

## **IL REGIME GIURIDICO DELLE ATTIVITÀ DI PROGETTAZIONE, COSTRUZIONE ED ESERCIZIO DEGLI IMPIANTI DI TERMOVALORIZZAZIONE DEI RIFIUTI URBANI.**

**DI ALESSIA MIRANTI**

Numerose decisioni dei giudici amministrativi hanno avuto occasione di delineare, alla luce del quadro normativo esistente in materia di gestione dei rifiuti, i confini tra attività riservate al settore pubblico, attività regolate e attività lasciate alla concorrenza nel mercato. La giurisprudenza più recente ha ormai consolidato l'assunto secondo cui l'attività di recupero dei rifiuti urbani è integralmente soggetta ai principi di concorrenza e di libera circolazione sul territorio e qualsiasi deroga a tali principi, stabiliti negli artt. 101-109 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea deve essere prevista da un'esplicita norma di legge.

Per quel che riguarda il recupero energetico dei rifiuti urbani indifferenziati questo assunto è, però, tutt'altro che pacifico nell'impostazione adottata da molte amministrazioni regionali ed è stato affrontato compiutamente dal giudice amministrativo solo recentemente.

Due pronunce sono utili, per profili diversi, a inquadrare il tema: la sentenza del Consiglio di Stato n. 2255 del 07/03/2024 e la sentenza del TAR Umbria, Perugia, n. 673 del 01/10/2024.

Quest'ultima, in particolar modo, affronta proprio il tema controverso della concorrenza nel settore del recupero energetico dei rifiuti urbani indifferenziati e, più specificamente, relativo all'estensione del regime della privativa amministrativa là dove la Regione abbia optato per l'integrazione verticale del ciclo dei rifiuti urbani. Essa ha ad oggetto, in prima battuta, il provvedimento di archiviazione adottato dalla Regione Umbria con riferimento a una istanza di PAUR proposta dalla Società ricorrente ai sensi dell'art. 27-bis, D.lgs. n. 152/2006 al fine di ottenere l'autorizzazione alla realizzazione di un impianto di termovalorizzazione dei rifiuti urbani da realizzarsi nell'ex ATI 1 dell'allora vigente Piano Regionale di Gestione dei Rifiuti della Regione Umbria del 2009.

L'Amministrazione regionale aveva rigettato l'istanza evidenziando, in primo luogo, che il PRGIR del 2009 allora vigente avrebbe previsto, per un impianto di recupero energetico quale quello proposto, una localizzazione ben precisa — e diversa da quella proposta dalla Società — nell'ex ATI 2; in secondo luogo, che i rifiuti destinati a recupero energetico nell'impianto progettato dalla proponente appartenevano al ciclo di gestione dei rifiuti urbani e, in quanto tali, avrebbero dovuto essere assoggettati alla competenza dell'ex ATI 2 (e oggi dell'AURI) in materia di pianificazione e localizzazione degli impianti; in terzo luogo, che l'istanza della Società non era compatibile con l'art. 17 della L.R. n. 11/2009, secondo il quale l'affidamento dell'incarico di progettazione, realizzazione e gestione dell'impianto avrebbe dovuto essere ricondotto alla competenza — e all'iniziativa — dell'Ente di governo dell'ambito (oggi l'AURI).

In sintesi, la Regione Umbria aveva ritenuto la presentazione di una proposta progettuale proveniente da operatore economico privato e non promanata e/o sollecitata direttamente dall'Ente regionale incompatibile con le previsioni contenute nel PRGIR e nella L.R. n. 11/2009. Nelle more del giudizio conseguentemente instaurato dalla Società proponente destinataria del provvedimento di archiviazione, con la Deliberazione n. 360/2023, l'Assemblea Legislativa della Regione Umbria aveva approvato, ai sensi dell'art. 199, D.lgs. n. 152/2006, il nuovo Piano Regionale di Gestione Integrata dei Rifiuti.

