

Pubblicato il 06/03/2023

N. 00557/2023 REG.PROV.COLL.
N. 01568/2022 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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1568 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 eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia;

contro

Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente - ARERA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio digitale presso la relativa casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico *ex lege* presso gli Uffici dell'Avvocatura stessa in Milano Via Freguglia, n. 1;

Regione Emilia Romagna, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Caia, con domicilio digitale eletto presso la sua casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Maria Carla Minieri in Milano, via Francesco Sforza, n. 15;

Regione Campania, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Laura Consolazio e Fabrizio Niceforo, con domicilio digitale eletto presso al loro casella PEC come da Registri di Giustizia;

nei confronti

Iren Ambiente S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giancarlo Cantelli, con domicilio digitale eletto presso la sua casella PEC come da Registri di Giustizia;

Castaldo High Tech S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Abbamonte e Enzo Robaldo, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del secondo in Milano, piazza Eleonora Duse, n. 4;

Aimag S.p.A., Herambiente S.p.A., Biorg S.r.l., Maserati Energia S.r.l., La Città Verde Soc. Coop. Sociale A R.L., Salerno Pietro S.r.l., Sogliano Ambiente S.p.A., Atersir – Agenzia Territoriale dell'Emilia-Romagna per i Servizi Idrici e Rifiuti, Clara S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite;

per l'annullamento

- della Deliberazione dell'Autorità di Regolazione per l'Energia, Reti e Ambiente - ARERA n. 363 del 3 agosto 2021 recante la definizione del Metodo Tariffario Rifiuti per il secondo periodo regolatorio (MTR-2);
- della Delibera di Giunta della Regione Emilia-Romagna n. 801/2022 (pubblicata sul BUR n. 170 del 08.06.2022);
- della Delibera di Giunta della Regione Emilia-Romagna n. 2032 del 29/11/2021;
- delle comunicazioni di avvio del procedimento trasmesse in data 31.03.2022 alle società Aimag s.p.a., Herambiente s.p.a., Iren Ambiente s.r.l., Maserati Energia s.r.l., La Città Verde Soc. Coop. Sociale a r.l., Salerno Pietro s.r.l., Sogliano Ambiente s.p.a.;

- delle note del 12.05.2022 con le quali la Regione Emilia-Romagna ha comunicato l'esito dell'istruttoria condotta alle società Aimag s.p.a., Herambiente s.p.a., Iren Ambiente s.r.l., Maserati Energia s.r.l., La Città Verde Soc. Coop. Sociale a r.l., Salerno Pietro s.r.l., Sogliano Ambiente s.p.a.;
- delle note del 07.04.2022 con le quali la Regione Emilia-Romagna ha comunicato ai gestori del servizio integrato le destinazioni ipotizzate per le annualità 2022-2023 per i rispettivi bacini di gestione;
- delle note del 18.05.2022 con le quali la Regione Emilia-Romagna ha comunicato ai gestori del servizio integrato i flussi assegnati per le annualità 2022-2023 per i rispettivi bacini di gestione;
- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresi: ogni atto e provvedimento relativi all'istruttoria condotta ai fini della qualificazione degli impianti di chiusura del ciclo e della conseguente individuazione degli impianti integrati, minimi e aggiuntivi; ogni atto e provvedimento attraverso il quale, ai predetti fini, sono stati accertati e valutati il “livello di pressione competitiva”, “l'attività di programmazione settoriale” e il “grado di integrazione della filiera”, ai sensi della citata Deliberazione ARERA n. 363 del 3 agosto 2021.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, della Regione Emilia Romagna, della Regione Campania, nonché delle controinteressate Iren Ambiente S.p.A. e Castaldo High Tech S.p.A.;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2022 la dott.ssa Valentina Mameli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Montello S.p.A., odierna ricorrente, è attiva da oltre 25 anni nel settore del recupero e riciclo di rifiuti, nello specifico ambito del trattamento dei rifiuti organici (FORSU) provenienti dalla raccolta differenziata.

