

N. ____/____ REG.PROV.COLL.
N. 00638/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 638 del 2022, proposto da 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 da Registri di Giustizia;

contro

Clara S.p.A., Aimag S.p.A., Herambiente S.p.A., La Città Verde Soc. Coop. Sociale a r.l., non costituiti in giudizio;

Regione Emilia-Romagna, in persona del Presidente della Giunta Regionale pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Caia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- dell'avviso di aggiudicazione di appalto pubblicato da Clara s.p.a. sulla GUUE del 12.07.2022, nel quale si dà atto dell'affidamento del servizio di trattamento della frazione di rifiuto umido (EER 20.01.08) proveniente dalla raccolta presso i Comuni soci di Clara s.p.a. fino al 31.12.2023, per l'importo di € 2.943.828,00, in

favore di Herambiente s.p.a. di Ostellato (lotto 1), La Città Verde soc. coop. sociale (lotto 2) e Aimag s.p.a. (lotto 3); - dei provvedimenti di aggiudicazione dell'appalto relativo al suddetto servizio proveniente dalla raccolta presso i Comuni soci di Clara s.p.a.” fino al 31.12.2023 in favore di Herambiente s.p.a. di Ostellato (lotto 1), La Città Verde soc. coop. sociale (lotto 2) e Aimag s.p.a. (lotto 3), di estremi e contenuto non conosciuti; - della nota PEC del 02.08.2022 con la quale Clara s.p.a. ha reso noto che “con Delibera di Giunta Regionale (DGR) n. 801 del 23/05/2022, la Regione Emilia-Romagna ha individuato gli impianti “minimi” di compostaggio/digestione anaerobica ai sensi del MTR-2 di cui alla Delibera di ARERA n. 363/2021/R/Rif del 3/08/2021 ed ha disposto, con riguardo ai rifiuti organici (EER 20.01.08) prodotti nel territorio regionale, che essi vengano destinati, a partire dal 01/07/2022, esclusivamente ad operazioni di recupero presso gli impianti di titolarità delle società Herambiente s.p.a, La Città Verde Soc. Coop. Sociale a r.l. e AIMAG s.p.a., relativamente alle quantità stabilite nell'Allegato 1 della sopracitata Delibera di Giunta Regionale. n. 801 del 23/05/2022”; - della determina a contrarre tramite “procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ai sensi dell'art. 63, co. 2, lette. B) sub 3), del D.lgs. n. 50/2016”, dell'invito a formulare offerta e di ogni altro atto e provvedimento relativi al procedimento indetto da Clara s.p.a. per l'affidamento del servizio in questione lotti 1, 2 e 3; - di ogni atto presupposto, connesso e comunque consequenziale, ivi compresa la Delibera di Giunta della Regione Emilia-Romagna n. 801/2022 (pubblicata sul BUR n. 170 del 08.06.2022); nonché per ottenere declaratoria di nullità, invalidità, inefficacia dei contratti di appalto stipulati in esito al suddetto procedimento in favore di Herambiente s.p.a. di Ostellato (lotto 1), La Città Verde soc. coop. Sociale (lotto 2) e Aimag s.p.a. (lotto 3).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Emilia-Romagna;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2022, il dott. Umberto Giovannini e uditi, per le parti, i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La presente controversia concerne l'azione impugnatoria presentata da Montello s.p.a. avverso il provvedimento con il quale Clara s.p.a. -società a capitale interamente pubblico che gestisce la raccolta dei rifiuti urbani e assimilati in 19 dei 21 Comuni della provincia di Ferrara - ha aggiudicato l'appalto del "servizio di trattamento della frazione di rifiuto umido (EER 20.01.08) proveniente dalla raccolta presso i Comuni soci di Clara s.p.a. fino al 31.12.2023" in favore di Herambiente s.p.a. (lotto 1), La Città Verde soc. coop. sociale (lotto 2) e Aimag s.p.a. (lotto 3). La ricorrente chiede, inoltre, l'annullamento dell'avviso di aggiudicazione del suddetto appalto pubblicato da Clara s.p.a. sulla GUUE del 12.07.2022, nonché della nota PEC del 02.08.2022, con la quale la stazione appaltante aveva precedentemente reso noto che, con Delibera di Giunta Regionale n. 801 del 23/05/2022, la Regione Emilia-Romagna aveva individuato gli impianti "minimi" di compostaggio/digestione anaerobica ai sensi del MTR-2 di cui alla Delibera di ARERA n. 363/2021/R/Rif del 3/08/2021 ed aveva altresì disposto, con riguardo ai rifiuti organici (EER 20.01.08) prodotti nel territorio regionale, che a partire dal 1 luglio 2022, essi debbano essere destinati esclusivamente ad operazioni di recupero da effettuarsi presso gli impianti delle società Herambiente s.p.a, La Città Verde Soc. Coop. Sociale a r.l. e AIMAG s.p.a., per le quantità stabilite nell'Allegato 1 della sopracitata Delibera di Giunta Regionale. n. 801 del 23/05/2022. La ricorrente chiede, infine, pronuncia dichiarativa di nullità o invalidità o inefficacia dei contratti di appalto che Clara spa, nelle more, abbia eventualmente stipulato con Herambiente s.p.a. (lotto n. 1), Città Verde Soc. Coop.