Con ricorso per motivi aggiunti, la Società aveva, quindi, impugnato anche il nuovo PRGIR del 2023 sia perché esso pareva imporre che la realizzazione e la gestione di un impianto di trattamento mediante recupero energetico dei rifiuti urbani potessero essere assentite solo previo espletamento delle procedure previste dal Codice dei Contratti Pubblici per la finanza di progetto, escludendo ogni forma di iniziativa privata economica nel settore, sia perché il nuovo PRGIR pareva estendere l'operatività del principio di autosufficienza anche al recupero dei rifiuti urbani.

**La sentenza pronunciata sui ricorsi della società, n. 673 del 01/10/2024, sviluppa argomentazioni tratte in larga parte dalla precedente citata sentenza del Consiglio di Stato n. 2255 del 07/03/2024, riguardante la disciplina degli “impianti minimi” introdotta dall'ARERA in sede di approvazione del metodo tariffario rifiuti cd. ‘MTR2’ per il secondo periodo regolatorio 2022-2025 con la Delibera n. 363/2021/R.**

Rispetto al Consiglio di Stato, però, il TAR Perugia contiene statuizioni che coinvolgono più direttamente il mercato libero, non inciso dalla regolazione ARERA, e le prerogative degli operatori.

Il Consiglio di Stato nella sentenza n. 2255 del 07/03/2024 delinea il ruolo del decisore politico che, al contrario dell'Autorità indipendente, può e deve “*stabilire i confini tra attività riservate al settore pubblico, attività regolate e attività lasciate alla concorrenza nel mercato, così come orientare i mercati verso assetti più giusti, limitando la spinta alla massimizzazione del profitto*”. Il TAR si spinge oltre e affronta il tema relativo al rapporto tra scelta pianificatoria pubblica e iniziativa privata: il principio stabilito sul tema è che l'opzione per l'integrazione verticale del ciclo dei rifiuti contenuta del PRGIR della Regione Umbria non determina certamente l'effetto di sottrarre le attività di trattamento dei rifiuti urbani indifferenziati mediante recupero energetico al regime libero concorrenziale che è loro proprio (salva comunque la necessità di valutarne compiutamente l'impatto sulle matrici ambientali e sulla salute).

Le decisioni muovono dalla lettura dell'art. 41 della Costituzione, il quale riconosce la libertà di iniziativa economica privata ed enuncia i limiti ai quali è sottoposto il suo godimento: tra questi, la necessità che essa si espliciti in modo da non recare danno alla salute e all'ambiente. Programmi e controlli per l'indirizzo e il coordinamento dell'attività economica possono influenzare il calcolo di convenienza degli operatori ma non escludono la libertà di questi ultimi di decidere autonomamente se e come esercitare un'attività di impresa.

Alla base delle due decisioni vi è, poi, la constatazione che l'art. 43 della Costituzione contempla la possibilità che, accanto ai settori aperti alla libera iniziativa economica, ve ne siano altri, come quelli relativi ai servizi pubblici essenziali, nei quali la legge può prescrivere criteri di organizzazione economica diversi dall'economia di mercato. La riflessione si concentra, quindi, innanzitutto, sulla preminenza della libertà di iniziativa economica rispetto a criteri di organizzazione economica con essa confliggenti e non giustificati dall'esigenza di salvaguardare la salute e l'ambiente o dalla necessità di riservare allo Stato l'esercizio di particolari attività sottratte al mercato in ragione di loro particolari caratteristiche. **Le norme costituzionali richiamate forniscono la chiave di lettura delle numerose previsioni che hanno nel tempo disciplinato il servizio di gestione dei rifiuti urbani e, in particolare, le attività di recupero energetico dei rifiuti urbani indifferenziati raccolti presso le utenze domestiche.**

La sentenza del TAR Perugia n. 673 del 01/10/2024, in particolare, ripercorre queste previsioni — in particolare, quelle contenute nella parte quarta del D. Lgs. n. 152/2006, nell'art. 14, D.L. n. 201/2011 conv. con L. n. 214/2011, poi abrogato, nell'art. 19, comma 1, D.L. n. 95/2012, conv. con L. n. 135/2012 e nell'art. 25, D.L. n. 1/2012, conv. con L. n. 27/2012 — per affrontare nuovamente la controversa questione relativa all'estensione del regime di privativa pubblica nel settore della gestione dei rifiuti urbani, con affermazioni che, tanto nella sentenza del TAR, quanto in quella del Consiglio di Stato, riecheggiano e aggiornano la nota “*Indagine conoscitiva sul mercato dei rifiuti urbani*” dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato<sup>1</sup>.