Attualmente, nello stabilimento aziendale di Montello (BG), vengono trattate circa 750.000 tonnellate/anno di Frazione Organica dei Rifiuti Solidi Urbani - FORSU provenienti dalla raccolta differenziata, da cui:

- si ricava biogas utilizzato per produrre biometano, con recupero di anidride carbonica (CO₂) per uso tecnico industriale;
- si produce un fertilizzante organico di elevata qualità.

1.1. Con l'atto introduttivo del giudizio la società ha impugnato:

- la deliberazione ARERA n.363 del 3 agosto 2021, recante il “Metodo tariffario rifiuti (MTR-2) per il secondo periodo regolatorio 2022-2025”, limitatamente alla parte in cui sono dettate disposizioni per l'individuazione degli impianti di chiusura del ciclo “minimi”,
- la deliberazione della Giunta n. 2032 del 29 novembre 2021 con cui la Regione Emilia Romagna ha individuato gli impianti di chiusura del ciclo di termovalorizzazione e discarica, distinguendo tra quelli “integrati” e quelli “minimi” nonché gli impianti intermedi ad essi afferenti, ha delegato l'Agenzia Territoriale dell'Emilia-Romagna per i Servizi Idrici e Rifiuti (ATERSIR) quale “Soggetto competente” di cui al punto 7.2 della Delibera ARERA n. 363/2021/R/Rif, e ha rinviato ad un successivo provvedimento l'individuazione degli impianti di chiusura del ciclo “minimi” di compostaggio/digestione anaerobica nonché l'eventuale quantificazione, per ciascuno di essi, dei relativi flussi di prossimità;
- la deliberazione della Giunta n. 801 del 23 maggio 2022 con cui la Regione Emilia-Romagna, in attuazione della citata Delibera ARERA n. 363/2021, ha individuato “gli impianti di chiusura del ciclo “minimi” di compostaggio/digestione anaerobica a partire dal 1 gennaio 2022 nonché ha quantificato per ciascuno di essi dei relativi flussi di prossimità per gli anni 2022 (decorrenti dal 1 luglio 2022) e 2023”;

- gli atti esecutivi, meglio indicati in epigrafe, con cui la Regione ha dato attuazione alle disposizioni in ordine all'individuazione degli impianti minimi.

1.2. Avverso i provvedimenti indicati in epigrafe la società ha proposto ricorso chiedendo l'annullamento, previa tutela cautelare, censurando sia la deliberazione di ARERA 3 agosto 2021 n. 363, laddove ha dettato disposizione che consentono alle Regioni di individuare gli impianti di chiusura del ciclo "minimi" da assoggettare a regolazione pubblica sotto il profilo tariffario e dei flussi destinati, nonché le deliberazioni della Regione Emilia Romagna che, nell'attuare la delibera di ARERA, precluderebbero il libero accesso al mercato regionale da parte degli altri operatori attivi - come la ricorrente - nel mercato di riferimento, anche se muniti di impianti ubicati nel territorio di altre Regioni.

1.3. Si sono costituite in giudizio l'ARERA, la Regione Emilia Romagna, e la controinteressata Iren Ambiente S.p.A., resistendo al ricorso di cui hanno contestato la fondatezza con separata memoria. Si sono costituite altresì la Regione Campania e Castaldo High Tech S.p.A., tuttavia per errore, come si dirà *infra*,

1.4. Alla camera di consiglio del 21 settembre 2022, fissata per l'esame della domanda cautelare, la parte ricorrente vi ha rinunciato.

1.5. In vista della trattazione nel merito le parti hanno depositato corposi scritti difensivi, insistendo nelle rispettive conclusioni.

1.6. Indi la causa è stata chiamata e trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 14 dicembre 2022.

2. Le questioni poste all'attenzione del Tribunale attengono alla disciplina degli impianti di chiusura del ciclo "minimi", in particolare alle modalità di individuazione o qualificazione di detti impianti "minimi" (e alla competenza a individuarli), e alle conseguenze giuridico-economiche che discendono da tale qualificazione.