sociale (lotto n. 2) e Aimag spa (lotto n. 3).

Riferisce Montello spa che fino all'odierna procedura di gara e con riferimento agli anni 2021, 2020 e precedenti, Clara spa aveva affidato il medesimo appalto di servizio oggetto del presente giudizio, relativo al trattamento della frazione organica di rifiuti urbani, mediante indizione di procedure aperte ad evidenza pubblica, ai sensi del combinato disposto degli artt. 35 e 60 del D. Lgs. n. 50 del 2016. Per l'anno 2022, invece, Clara s.p.a. – sul presupposto che, con delibera n. 801 del 23 maggio 2022, la Giunta Regionale Emilia – Romagna, oltre ad individuare gli impianti c.d. “minimi” di compostaggio/digestione anaerobica ai sensi del MTR-2 previsti dalla delibera ARERA n. 363/2021/R/Rif. Del 3/8/2021 ha inoltre disposto che, a decorrere dal 1/7/2022, e in dichiarata applicazione della suddetta delibera, i rifiuti organici prodotti nel territorio regionale siano destinati esclusivamente ad operazioni di recupero da effettuarsi presso i suddetti impianti “minimi” autorizzati delle società HERAmbiente spa (impianto di Ostellato), La Città Verde soc. coop. sociale a r.l. (impianto di Crevalcore) e AIMAG s.p.a. (impianto di Finale Emilia), con conseguente determinazione di Clara s.p.a., in applicazione della suddetta delibera di Giunta regionale, di affidare l'appalto di servizio in questione, non già tramite procedura ad evidenza pubblica come era avvenuto fino all'anno 2021, ma tramite procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando ai sensi dell'ex art. 63, c. 2 lett. B) sub 3) del D. Lgs. n. 50 del 2016 ai suddetti operatori titolari di impianti “minimi” individuati dalla regione Emilia-Romagna quali titolari di “diritti esclusivi. Trattasi, pertanto, secondo la ricorrente, di vere e proprie assegnazioni autoritative di flussi di FORSU effettuate da Clara s.p.a. in favore dei succitati impianti minimi individuati con la menzionata delibera di Giunta regionale Emilia – Romagna n. 801 del 2022. Riferisce inoltre la ricorrente che Clara spa le ha comunicato che “...in ottemperanza degli obblighi derivanti da tali disposizioni...ha sottoscritto con gli impianti “minimi” individuati dalla Regione Emilia-Romagna i relativi contratti di appalto per il servizio di selezione, recupero e trattamento del rifiuto biodegradabile