Ripercorsi i principi e le norme rilevanti in materia, le due pronunce ricordano come la gestione dei rifiuti urbani consista di due diversi segmenti di attività con caratteristiche molto diverse:

- un segmento “a monte” della filiera: lo spazzamento, la raccolta, il trasporto, l’avvio a smaltimento o l’avvio a recupero (per tali ultimi intendendosi il conferimento ai soggetti che svolgeranno le operazioni di smaltimento o recupero<sup>ii</sup>);
- un segmento “a valle” della filiera: le attività di trattamento, ossia smaltimento, recupero energetico e riciclaggio.

Solo il segmento “a monte” della filiera dei rifiuti presenta le caratteristiche del cd. *fallimento di mercato* che ne giustificano l’affidamento in regime di monopolio legale (o “privativa”): una effettiva concorrenza nel mercato potrebbe, infatti, indurre gli operatori a privilegiare la prestazione del servizio nelle zone più popolate e remunerative, ai danni delle zone meno popolate, dove i costi unitari di produzione aumentano con il diminuire dei volumi di rifiuti da raccogliere. Così, osserva il TAR, “*in ragione delle caratteristiche sopra menzionate, per l’attività di raccolta dei rifiuti, poiché l’applicazione delle regole della concorrenza costituirebbe un ostacolo, in linea di fatto, alla missione di servizio pubblico in termini di universalità e diffusione del servizio anche nelle aree meno popolate e dunque meno remunerative, pregiudicando così l’obiettivo della promozione della coesione sociale e territoriale, è stato ritenuto necessario applicare per tale attività la riserva di cui all’art. 43 Cost., con conseguente riconoscimento, per ciascun ambito territoriale ottimale, di un diritto esclusivo di svolgimento della stessa in capo ad un solo operatore economico (in regime di monopolio legale) da selezionarsi attraverso procedure di evidenza pubblica (secondo lo schema della c.d. concorrenza per il mercato)*”<sup>iii</sup>.

Dove, tuttavia, non è ravvisabile un monopolio naturale, l’instaurazione di un regime legale di privativa non trova ragion d’essere e la mera esistenza di esternalità negative potrà tutt’al più giustificare l’introduzione di un “*sistema di regole*” (*in primis*, ma non solo, l’obbligo di conseguire l’autorizzazione all’esercizio dell’attività ed eventualmente di valutarne preventivamente l’impatto ambientale) volte ad assicurare che l’attività economica non rechi danno alla salute e all’ambiente: con particolare riferimento al segmento “a valle” della filiera dei rifiuti, “*per un verso, la mancanza di monopoli naturali e l’assenza, per il segmento adesso in parola, di quelle economie di densità che caratterizzano il servizio di raccolta esclude che per le attività di recupero (anche energetico) e di smaltimento in discarica sia necessaria l’imposizione del regime di monopolio legale ex art. 43 Cost. che invece connota il segmento “a monte” della filiera; per altro verso, l’incidenza del recupero e dello smaltimento dei rifiuti sulle matrici ambientali giustifica, ai sensi dell’art. 41, co. 2, Cost., un sistema di regole (da quelle relative alla individuazione delle aree idonee e non idonee alla localizzazione degli impianti a quelle che impongono un regime di autorizzazione preventiva che tenga conto degli impatti ambientali dell’esercizio degli stessi) affinché l’attività economica non si svolga in modo da recare danno alla salute e all’ambiente*”<sup>iv</sup>.