2.1. Il ricorso si articola attraverso l'impugnazione della deliberazione di ARERA n. 363/2021 e degli atti della Regione Emilia Romagna, assunti in

attuazione della predetta deliberazione.

3. Il Collegio intende esaminare in via prioritaria il primo motivo di gravame, diretto contro la deliberazione di ARERA n. 363/2021, con il quale la ricorrente ha dedotto la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1 e 2 della legge n. 481/1995, dell'art. 1, comma 527, lettere f), g) e h), della legge n. 205/2017, dell'art. 16 della Direttiva quadro in materia di rifiuti 98/2008/UE (modificata dalla Direttiva 851/2018/UE), degli artt. 181 e 182 bis del d.lgs. n. 152/2006, l'incompetenza, la violazione del D.lgs. n. 50/2016, della Direttiva 2014/24/UE e dei principi e norme in tema di evidenza pubblica, pubblicità, trasparenza e massima concorrenza, l'eccesso di potere sub specie di errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione e sviamento:

l'attività di trattamento della FORSU è interamente governata da fisiologiche dinamiche di mercato,

implicando l'impiego del rifiuto organico quale "risorsa/materia prima", la cui lavorazione, con le tecnologie ad oggi disponibili, ne consente una valorizzazione superiore al 90%. La frazione organica, quindi, costituisce già oggi una vera e propria risorsa economica. Le disposizioni della delibera di ARERA per l'individuazione degli impianti "minimi" in ambito regionale - e il loro assoggettamento al descritto sistema di regolazione tariffaria - pregiudicherebbero la possibilità degli operatori del settore di accedere liberamente al mercato dei servizi di trattamento della FORSU e di esprimere la propria capacità in funzione di una aperta competizione concorrenziale.

Un impianto qualificato come "minimo" beneficerebbe della sostanziale assegnazione di rilevanti quote di mercato sottratte al libero gioco concorrenziale, con predeterminazione dei volumi di rifiuti da trattare e dei soggetti conferitori in ambito regionale.

Sostanzialmente, quindi:

- da un lato, le Regioni che individuano i c.d. impianti "minimi" e impianti "integrati" (come, ad esempio, la Regione Emilia-Romagna) sottrarrebbero al

mercato, e quindi agli operatori che non risiedono in tali Regioni (come la ricorrente) i flussi di FORSU che destinano ai suddetti impianti minimi/integrati, con l'effetto di azzerare la possibilità di trattare/riciclare i suddetti rifiuti negli impianti localizzati fuori Regione;

- dall'altro lato, ai suddetti impianti identificati come “minimi” e “integrati” sarebbe invece consentito, partecipando a bandi ad evidenza pubblica, di disporre del 100% dei rifiuti prodotti in Regioni che hanno optato per il libero mercato (senza quindi aver identificato impianti “minimi” e/o “integrati” e, quindi, “protetti” dalla previsione di flussi garantiti di provenienza interna).

Un intervento regolatorio di tale portata, in un settore soggetto al libero mercato concorrenziale, esulerebbe dalle attribuzioni dell'Autorità, riferite esclusivamente al regime tariffario relativo al servizio integrato dei rifiuti urbani. L'impugnata deliberazione di ARERA si spingerebbe ben oltre la mera predisposizione di un metodo tariffario, arrivando a prefigurare un vero e proprio sistema di predeterminazione autoritativa dei flussi di rifiuti da recuperare e, al contempo, un sostanziale regime di privativa (in favore degli impianti “minimi” determinati dalle Regioni) con assoluta preclusione all'accesso al mercato regionale per gli altri operatori. Ciò al di fuori del perimetro di attribuzioni delineato dalla legge n. 481/1995 (artt. 1 e 2) e dalla legge n. 205/2017 (art. 1, comma 18 527, lettere f), g) e h). Le competenze regolatorie delineate dal Legislatore ed assegnate ad ARERA atterrebbero in modo specifico ed esclusivo al servizio integrato di gestione dei rifiuti urbani (trattandosi di servizio di pubblica utilità affidato in concessione) e non riguarderebbero in alcun caso l'attività di recupero esercitata in regime di libero mercato.