– frazione rifiuto umido organico – con decorrenza dal 1/7/2022 fino al 31/12/2023. Montello spa ritiene illegittima la procedura negoziata senza pubblicazione del bando indetta da Clara spa per l'affidamento del servizio in parola e chiede l'annullamento degli atti impugnati sulla base dei seguenti motivi in diritto: Violazione delibera ARERA n. 363/2021 e degli artt. 1 e 2 L. n. 481 del 1995; violazione dell'art. 1, c. 527, lett. F), G) e H) L. n. 205 del 2017; violazione art. 16 Direttiva quadro in materia di rifiuti 98/2008/UE; violazione della delibera G.R. Emilia-Romagna n. 801/2022; violazione dell'art. 63 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e degli artt. 178, 181, 182 e 198 bis D. Lgs. n. 152 del 2006 e della Direttiva 2014/24/UE; violazione dell'art. 3 L.R. n. 16 del 2015; violazione dei principi generali di imparzialità e di buon andamento della P.A.; eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà e sviamento.

Secondo la ricorrente l'operato di Clara s.pa e della Regione Emilia – Romagna è illegittimo, in quanto il Codice dell'Ambiente assoggetta a privativa (comunale) esclusivamente la gestione dei rifiuti destinata allo smaltimento, secondo quanto chiaramente prevede l'art. 198 del D. Lgs. n. 152 del 2006. Nessuna privativa è prevista, invece, per le attività di recupero dei rifiuti. In particolare, sia a livello nazionale che comunitario è stabilito che l'attività di recupero dei rifiuti avvenga “nel rispetto del principio di concorrenza” come prescrive l'art. 178 del D. Lgs. n. 152 del 2006 (Codice dell'Ambiente) e inoltre che, per quanto più specificamente attiene al recupero delle frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata, detta attività avvenga sempre mediante la libera circolazione dei rifiuti da trattare sul territorio nazionale, come prevede l'art. 181, c. 5 D. Lgs. n. 152 del 2006. Pertanto, riguardo a tale specifica attività di recupero delle frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata non sussiste alcun regime normativo di “privativa” e i rifiuti oggetto della suddetta attività possono liberamente circolare all'interno dell'intero territorio nazionale, come ha in più occasioni univocamente statuito e ribadito la giurisprudenza amministrativa (v. Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia

30/3/2022 n. 410 e T.A.R. Lombardia –BS- 12/6/2018 n. 1253). L'inconfigurabilità di limitazioni territoriali di sorta, nel mercato di riferimento, è stata sottolineata anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (A.G.C.M.), che nell'indagine conoscitiva IC49 del 2016 ha riconosciuto che “la frazione differenziata – e segnatamente il trattamento della frazione organica (FORSU), “si svolge in regime di libero mercato”. Sulla questione in esame, con la delibera n. 449 del 9/6/2021 anche A.N.A.C. ha chiarito che “...il criterio di limitazione territoriale secondo il principio di prossimità e la conseguente definizione della disciplina applicabile dipende 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. del. ANAC n. 449 del 9/6/2021 doc. 6 ric.).

Secondo la ricorrente è pertanto pacifico che, a differenza di altre categorie di rifiuti, il quadro normativo vigente dispone univocamente che l'attività di recupero della frazione organica dei rifiuti urbani proveniente da raccolta differenziata debba essere svolta in regime di libero mercato e senza limitazioni territoriali. La ricorrente ritiene inoltre che il quadro normativo sopra delineato non abbia subito alcun sostanziale mutamento con l'entrata in vigore della delibera ARERA n. 363 del 2021 e che, di conseguenza, sia illegittima la successiva delibera della Giunta Regionale dell'Emilia-Romagna n. 801 del 2022, con la quale la quale la Regione, in pretesa attuazione della suddetta delibera ARERA, prefigura vere e proprie assegnazioni autoritative di flussi di Frazione Organica di Rifiuti Solidi Urbani (FORSU) in favore degli impianti “minimi” già da essa precedentemente individuati. La delibera ARERA non prevede assolutamente tale sovvertimento dei principi e delle regole che fino a quel momento avevano governato l'attività, in libero mercato, di recupero della frazione umida proveniente da raccolta differenziata dei R.S.U..

