuti urbani, rifiuti che saranno prevedibilmente spediti da o verso il territorio nazionale e valutazione dell'evoluzione futura dei flussi di rifiuti, nonché la fissazione degli obiettivi di raccolta differenziata da raggiungere a livello regionale [...]*»; essi devono altresì proporre «*una valutazione della necessità di nuovi sistemi di raccolta, di chiusura degli impianti esistenti per i rifiuti, di ulteriori infrastrutture per gli impianti per i rifiuti in conformità del principio di autosufficienza e prossimità di cui agli articoli 181, 182 e 182-bis e se necessario degli investimenti correlati*» (lettera c). L'atto di pianificazione, pertanto, si concretizza in una sorta di analisi della domanda

e dell'offerta, declinando le «*politiche generali di gestione dei rifiuti, incluse tecnologie e metodi di gestione pianificata dei rifiuti, o altre politiche per i rifiuti che pongono problemi particolari di gestione*» (lettera e) e «*il complesso delle attività e dei fabbisogni degli impianti necessari a garantire la gestione dei rifiuti urbani secondo criteri di trasparenza, efficacia, efficienza, economicità e autosufficienza della gestione dei rifiuti urbani non pericolosi all'interno di ciascuno degli ambiti territoriali ottimali di cui all'articolo 200, nonché ad assicurare lo smaltimento e il recupero dei rifiuti speciali in luoghi prossimi a quelli di produzione al fine di favorire la riduzione della movimentazione di rifiuti*» (lettera h).

36. Per quanto sia difficile, in un contesto, anche lessicale, di tale complessità, isolare concettualmente talune definizioni, collocandole in un ambito (regolatorio) piuttosto che nell'altro (programmatorio) è di tutta evidenza che l'attività demandata alla Regione è già rigorosamente indirizzata verso una soluzione alle criticità impiantistiche, delle quali pure si tracciano gli indici, consistente nell'individuazione, all'interno degli impianti di trattamento già presenti, di quelli che le occorrono per la chiusura del ciclo, non a caso indicando anche il quantitativo di rifiuti da conferire coattivamente e la relativa provenienza. Ciò non solo travalica il potere delle Regioni, ma prescinde anche dalle indicazioni che a monte lo Stato doveva fornire loro per risolvere ridette criticità. La non chiara articolazione sequenziale, inoltre, tra indicazioni e atto nel quale inserirle (programmatorio solo «*di norma*», così ammettendo che si addivenga ad una sorta di programmazione ricognitoria *ad horas*, peraltro in tempo utile per l'applicazione del nuovo regime tariffario), aggrava ulteriormente la percezione da un lato di sostanziale innesto di contenuti normativi nelle metodiche tariffarie (che divengono così metodiche di redazione dei piani regionali), dall'altro, di intrusione nei Piani regionali di principi guida che avrebbero dovuto essere forniti dallo Stato.

37. Non a caso, da subito il d.lgs. n. 152 del 2006 ha previsto un potere di direttiva dello Stato nei confronti delle Regioni, laddove ha previsto (art. 195) che sia lo stesso a determinare i «*[...] criteri generali, differenziati per i rifiuti urbani*

*e per i rifiuti speciali, ai fini della elaborazione dei piani regionali di cui all'articolo 199 con particolare riferimento alla determinazione, d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, delle linee guida per la individuazione degli Ambiti territoriali ottimali, da costituirsi ai sensi dell'articolo 200, e per il coordinamento dei piani stessi». Si tratta di un'attribuzione che non va confusa con l'esercizio dell'attività programmatica, ma che si pone a monte della stessa, al chiaro scopo di garantire che le pianificazioni si integrino e si omogeneizzino anche tra di loro, in modo che la gestione dei rifiuti sia oggetto di una strategia coesa e coordinata, in linea con gli atti strategici e regolamentari dell'Unione Europea.*

37.1. La disposizione, dunque, ritiene necessario allo scopo un atto regolamentare a carattere normativo, come comprovato dalla sua richiesta adozione *«ai sensi della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, di concerto con i Ministri delle attività produttive, della salute e dell'interno, sentite la Conferenza Stato-regioni, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano»* (art. 195, comma 3). Il legislatore del 2020 ha demandato compiti in parte sovrapponibili ad un atto amministrativo avente la veste del decreto ministeriale, collocandolo in un contesto analitico di più ampio respiro e contenuto scientifico egualmente predeterminato.

37.2. Trattasi, lo si ripete, di una competenza diversa da quella, enfatizzata dal primo giudice, pure rimessa allo Stato, di localizzazione degli impianti di recupero e di smaltimento di preminente interesse nazionale da realizzare per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese, che richiede l'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 195, comma 1, lett. f) ed egualmente il parere della Conferenza unificata Stato-regioni.