Né a diverse conclusioni potrebbe condurre la valorizzazione del criterio di “prossimità” nella gestione del rifiuto, pur richiamato nella deliberazione di ARERA, non essendo applicabili gli strumenti di regolazione (in genere) e del più specifico criterio di prossimità, nell'ambito del mercato dei rifiuti

differenziati, come stabilito dalla normativa di settore, di rango europeo e nazionale.

In via gradata, la determinazione di ARERA sarebbe illegittima anche nella misura in cui trascura di considerare la dimensione nazionale del mercato di riferimento, investendo le Regioni del compito di operare l'individuazione degli impianti minimi, mentre i rifiuti (anche organici) oggetto di raccolta differenziata (ed in particolare la FORSU) sono soggetti al regime di libera circolazione sul territorio nazionale, anche ai sensi dell'art. 181 comma 5 del D.lgs. n.152/2006, sicché la loro gestione dovrebbe poter essere assicurata anche tramite impianti localizzati fuori dai confini regionali e, comunque, non potrebbe essere oggetto di assegnazione in via diretta di flussi riservati, neppure a vantaggio del gestore integrato. La normativa di settore posta a base dell'intervento attribuirebbe ad ARERA la competenza ad adottare a livello unitario le opportune misure di regolazione tariffaria ma non legittimerebbe il trasferimento della funzione ad altre amministrazioni territoriali, con i correlati e censurati effetti di frammentazione e distorsione del mercato di riferimento. Inoltre l'assetto delineato dalla Deliberazione MTR-2, come sopra descritto, finirebbe con il disattendere i basilari principi in tema di evidenza pubblica.

4. In relazione all'impugnazione della deliberazione di ARERA la Regione ha dedotto l'irricevibilità del gravame per tardività.

4.1. L'eccezione non è meritevole di accoglimento.

La deliberazione dell'Autorità costituisce un atto generale. Quanto alla disciplina oggetto delle censure dedotte dalla ricorrente, ARERA, dopo aver stabilito i criteri di individuazione degli impianti di chiusura del ciclo "minimi", ha demandato alla Regioni la concreta identificazione degli impianti da qualificare come minimi tra quelli presenti sul territorio.

La lesione della posizione giuridica della ricorrente si determina soltanto con l'individuazione degli impianti "minimi" ad opera della Regione tra quelli collocati nel territorio di competenza, che ha come effetto la chiusura del

flusso di rifiuti oltre i confini regionali e dunque la preclusione della ricezione dei rifiuti stessi da parte dell'impianto della ricorrente, in quanto collocato in altra Regione, seppure confinante con l'Emilia Romagna.

Solo in tale momento la posizione della ricorrente si qualifica e si differenzia rispetto alla generalità della categoria di riferimento, divenendo legittimata ad impugnare anche la deliberazione dell'Autorità, quale atto presupposto della determinazione regionale.

4.2. La Regione Emilia Romagna ha altresì eccepito l'inammissibilità dell'impugnazione degli atti regionali per incompetenza del Tribunale adito.

Anche tale eccezione deve essere disattesa.

La ricorrente, in relazione all'impugnazione degli atti e dei provvedimenti regionali (in particolare alle deliberazioni della Giunta), ha dedotto *in primis* l'invalidità in via derivata dall'illegittimità della deliberazione di ARERA.

La competenza funzionale per le controversie relative ai poteri esercitati dall'Autorità, ai sensi dell'art. 14 comma 2 c.p.a., ha forza attrattiva rispetto alla competenza per territorio derivante dall'impugnazione di atti conseguenti a quelli adottati dall'Autorità stessa (cfr. Ad Plen. n. 4/2013: *"In tema di competenza territoriale del giudice amministrativo, la natura della competenza funzionale, caratterizzata da profili di specialità ed espressione di esigenze affatto peculiari, ne implica la prevalenza rispetto alla competenza territoriale delineata in via generale dall'art. 13 c. proc. amm. con riferimento alla sede dell'autorità emanante o alla sfera territoriale degli effetti degli atti?"*).