Secondo Montello s.p.a. la semplice lettura dell'all. A della suddetta delibera ARERA n. 363 del 2021, nella parte in cui prevede che "...per gli impianti di chiusura del ciclo dei 'minimi', l'applicazione di una regolazione dei costi riconosciuti e delle tariffe caratterizzata da incentivazioni coerenti con la menzionata gerarchia per la gestione dei rifiuti secondo quanto disposto dall'art. 23..." è sufficiente per chiarire che ARERA, mediante la menzionata delibera, lungi dal volere sottrarre dal regime di libero mercato l'attività di recupero della FORSU per addivenire, di fatto, all'introduzione di un regime di assegnazione autoritativa dei flussi di Frazione Organica di Rifiuti Solidi Urbani (FORSU) in favore di determinati impianti "minimi" precedentemente individuati dalle Regioni, si limita molto più semplicemente ad introdurre un sistema di tariffe agevolate per il conferimento nei suddetti impianti "minimi", con la conseguenza che la delibera ARERA non istituisce alcuna formale "privativa" ed al contempo non prevede alcuna deroga al regime dell'evidenza pubblica per la selezione dell'affidatario dei servizi di trattamento/recupero della FORSU quale attività gravante su Clara s.p.a, in qualità di gestore del servizio integrato ed organismo di diritto pubblico. La ricorrente ritiene che siffatte conclusioni trovino oggettiva conferma nelle applicazioni date alla suddetta delibera ARERA da diverse Regioni quali Friuli Venezia Giulia e Liguria, laddove dette amministrazioni hanno valutato i dati relativi ai flussi quali puramente indicativi ed acquisiti ai fini programmatici ed hanno altresì esplicitamente confermato il regime di libero mercato che governa tale settore del trattamento/ recupero dei RSU provenienti da raccolta differenziata. In conclusione, rileva la ricorrente che la delibera ARERA MTR-2 non legittima affatto l'istituzione di regimi di "privativa", ma si limita a introdurre un sistema tariffario agevolato per gli impianti di chiusura del ciclo qualificati "minimi"; tale delibera, pertanto, né configura né in alcun modo legittima l'istituzione di quote riservate di mercato, con la conseguenza che l'affidamento del servizio in questione deve in ogni caso avvenire attraverso meccanismi competitivi senza limitazioni di

sorta. Risulta quindi illegittimo – anche dopo la presa in considerazione della delibera ARERA n. 363 del 2021 – l'affidamento, da parte di Clara s.p.a., dell'appalto di cui è causa tramite procedura negoziata senza bando, ex art. 63, c. 2, lett. b) sub 3) del D. Lgs. n. 50 del 2016, poiché gli impianti qualificati quali “minimi” dalla Regione Emilia – Romagna in alcun modo possono essere definiti quali “titolari di diritti esclusivi”. La ricorrente rileva inoltre che tale affidamento a procedura negoziata non ha comportato alcun vantaggio economico all'amministrazione pubblica, posto che il prezzo di aggiudicazione di tale procedura negoziata, quale evidenziato nel relativo avviso pubblicato, è palesemente esorbitante e lontanissimo dal prezzo di mercato, risultando che Herambiente ha ottenuto l'affidamento per il prezzo di €. 102, 97 a tonnellata; AIMAG per il prezzo di €. 96,42 a tonnellata e La Città Verde per il prezzo di €. 97,18 a tonnellata, a fronte di un prezzo, per il medesimo servizio di recupero, a seguito dell'espletamento di procedure aperte di €. 72, 45 a ton. per l'anno 2020 ed €. 67,00 a ton. per l'anno 2021.