Poste queste premesse<sup>v</sup>, le sentenze proseguono nella loro analisi dei criteri giuridici ed economici ordinatori della gestione dei rifiuti osservando come l’introduzione di una riserva legale di attività (la cd. privativa) per le fasi della gestione caratterizzate da monopolio naturale — il sopra citato segmento “a monte” della filiera — non preclude alla Amministrazione pubblica di optare, dopo “*attenta ponderazione*”<sup>vi</sup>, per un’integrazione verticale della gestione dei rifiuti e di affidare con procedure ad evidenza pubblica tanto le attività a monte quanto le attività a valle della filiera<sup>vii</sup>. Nondimeno — ed è questo il principio innovativo stabilito dal TAR Perugia anche rispetto alle conclusioni raggiunte dal Consiglio di Stato —, “*l’opzione per l’integrazione verticale (...) non determina l’effetto di sottrarre i due segmenti di attività sopra tratteggiati al loro proprio principio ordinatore, con la conseguenza che anche in tale ipotesi l’attività “a valle” consistente nella realizzazione e nella gestione degli impianti di trattamento e di smaltimento sarà soggetta al regime libero concorrenziale che le è proprio*”.

Come sopra accennato l’esercizio di queste attività in regime di concorrenza richiede un adeguato sistema di regole, ispirate, *in primis*, ai principi di prossimità e autosufficienza. La regolazione delle attività “a valle” della filiera deve, infatti, innanzitutto, assicurare la capacità del mercato di fornire la capacità di trattamento, smaltimento e recupero, anche energetico, dei rifiuti urbani, nella misura

necessaria (almeno) a soddisfare la domanda più prossima (ossia quella proveniente dall'ambito territoriale di riferimento).

I principi di autosufficienza e prossimità, di derivazione eurounionale, sono stati recepiti dal legislatore italiano con gli artt. 181, comma 6 e 182-bis, comma 1, D. Lgs. 152/2006.

Per quanto riguarda i rifiuti urbani provenienti da raccolta differenziata, l'art. 181, comma 5, d. lgs. 152/2006 — oggetto ormai di notevole produzione giurisprudenziale e segnalazioni dell'AGCM — è chiaro nel sancirne la libera circolazione su tutto il territorio nazionale<sup>viii</sup>.

Analogo principio vale anche per l'attività di recupero dei rifiuti urbani indifferenziati.

Secondo l'art. 182-bis, comma 1, D. Lgs. 152/2006<sup>ix</sup>, l'autosufficienza nella gestione dei rifiuti urbani deve essere misurata in relazione ad un perimetro territoriale, ossia l'ambito territoriale ottimale, di estensione tale da consentire di chiudere il ciclo di gestione dei rifiuti urbani indifferenziati, assicurandone il trattamento in uno degli impianti idonei più prossimi ai luoghi di produzione o raccolta. Secondo il tenore letterale della lett. a) della norma citata, però, l'obbligo di garantire l'autosufficienza dell'ambito territoriale ottimale (o, in difetto di un'organizzazione per ambiti, l'autosufficienza regionale) — obbligo che giustificerebbe una pianificazione dei flussi rigorosa da parte delle regioni — si riferisce esplicitamente alle sole operazioni di smaltimento dei rifiuti urbani.

Diversamente, il rispetto del principio di prossimità di cui alla lett. b) dell'art. 182-bis, D. Lgs. n. 152/2006 è prescritto anche per le operazioni di trattamento dei rifiuti urbani mediante recupero.

Salvo il necessario rispetto del principio di prossimità, in definitiva, il recupero dei rifiuti urbani non soggiace ad un criterio di autosufficienza regionale e si ispira, invece, al principio suddetto di libera circolazione su tutto il territorio nazionale. Del resto, l'art. 182, comma 3, d. lgs. 152/2006 stabilisce che *“è vietato smaltire rifiuti urbani non pericolosi in regioni diverse da quelle dove gli stessi sono prodotti”* ma non si pronuncia circa il recupero extra-regione. Con specifico riferimento al recupero energetico dei rifiuti urbani indifferenziati, poi, l'art. 35, comma 6, D.L. n. 133/2014 ha espressamente sancito la libera circolazione su tutto il territorio nazionale dei rifiuti urbani destinati a termovalorizzazione, *“non sussistendo vincoli di bacino al trattamento dei rifiuti urbani in impianti di recupero energetico”*.