38.L'avvenuta introduzione dell'art. 198-*bis* nel d.lgs. n. 152 del 2006 con il d.lgs. 3 settembre 2020, n. 116, di recepimento di una delle ricordate Direttive del 30 maggio 2018 sull'economia circolare (art. 2, comma 1), peraltro, non innova l'originario assetto delle competenze, ma caso mai lo arricchisce di un tassello ulteriore, che seppure formalmente per certi versi sovrapponibile per

contenuti conferma la scelta originaria di avocare al livello centrale le opzioni pianificatoria “di principio”. Non a caso, il Programma successivamente approvato con d.m. n. 257 del 24 giugno 2022, che costituisce anche obiettivo esplicitato quale misura del PNRR (Missione 2, «*Rivoluzione verde e transizione ecologica*»), contiene un’espressa salvaguardia dei Piani regionali già conformi alle proprie indicazioni (art. 199, comma 8, a sua volta novellato sul punto). A tale Programma è demandato il compito di fissare i macro-obiettivi e di definire «*i criteri e le linee strategiche cui le Regioni e le Province autonome si attengono nella elaborazione dei Piani regionali di gestione dei rifiuti di cui all’articolo 199 del presente decreto*».

39. Viene in tal modo a configurarsi, cioè, un meccanismo pianificatorio “a cascata”, del tutto assimilabile a quello vigente in materia urbanistica (laddove, tuttavia, si intersecano anche molteplici previsioni settoriali specifiche), ove la disciplina di dettaglio è demandata all’amministrazione più vicina ai bisogni della collettività, in attuazione del principio di sussidiarietà verticale che tipicamente ispira la ripartizione multilivello di tale tipologia di competenze. Laddove in passato era configurabile un solo livello di programmazione, “guidata” dalle direttive statali, ora si configura la collocazione della stessa in una cornice, egualmente programmatoria, elaborata a livello centrale. La regia resta unitaria e sovraordinata, in modo da garantire la visione d’insieme delle criticità, individuandone soluzioni non necessariamente circoscritte al territorio.

40. Non è, dunque, soltanto l’art. 198-*bis* del d.lgs. n. 152 del 2006 a non rendere «[...] *possibile far ricorso al principio dei poteri impliciti che, in quanto derogatorio del principio di legalità, va applicato in modo stringente per consentirne la compatibilità costituzionale*», come affermato dal primo giudice. Esso costituisce semplicemente la conferma della ribadita necessità, con una norma peraltro sopravvenuta all’avvenuta attribuzione ad ARERA di poteri in materia di rifiuti, di un coordinamento statale nella individuazione delle scelte necessarie a chiudere in maniera efficiente il relativo ciclo.

41. Nell'uno (regolamento a carattere normativo), come nell'altro caso (programma nazionale) è lo Stato a dover indicare le regole, cui le Regioni daranno attuazione, in primo luogo attraverso il proprio strumento principe costituito dal PRGR. Alla indicazione di "principi", si aggiunge (non si sostituisce) un vero e proprio "Programma" - dizione più ampia e per questo più ambiziosa di quella di "Piano" in quanto implica una direttrice di sviluppo delle politiche ambientali in materia di rifiuti - che tiene conto delle problematiche per l'ambiente, localizzando le maggiori e individuando i siti più idonei per impiantistica di interesse sovraregionale, ma nel contempo mettendo a regime le potenzialità economiche della intrinseca natura di risorsa di un rifiuto recuperato a diverso utilizzo.

42. D'altro canto, il necessario bilanciamento tra contrapposti interessi egualmente tutelati dalla Costituzione (la tutela dell'ambiente, da un lato, in tutte le sue implicazioni, da un lato e le ragioni dell'imprenditoria privata, dall'altro) non può essere rimesso alla singola Regione in assenza di scelte dello Stato, che, ove richiedono elaborazioni concettuali, dovranno assumere veste necessariamente normativa; ove siano correlate a situazioni concrete di deficit, necessitano comunque di un'angolazione prospettica equidistante e complessiva, come tale capace di valutare necessità e priorità nonché di imporre conseguentemente il sacrificio dell'una a discapito di altra.

43. Non a caso, laddove il legislatore ha inteso fornire indicazioni per migliorare il sistema gestionale attraverso le regole tariffarie, lo ha detto espressamente: si pensi a quanto disposto dall'art. 1, comma 667, della legge n. 147/2013 (legge di stabilità del 2014), come modificato dall'art. 42, comma 1, della legge n. 221 del 2015, in forza del quale è stato emanato il d.m. 20 aprile 2017, che disciplina i criteri per la realizzazione da parte dei Comuni di sistemi di misurazione puntuale della quantità di rifiuti conferiti al servizio pubblico o di sistemi di gestione caratterizzati dall'utilizzo di correttivi ai criteri di ripartizione del costo del servizio, finalizzati ad attuare un effettivo

modello di tariffa commisurata al servizio reso a copertura integrale dei costi relativi al servizio di gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati.