Con un secondo mezzo d'impugnazione, Montello s.p.a. deduce l'illegittimità in via derivata della determinazione Clara s.p.a. impugnata dalla asserita illegittimità della presupposta delibera della Giunta regionale n. 801 del 23/5/2022. Secondo la ricorrente la delibera regionale non ha tenuto conto dei presupposti in base ai quali la delibera ARERA MTR-2 ha attribuito alle Regioni la possibilità di qualificare gli impianti “minimi”. In particolare, ARERA subordina tale possibilità alla “valutazione del livello di efficacia dell'eventuale esistenza di pressione competitiva nel contribuire alla promozione di efficienza allocativa”, e quindi gli impianti “minimi” devono essere individuati dalle Regioni solo se essi siano “indispensabili” nell'ottica del soddisfacimento della domanda. Ulteriore presupposto indicato da ARERA (art. 21 All. A della delibera) per l'individuazione degli impianti di chiusura del ciclo “minimi” e che a tal fine essi possano offrire “...una capacità in un mercato con rigidità strutturali, caratterizzato da un forte e stabile eccesso di domanda e da un limitato numero di operatori...”.

Secondo la ricorrente, l'esistenza di siffatti presupposti richiesti espressamente da ARERA necessitavano pertanto che la Regione Emilia – Romagna procedesse ad effettuare un'approfondita istruttoria, diretta a valutare che, in ambito regionale, vi fossero quelle effettive situazioni di mercato riguardo all'attività di recupero dei RSU (pressione competitiva, forte e stabile eccesso di domanda, limitato numero di operatori del settore) necessarie per procedere all'individuazione degli impianti "minimi" sia che, sotto altro profilo, sussistessero i requisiti di capacità degli impianti (riferita anche agli operatori che li gestiscono) richiesta da ARERA.

Nella specie, invece, la Regione non ha compiuto alcuna attività istruttoria in tale direzione, risultando espressamente dalla motivazione della delibera regionale impugnata che la Regione ha fondato l'individuazione dei suddetti impianti "minimi" basandosi in modo esclusivo sulla presunta ma nella specie errata valutazione di centralità "...dei principi cardine di autosufficienza e prossimità..." nella gestione del recupero della frazione organica, al fine (distorto e ingiustificato) di limitare il più possibile la movimentazione dei suddetti rifiuti.

Clara s.p.a, pur ritualmente intimata, non si è costituita in giudizio.

Si è costituita in resistenza l'Amministrazione regionale dell'Emilia – Romagna, chiedendo pregiudizialmente che il ricorso sia dichiarato irricevibile per tardività in relazione alla delibera ARERA n. 363 del 2021. Nel merito l'Amministrazione regionale chiede che il ricorso sia respinto in ragione della ritenuta infondatezza di tutte le censure ivi rassegnate.

Alla pubblica udienza del giorno 8 dicembre 2022, la causa è stata chiamata ed essa, dopo ampia discussione tra le parti, è stata quindi trattenuta per la decisione, come da verbale.

Il Tribunale deve preliminarmente esaminare l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività dello stesso sollevata dalla resistente amministrazione regionale con espresso riferimento alla delibera ARERA n. 363 del 2021. L'eccezione si rivela infondata dato che la ricorrente non ha in concreto rivolto alcuna censura avverso

tale atto, impugnando unicamente la delibera regionale e la conseguente determinazione di Clara s.p.a. in ragione della ritenuta violazione della citata delibera dell'Autorità Regolazione per Energia Reti e Ambiente.