Il “sistema di regole” posto dall'ordinamento alla base dell'organizzazione delle attività “a valle” della filiera dei rifiuti urbani deve, poi, assicurare, là dove sia stata adottata un'organizzazione verticalmente integrata del servizio di gestione dei rifiuti urbani, che essa non produca distorsioni della concorrenza pregiudizievoli per i cittadini determinate dai sussidi incrociati dei quali potrebbero beneficiare i diversi segmenti dell'attività svolta dall'operatore “integrato”, ovvero tra l'attività di raccolta dei rifiuti esercitata in regime di monopolio legale e quella di recupero e/o smaltimento svolta dallo stesso operatore in regime di concorrenza.

Infine, l'obbligo imposto a qualsiasi soggetto che voglia realizzare un impianto di sottoporre il proprio progetto alle autorizzazioni e alle valutazioni di compatibilità ambientale previste per la tipologia progettuale ipotizzata è posto esso stesso a garanzia della sostenibilità sociale e ambientale del realizzando impianto, tenuto conto della capacità di trattamento già esistente nell'ambito territoriale di interesse e dei fabbisogni di prossimità individuati<sup>x</sup>.

Quest'ultimo profilo si intreccia con un altro pilastro del “sistema di regole” predetto, affrontato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 2255 del 07/03/2024 che merita maggiore attenzione degli altri, vale a dire la pianificazione in materia di gestione dei rifiuti.

La pianificazione regionale, in particolare, deve, a mente dell'articolo 199 del D.lgs. 152/2006, effettuare una ricognizione dell'offerta impiantistica esistente, stimare gli eventuali fabbisogni, definire i criteri per l'individuazione di aree non idonee alla realizzazione degli impianti. Per tale

ragione essa può condizionare indirettamente il rilascio delle autorizzazioni e delle valutazioni necessarie per un impianto di trattamento di iniziativa privata. La valutazione di compatibilità ambientale di un progetto non può, infatti, trascurare la sostenibilità economica dell'iniziativa, poiché l'accertamento della sua utilità e idoneità a soddisfare un'esigenza del mercato garantisce che le ricadute ambientali determinate dalla sua realizzazione siano compensate dai benefici prodotti dalla sua operatività per la collettività. In altre parole, l'autorità competente al rilascio delle valutazioni e delle autorizzazioni necessarie ha l'onere di verificare se l'impianto proposto possa operare proficuamente e, in questa prospettiva, laddove l'impianto sia destinato al recupero di rifiuti urbani, potrebbe tener conto anche delle scelte operate a livello pianificatorio dalla regione.

Nondimeno, la pianificazione regionale costituisce solo uno tra i numerosi strumenti di regolamentazione delle attività poste a valle della filiera dei rifiuti e non può, invece, determinare la creazione di un regime di privativa amministrativa là dove la legge non l'ha previsto<sup>xi</sup>. Essa, quindi, non può introdurre forme di contingentamento degli impianti né tantomeno dettare disposizioni destinate a creare dirette preclusioni alla possibilità, per un soggetto privato, di chiedere e ottenere l'autorizzazione a realizzare e gestire un impianto per il recupero energetico di rifiuti urbani indifferenziati. Perché, come sopra accennato, la pianificazione regionale ha il compito di individuare e assicurare la capacità di recupero dei rifiuti urbani nella misura necessaria *almeno*<sup>xii</sup> a soddisfare la domanda più prossima (ossia quella proveniente dall'ambito territoriale di riferimento) ma non potrebbe condizionare la capacità del mercato di soddisfare la domanda di trattamento ulteriore, ad es. determinata da situazioni emergenziali, o eventualmente proveniente dalle regioni limitrofe.

<sup>i</sup> Indagine Conoscitiva n. 49/2016 approvata con Delibera dell'AGCM n. 25823 del 21 gennaio 2016.

<sup>ii</sup> TAR Lombardia — Milano, sentenza del 26/10/2016, n. 1958.

<sup>iii</sup> Punto 14.3. Analogamente punto 3.2, sentenza del Consiglio di Stato del 07/03/2024, n. 2255.

<sup>iv</sup> Punto 14.4. Analogamente punto 3.2, sentenza del Consiglio di Stato del 07/03/2024, n. 2255.