E ciò tanto più nel caso, come quello in esame, in cui è dedotta l'illegittimità in via derivata dei provvedimenti impugnati, assunti da Amministrazione diversa dall'Autorità, in attuazione della deliberazione di ARERA.

4.3. Da ultimo, sempre in via preliminare, va disposta l'estromissione dal giudizio della Regione Campania, e della società Castaldo High Tech s.p.a., avente sede nella Regione Campania, costituitesi, evidentemente, per errore nel presente giudizio, ove non sono impugnati provvedimenti regionali.

5. Venendo al merito, ad avviso del Collegio il motivo sopra sintetizzato è fondato, nei limiti di seguito indicati.

6. E' necessario dare conto del quadro normativo e regolatorio in cui si inserisce la questione di cui è causa.

6.1. L'art. 1, comma 527, legge n. 205/2017, *“al fine di migliorare il sistema di regolazione del ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati, per garantire accessibilità, fruibilità e diffusione omogenee sull'intero territorio nazionale nonché adeguati livelli di qualità in condizioni di efficienza ed economicità della gestione, armonizzando gli obiettivi economico-finanziari con quelli generali di carattere sociale, ambientale e di impiego appropriato delle risorse, nonché di garantire l'adeguamento infrastrutturale agli obiettivi imposti dalla normativa europea”*, ha assegnato all'ARERA, con i medesimi poteri e nel quadro dei principi, delle finalità e delle attribuzioni, anche di natura sanzionatoria, stabiliti dalla legge n. 481/1995, le seguenti funzioni di regolazione e controllo in particolare, per quanto qui rileva, in materia di:

- *“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’”* (lett. f);
- *“fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento”* (lett. g);
- *“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”* (lett. h.);
- *“verifica della corretta redazione dei piani di ambito esprimendo osservazioni e rilievi”* (lett. i).
- *“formulazione di proposte relativamente alle attività comprese nel sistema integrato di gestione dei rifiuti da assoggettare a regime di concessione o autorizzazione in relazione alle condizioni di concorrenza dei mercati”* (lett. l);
- *“formulazione di proposte di revisione della disciplina vigente, segnalandone altresì i casi di gravi inadempienze e di non corretta applicazione”* (lett. m).

6.2. A seguito dell'attribuzione delle predette funzioni l'ARERA, dopo la prevista procedura di consultazione, avviata con la deliberazione 225/2018/R/RIF, con l'intento di introdurre un nuovo sistema tariffario in materia di ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati (RU), con delibera 31 ottobre 2019 n. 443/2019/R/RIF ha adottato la "Definizione dei criteri di riconoscimento dei costi efficienti di esercizio e di investimento del servizio integrato dei rifiuti, per il periodo 2018-2021", approvando così il Metodo Tariffario Rifiuti (MTR), che ha sostituito il cd. metodo normalizzato di cui al Decreto del Presidente della Repubblica 27 aprile 1999, n. 158.

La regolazione introdotta dall'Autorità si basa su criteri di riconoscimento dei costi efficienti.

6.3. Successivamente, con la deliberazione 138/2021/R/RIF, l'Autorità ha avviato il procedimento per la definizione del Metodo Tariffario Rifiuti per il secondo periodo regolatorio 2022-2025 (MTR-2), nell'ambito del quale provvedere anche alla fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento.

Nel documento per la consultazione 196/2021/R/RIF, l'Autorità ha illustrato i propri orientamenti generali *"per la determinazione dei criteri di riconoscimento dei costi efficienti di esercizio e di investimento del servizio integrato dei rifiuti, nonché per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento, in conformità ai principi derivanti dalla normativa comunitaria e nazionale ed in modo da mantenere un quadro generale di regole stabile e certo, che sia ritenuto efficace e credibile dai vari attori presenti nel comparto"* (cfr. Premessa al documento).