Nel merito, il Tribunale rileva che è fondato il primo mezzo d'impugnazione rassegnato dalla ricorrente Montello s.p.a. avverso la delibera della Giunta Regionale Emilia – Romagna n. 801 del 23/05/2022, con la quale sono stati individuati gli impianti “minimi” di compostaggio/digestione anaerobica ai sensi del MTR-2 di cui alla Delibera di ARERA n. 363/2021/R/Rif del 3/08/2021 e con la quale si dispone altresì che, a decorrere dal 1/7/2022, e in dichiarata applicazione della suddetta delibera ARERA, i rifiuti organici prodotti nel territorio regionale siano destinati esclusivamente ad operazioni di recupero da effettuarsi presso i suddetti impianti “minimi” autorizzati delle società HERAmbiente spa (impianto di Ostellato), La Città Verde soc. coop. sociale a r.l. (impianto di Crevalcore) e AIMAG s.p.a. (impianto di Finale Emilia). La fondatezza del suddetto rilievo travolge, inoltre, anche il consequenziale provvedimento con il quale Clara s.p.a., in dichiarata applicazione della citata delibera regionale, ha affidato, con procedura negoziata e senza bando pubblicato, l'appalto del servizio di trattamento della frazione di rifiuto umido (EER 20.01.08) proveniente dalla raccolta presso i Comuni soci della stessa società fino al 31.12.2023 in favore di Herambiente s.p.a. di Ostellato (lotto 1), La Città Verde soc. coop. sociale (lotto 2) e Aimag s.p.a. (lotto n. 3).

Il Collegio deve innanzitutto rilevare 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, con la conseguenza che tale specifica attività di trattamento e recupero di RSU provenienti dalla raccolta differenziata, non è assoggettata a regime di “privativa”, tanto meno con riferimento ad eventuali limiti territoriali riguardanti gli

impianti di conferimento del particolare tipo di rifiuto in esame. Infatti, il quadro normativo di specifico riferimento, e, in particolare l'art. 181 c. 4 e ss. del D. Lgs. n. 152 del 2006 stabilisce chiaramente che per le frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata destinati al riciclaggio ed al recupero è sempre ammessa la libera circolazione sul territorio nazionale tramite enti o imprese iscritti nelle apposite categorie dell'Albo nazionale gestori ambientali di cui all'art. 212, c. 5 del D. Lgs. n. 152 del 2006. A sua volta l'art. 198 dello stesso Decreto circoscrive e delimita il regime di "privativa" (comunale) riguardo alle sole operazioni di smaltimento dei RSU (v. C.G.A. Regione Sicilia 30/3/2022 n. 410), con conseguente necessario assoggettamento delle attività di riciclaggio e recupero degli altri RSU provenienti da raccolta differenziata a procedura aperta secondo quanto dispongono gli artt. 35 e 60 del D. Lgs. n. 50 del 2016. Di qui, pertanto, da parte di Clara spa e della Regione Emilia – Romagna, per gli atti di rispettiva competenza, l'accertata violazione delle suddette disposizioni e la falsa ed erronea applicazione, alla fattispecie in esame, della disciplina di cui all'art. 63 del D. Lgs. n. 50 del 2016, non ricorrendo, nel caso in trattazione, alcuno dei presupposti affinché la stazione appaltante potesse procedere ad avviare procedura negoziata senza pubblicazione del bando ai sensi di quanto prevede l'art. 63, c. 2 lett. b) del D. Lgs. n. 50 del 2016.

Nella specie, come si è accertato, l'affidamento del servizio relativo al trattamento della frazione di rifiuto umido proveniente dalla raccolta differenziata non rientra in alcun caso di "privativa", cosicché tale appalto non può - del tutto ingiustificatamente - essere sottratto al regime di libero mercato e alle conseguenti procedure concorrenziali ad evidenza pubblica per l'affidamento dello stesso. D'altra parte, il Collegio deve osservare che non sono persuasive né tanto meno condivisibili le considerazioni svolte dalla Regione Emilia – Romagna a sostegno di quanto stabilito sia nella delibera di G.R. n. 801 del 23/5/2022 sia nella conseguenziale procedura negoziata senza pubblicazione del bando avviata e

conclusa da Clara spa in applicazione della citata delibera ai sensi dell'art. 63, c. 2 lett. b) del D. Lgs. n. 50 del 2016.