<sup>v</sup> Premesse coerenti con la giurisprudenza amministrativa — Consiglio di Stato, sentenza del 29/05/2023 n. 5257; Consiglio di Stato, sentenza del 01/03/2023 n. 2114; TAR Lombardia, Milano, sentenza del 21/06/2019, n. 1445; TAR Lombardia, Brescia, sentenza del 30/01/2018, n. 138 — ma anche con le risultanze della citata indagine AGCM n. 49/2016, punti 507 – 509.

<sup>vi</sup> La sentenza del TAR Perugia avverte, infatti, che l'opzione per un'organizzazione verticalmente integrata del servizio di gestione dei rifiuti urbani *“richiede un'attenta ponderazione, potendo tendenzialmente essere esercitata solo allorché la gestione integrata sia indispensabile per porre rimedio ad un fallimento del mercato (ovvero alla conclamata incapacità del mercato di fornire la capacità di trattamento, smaltimento e recupero anche energetico della frazione indifferenziata nella misura necessaria a soddisfare la domanda secondo i principi di autosufficienza e di prossimità) e che, comunque, essa dovrebbe essere accompagnata da misure di regolazione finalizzate ad evitare le distorsioni della concorrenza causate dai sussidi incrociati tra i diversi segmenti dell'attività svolta dall'operatore “integrato”, ovvero tra l'attività della raccolta dei rifiuti esercitata in regime di monopolio legale e quella svolta dallo stesso operatore in regime di concorrenza nel recupero e nello smaltimento”*.

<sup>vii</sup> Secondo il Consiglio di Stato, *“In assenza di una riserva pubblica, il recupero e lo smaltimento dei rifiuti urbani non differenziati sono oggetto di regolazione, al fine di realizzare l'autosufficienza nello smaltimento e trattamento dei rifiuti urbani non pericolosi all'interno degli ATO, ed il rispetto del principio di prossimità”*. Tuttavia, *“Laddove l'iniziativa privata sia insufficiente, la costruzione e gestione degli impianti stessi viene attratta nell'orbita della gestione integrata del ciclo dei rifiuti”*.

<sup>viii</sup> Tra tutte, Consiglio di Stato, 23 marzo 2020, n. 2021; Cons. Giust. Amm. Sic. 30 marzo 2022, n. 410; Consiglio di Stato 31 luglio 2023, n. 7412.

<sup>ix</sup> L'art. 182-bis, comma 1, D. Lgs. n. 152/2006 stabilisce che *“Lo smaltimento dei rifiuti ed il recupero dei rifiuti urbani non differenziati sono attuati con il ricorso ad una rete integrata ed adeguata di impianti, tenendo conto delle migliori tecniche disponibili e del rapporto tra i costi e i benefici complessivi”* con l'obiettivo di *“a) realizzare l'autosufficienza nello smaltimento dei rifiuti urbani non pericolosi e dei rifiuti derivanti dal loro trattamento in ambiti territoriali ottimali”* e *“b) permettere lo smaltimento dei rifiuti ed il recupero dei rifiuti urbani indifferenziati in uno degli impianti idonei più vicini ai luoghi di produzione o raccolta, al fine di ridurre i movimenti dei rifiuti stessi, tenendo conto del contesto geografico o della necessità di impianti specializzati per determinati tipi di rifiuti”*.

<sup>x</sup> Sul punto v. anche Consiglio di Stato, sentenza del 29/05/2023 n. 5257.

---

<sup>xi</sup> Si vedano in proposito le altre decisioni pronunciate dal Consiglio di Stato sulla regolazione delle tariffe di accesso agli impianti nell'ambito del MTR-2 (Delibera n. 363/2021/R), tra tutte la sentenza del 6 dicembre 2023, n. 10550, secondo cui deve ritenersi illegittima una regolazione quale quella introdotta da ARERA nella misura in cui essa *“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 (...) 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”*.

<sup>xii</sup> Secondo il Consiglio di Stato, sentenza n. 2255/2024, cit. sopra, solo *“Laddove l’iniziativa privata sia insufficiente, la costruzione e gestione degli impianti stessi viene attratta nell’orbita della gestione integrata del ciclo dei rifiuti”*.