In tema di fabbisogno impiantistico l'Autorità ha rilevato come la situazione impiantistica nazionale

appaia eterogenea, anche in ragione delle diverse scelte di programmazione regionale e di un differente livello di industrializzazione del settore, coesistendo *"Regioni virtuose dotate di un parco impiantistico sviluppato in grado di chiudere il ciclo dei rifiuti urbani all'interno del proprio territorio, ricorrendo alle migliori opzioni ambientali di trattamento, con Regioni il cui quadro impiantistico è molto carente o*

del tutto inadeguato rispetto al fabbisogno”. A riguardo ha auspicato che l’adozione del Programma nazionale di gestione dei rifiuti da parte del Ministero per la transizione ecologica, ai sensi dell’art.198 bis del D.lgs. 152/2006 – introdotto dal decreto legislativo n. 116/2020 – possa costituire *“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 le 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”*. Nel predetto documento l’Autorità, nell’ambito del “Perimetro di regolazione tariffaria e principi di riferimento” (cfr. da pag. 27) ha poi dichiarato di essere orientata *“ad annoverare tra i soggetti sottoposti alla propria regolazione – pur con attenzione alle specificità dei singoli contesti, che connotano l’asimmetria dell’approccio descritto nel seguito – i gestori degli impianti di trattamento destinati allo svolgimento delle ‘operazioni di recupero o smaltimento inclusa la preparazione prima del recupero o dello smaltimento’ (articolo 183, comma 1, lettera s), del decreto legislativo 152/2006)”*. Quanto alle opzioni per la regolazione degli impianti di trattamento l’Autorità ha ritenuto di dover adottare strumenti di regolazione modulati in ragione del grado di integrazione del soggetto incaricato della gestione dei rifiuti e ove si sia in presenza di una gestione non integrata la valutazione del livello di efficacia dell’eventuale esistenza di pressione competitiva nel contribuire alla promozione di efficienza allocativa, di dover distinguere:

- gli impianti di chiusura del ciclo “minimi”, individuati come indispensabili sulla base delle condizioni declinate nel seguito;
- gli impianti di chiusura del ciclo “aggiuntivi”.

Tra i parametri di valutazione, l’Autorità ha ritenuto che potessero essere considerati elementi quali 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 li gestisce e delle limitazioni strutturali alla capacità di trattamento dell'impianto.

Per quanto qui rileva, in relazione agli impianti di chiusura del ciclo “minimi” ARERA si è dichiarata orientata a prevedere una regolazione dei costi riconosciuti e delle tariffe caratterizzata da incentivazioni coerenti con la gerarchia per la gestione dei rifiuti, ossia da:

- incentivi a favore di chi conferisce agli impianti di compostaggio/digestione anaerobica, anche introducendo una componente ambientale (€€€€€€€€) a parziale compensazione dei corrispettivi dovuti per l'accesso agli impianti in parola;
- incentivi limitati a favore di chi conferisce agli impianti di incenerimento con recupero di energia, anche introducendo una componente ambientale (€€€€€€€€) a parziale compensazione dei corrispettivi dovuti per l'accesso agli impianti in oggetto;
- disincentivi per chi conferisce in discarica o in impianti di incenerimento senza recupero di energia, anche introducendo una componente ambientale (€€€€€€€€€€) come maggiorazione dei corrispettivi dovuti per l'accesso ai menzionati impianti;
- un sistema perequativo, da attivare presso CSEA, che assicuri la copertura dei costi efficienti per la gestione degli impianti di cui ai precedenti alinea: nell'ambito di tale sistema, il versamento alla CSEA della componente ambientale €€€€€€€€€€, riscossa dai gestori delle discariche e degli impianti di incenerimento senza recupero di energia, dovrà compensare la differenza tra le entrate e i costi ammessi a riconoscimento tariffario afferenti ai gestori degli impianti di compostaggio/digestione anaerobica e di incenerimento con recupero di energia.