44. L'ARERA, pertanto, nel fornire i criteri per individuare gli “minimi” quale fattore essenziale per la chiusura del ciclo integrato dei rifiuti, non solo ha indirizzato il potere programmatico delle Regioni, avocandosi un potere di direttiva attribuito allo Stato, che il legislatore non ha inteso delegarle, neppure nelle più recenti novelle di settore (v. la legge del 2020 che ha introdotto l'art. 198-*bis* del d.lgs. n. 152 del 2006); ma ha di fatto arricchito di contenuti ad esso estranei il potere pianificatorio delle Regioni, individuando la soluzione “normativa” alle criticità impiantistiche nella sostanziale acquisizione al sistema pubblicistico di impianti operanti in regime di libera concorrenza.

45. Quanto ai documenti di consultazione prodromici all'adozione della deliberazione, se un qualche valore può essere attribuito all'auspicio, di cui al primo di tali documenti (documento di consultazione 196/2021/R/RIF), che la futura programmazione nazionale di cui all'art. 198-bis del Codice dell'ambiente divenga *«un'utile occasione per ridefinire il fabbisogno impiantistico nazionale (che richiederebbe comunque un meccanismo di aggiornamento periodico, al fine di accrescere l'efficacia degli strumenti di programmazione regionale) tanto da essere individuato nel “Piano nazionale di ripresa e resilienza” come riforma necessaria “ ad evitare procedure di infrazione sui rifiuti [e a consentire] di colmare lacune impiantistiche e gestionali”, a fronte “ delle evidenze [segnalate] dalla Commissione Europea sull'assenza di una rete integrata di impianti di raccolta e trattamento rifiuti attribuibile all'insufficiente capacità di pianificazione delle regioni e, in generale, alla debolezza della governance”»*, esso non può che coincidere con quello attribuitogli dal primo giudice. Quand'anche, tuttavia, non si voglia seguire la linea di attribuire al cambiamento di impostazione che pare trasparire dal raffronto tra il contenuto dei due documenti di consultazione un preciso significato in senso rafforzativo della consapevolezza originaria dell'esatta ripartizione delle competenze, superata per esigenze di celerità, ciò non inficia la ricostruzione fornita. Resta infatti la circostanza oggettiva che l'intento di ARERA è stato

palesato nel secondo documento di consultazione, in coerenza o in contraddizione, a seconda della lettura datane, con quanto affermato nel precedente, preannunciando l'adozione del metodo MTR-2 per come poi concretamente effettuato, *«mediante un coinvolgimento attivo delle Regioni»*, laddove *«le tempistiche di adozione di tale intervento [ovvero di approvazione del Programma, che necessita di condivisione in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del d.lgs. n. 281/1997] non si rivelino compatibili con quelle richieste per il varo degli atti necessari alle determinazioni tariffarie per il secondo periodo regolatorio»*. E ciò appare sufficiente a salvaguardarne la valenza partecipativa delle consultazioni, peraltro non messa in dubbio da nessuna delle parti in causa.

46. La carenza di potere e il vizio di incompetenza che affligge la delibera di ARERA si riverbera inevitabilmente sulle deliberazioni e sugli atti regionali adottati in esecuzione della stessa.

47. Né a diversa conclusione può addivenirsi valorizzando il contenuto in concreto del sopravvenuto PNGR, nonché il richiamo allo stesso di cui alla deliberazione del 3 agosto 2023 n. 389/2023/R/RIF. Essa riporta, infatti, la personale interpretazione del richiamo che il Programma inconfutabilmente fa alla “tassonomia” degli impianti introdotta da ARERA, nonché alle valutazioni che le Regioni sono chiamate a fare per addivenirvi, evidentemente ritenute funzionali anche alla corretta redazione dei Piani sui rifiuti, ma non incide sulla natura di ridetto Programma, introdotto nell'ordinamento dal più volte richiamato art. 198-*bis* del d.lgs. n. 152 del 2016. La finalità che lo contraddistingue, anche in relazione agli impegni assunti dall'Italia con la presentazione del PNGR, lo rende ontologicamente autonomo, pure in ragione della sua assoluta novità contenutistica. Il significato di convalida, recepimento, ovvero mero richiamo da attribuire alle affermazioni contenute in particolare nei §§ 5.1 e 9.6 del Programma esulano pertanto dal perimetro dell'odierna decisione. La loro valenza, infatti, attiene ai contenuti dello stesso, *«che costituisce in realtà la corretta sedes materiae, date le competenze individuate dall'art.*

198-bis del Codice dell'Ambiente» e sposta definitivamente ogni questione sull'analisi del documento *de quo*.

48. Per tutto quanto sopra detto l'appello deve essere respinto e conseguentemente va confermata la sentenza del T.a.r. per la Lombardia n. 557 del 2023, con le precisazioni di cui in narrativa.

49. Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante: *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ., sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663, e per il Consiglio di Stato, sez. VI, 19 gennaio 2022, n. 339).

50. La complessità della materia trattata giustifica la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Sabato, Presidente FF

Antonella Manzione, Consigliere, Estensore

Maria Stella Boscarino, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere

Stefano Filippini, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Antonella Manzione**

**IL PRESIDENTE**  
**Giovanni Sabato**

## IL SEGRETARIO