Invero, la Regione ritiene che l'individuazione degli impianti "minimi" in ambito regionale ed il ricorso a siffatta procedura non concorrenziale per l'affidamento del servizio di riciclaggio e recupero siano operazioni legittimate da quanto disposto da ARERA nella delibera n. 363 del 2021.

Peraltro, si deve osservare che dalla lettura della suddetta delibera dell'Autorità non è possibile ricavare alcun elemento che supporti l'interpretazione che ne ha dato la Regione Emilia – Romagna. In particolare, 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...". Trattasi, in definitiva, unicamente del riconoscimento (indiretto) di incentivi agli impianti e agli operatori che li gestiscono; elemento, questo, che pur essendo certamente espressione di un *favor* nei riguardi di tali impianti, coerente con il principio di tutela ambientale di prossimità degli stessi ai luoghi di produzione del rifiuto, altrettanto certamente non significa che ARERA, mediante tale delibera, abbia inteso sovvertire totalmente il sistema – da anni vigente e nel tempo consolidatosi – di affidamento del peculiare servizio tramite procedure aperte.

In alcuna parte della delibera, ARERA stabilisce innovativamente un regime di "privativa" per l'attività di riciclaggio e al recupero della frazione di rifiuto umido proveniente dalla raccolta differenziata, cosicchè alcun dubbio può sorgere circa il regime applicabile per l'affidamento dei relativi appalti di servizio, che continua ad essere quello del libero mercato, senza apposizione di alcun limite territoriale allo svolgimento dell'attività, e, in particolare, all'ubicazione degli impianti di trattamento, con conseguente obbligo per Clara s.p.a. di indire procedura aperta ex art. 35 e 60 del D. Lgs. n. 50 del 2016, come peraltro la stessa stazione appaltante - del tutto legittimamente e correttamente- aveva fatto negli anni passati fino al 2021.

Né possono condurre il Collegio a diverse conclusioni le argomentazioni difensive della Regione dirette a privilegiare, nella lettura dell'intero contesto normativo settoriale, e, in particolare, di quanto stabilisce l'art. 181, c. 5 del D. Lgs. n. 152 del 2006, il risalto dato nell'ultima parte della norma al principio di "prossimità sugli impianti di recupero.". Il Collegio ritiene, al riguardo, che anche l'ultima parte della disposizione sia del tutto coerente con le considerazioni fin qui svolte in tema di riconoscimento di un *favor* normativo riguardo a tale principio in materia ambientale di "prossimità sugli impianti di recupero", ma che nel caso dei rifiuti in questione, assoggettati, come si è visto, a regime di pubblico mercato e a procedure ad evidenza pubblica per quanto concerne gli affidamenti dei relativi servizi, tale *favor* non possa che tradursi in incentivazioni soprattutto tariffarie a tali impianti "minimi" da disporsi a "valle" del suddetto consolidato sistema.

Le considerazioni appena svolte trovano autorevole supporto, ad avviso del Collegio, nella delibera ANAC n. 449 del 9/6/2021, citata in narrativa della presente decisione ove si stabilisce che

"...il criterio di limitazione territoriale secondo il principio di prossimità e la conseguente definizione della disciplina applicabile dipende 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. del. ANAC n. 449 del 9/6/2021 doc. 6 ricorrente).

Dalle considerazioni che precedono discende, conseguentemente, l'accertata illegittimità sia della delibera di Giunta Regionale impugnata, sia della determinazione di Clara spa impuginate.

La natura assorbente del motivo accolto si ritiene possa esimere il Tribunale da esaminare l'ulteriore rilievo rassegnato in ricorso.

La novità delle questioni esaminate e il carattere "interpretativo" della presente

sentenza giustificano, ad avviso del Tribunale, l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia - Romagna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto annulla gli atti con esso impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Ugo Di Benedetto, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

L'ESTENSORE
Umberto Giovannini

IL PRESIDENTE
Ugo Di Benedetto

IL SEGRETARIO