Per gli impianti di chiusura del ciclo “minimi”, l'Autorità si è, altresì, dichiarata orientata a tener conto, nell'ambito delle regole per il

riconoscimento dei costi, degli oneri associati al fenomeno della morosità (eventualmente secondo criteri standardizzati), allo scopo di contemperare le necessità di chiusura del ciclo con l'esigenza di assicurare la sostenibilità finanziaria della gestione degli impianti preposti.

Nel documento di consultazione l'ARERA ha inoltre dichiarato:

“4.7 L'Autorità intende tenere conto degli impianti di chiusura del ciclo “minimi” (in tutto o in parte), identificati, anche alla luce delle caratteristiche dell'operatore che li gestisce, con quelli che soddisfino le seguenti condizioni:

- avere una capacità impegnata per flussi garantiti da strumenti di programmazione o da altri atti amministrativi;*
- offrire capacità in un mercato con rigidità strutturali, caratterizzato da un forte e stabile eccesso di domanda e da un limitato numero di operatori;*
- essere individuati in sede di programmazione, sulla base di decisioni di soggetti competenti alla chiusura del ciclo di gestione dei rifiuti.*

4.8 Gli impianti di chiusura del ciclo “minimi” saranno, pertanto, assoggettati - per il periodo di tempo in cui sono qualificati come indispensabili - a forme di regolazione tariffaria per il riconoscimento dei costi efficienti di gestione e di investimento (sulla cui base, identificare una struttura dei corrispettivi applicabili a chi conferisce).

4.9 Di contro, verranno qualificati come impianti di chiusura del ciclo “aggiuntivi” (in tutto o in parte) tutti quelli non individuati come “minimi” e non integrati nella gestione”.

Infine l'Autorità ha rilevato quanto segue: *“4.11 Considerando anche che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ha evidenziato, tra l'altro, la necessità di introdurre “norme finalizzate a rafforzare l'efficienza e il dinamismo concorrenziale nel settore della gestione dei rifiuti, nella prospettiva di colmare le attuali lacune impiantistiche”, l'Autorità ritiene che tra le attività volte a perseguire gli obiettivi di sostenibilità ambientale potrebbe essere annoverato anche un intervento governativo - da valutare anche in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28/1997 - con il quale individuare (e aggiornare con frequenza periodica, ad esempio*

biennale) gli impianti di chiusura del ciclo “minimi” (da assoggettare a regolazione, nei termini generali sopra rappresentati, al fine di promuoverne l'efficienza in un quadro di

progressivo dinamismo concorrenziale)”.

6.4. Con il successivo documento per la consultazione 282/2021/R/RIF, l’Autorità, nel presentare i propri orientamenti finali in ordine alla definizione del nuovo metodo tariffario per il periodo regolatorio 2022-2025, per quanto qui rileva, in relazione alla individuazione degli impianti di chiusura del ciclo “minimi”, dopo aver rammentato di aver prospettato, nel precedente documento di consultazione 196/2021/R/RIF, un intervento governativo, da valutare anche in sede di Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 281/1997, ha poi rilevato che, *“nel caso in cui le tempistiche di adozione di tale intervento non si rivelino compatibili con quelle richieste per il varo degli atti necessari alle determinazioni tariffarie per il secondo periodo regolatorio, l’Autorità è orientata a valutare la possibilità di un coinvolgimento attivo delle Regioni”*, precisando: *“4.6 Nello specifico, in fase di prima attivazione, si intende eventualmente prevedere che le Regioni possano:*

- *identificare gli impianti di chiusura del ciclo “minimi” (in tutto o in parte), anche alla luce delle caratteristiche dell’operatore che li gestisce, con quelli presenti sul territorio di pertinenza che soddisfino una o più delle seguenti condizioni:*
 - *avere una capacità impegnata per flussi garantiti da strumenti di programmazione o da altri atti amministrativi;*
 - *offrire capacità in un mercato con rigidità strutturali, caratterizzato da un forte e stabile eccesso di domanda e da un limitato numero di operatori;*
 - *essere individuati in sede di programmazione, sulla base di decisioni di soggetti competenti alla chiusura del ciclo di gestione dei rifiuti;*
- *trasmettere all’Autorità l’elenco degli impianti di chiusura del ciclo “minimi” entro il 30 novembre 2021 (prevedendo la possibilità di aggiornamento del medesimo elenco nel 2023 per il successivo biennio 2024-2025), con contestuale esplicitazione dei flussi che si prevede vengano trattati per impianto (anche ove ancora non risultino negli strumenti di programmazione vigenti), nonché la distinzione dei medesimi secondo il criterio di prossimità che si ritiene utile specificare, e l’elenco dei soggetti che si prevede conferiscano ai medesimi. Un’appropriata configurazione delle programmazioni di settore richiederà poi che*

le scelte in ordine alla qualificazione degli impianti di chiusura del ciclo come “minimi” siano coerentemente recepite nei pertinenti atti di programmazione”.

6.5. All’esito del processo di consultazione, l’Autorità ha approvato la deliberazione 363/2021/R/RIF, recante “Approvazione del metodo tariffario rifiuti (MTR-2) per il secondo periodo regolatorio 2022-2025”.

In particolare l’ARERA ha confermato gli orientamenti espressi e ha definito le condizioni per l’identificazione degli impianti di chiusura del ciclo “minimi” (in tutto o in parte), nonché le procedure per la loro individuazione e per la trasmissione del contenuto informativo minimo all’Autorità.

In particolare, all’art. 6.1, si prevede che: “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”; mentre all’art. 6.4: “Le scelte in ordine alla qualificazione degli impianti di chiusura del ciclo come “minimi” sono coerentemente trattate nei pertinenti atti di programmazione”.

L’art. 21.2 dell’allegato A alla delibera dispone: “Gli impianti di chiusura del ciclo “minimi” (in tutto o in parte), sono individuati, anche alla luce delle caratteristiche dell’operatore che li gestisce, e sono identificati con gli impianti di trattamento presenti sul territorio considerato che:

- offrano una capacità in un mercato con rigidità strutturali, caratterizzato da un forte e stabile eccesso di domanda e da un limitato numero di operatori;
- in aggiunta a quanto previsto al precedente alinea, soddisfino le seguenti condizioni alternative:
 - avere una capacità impegnata per flussi garantiti da strumenti di programmazione o da altri atti amministrativi;
 - essere già stati individuati in sede di programmazione, sulla base di decisioni di soggetti competenti alla chiusura del ciclo di gestione dei rifiuti”.

Il successivo articolo 21.3 così recita: *“L’individuazione degli impianti di chiusura del ciclo “minimi” (in tutto o in parte) 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. Gli impianti diversi da quelli individuati come “minimi” e non gestiti dall’operatore integrato si intendono qualificati come “aggiuntivi”, con riferimento ai quali l’Autorità acquisisce gli elementi necessari, in particolare, all’attività di monitoraggio su eventuali rigidità strutturali e all’implementazione del meccanismo perequativo di cui al comma 24.2”.*

In sede di individuazione degli impianti “minimi” devono essere esplicitati (cfr. art. 6.2):

- i flussi che si prevede vengano trattati per impianto, anche ove ancora non risultino negli strumenti di programmazione vigenti;
- la distinzione dei medesimi secondo il criterio di prossimità che si ritiene utile specificare;
- l’elenco dei soggetti che si prevede conferiscano ai medesimi impianti.

Gli impianti di chiusura del ciclo “minimi” mantengono tale qualifica per un periodo almeno biennale, con possibilità di aggiornamento nel 2023 per le annualità successive.

7. La disciplina contenuta nella delibera n. 363/2021 ora ricordata e sintetizzata comporta che gli impianti individuati come “minimi” vengano sottratti 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 (cfr. segnalazione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 22 dicembre 2022, pubblicata sul Bollettino dell’Autorità medesima n. 2 del 9 gennaio 2023).

Il fine dell’istituto degli impianti “minimi” – come si ricava dagli atti del procedimento di consultazione – è quello di cercare di colmare una situazione di deficit impiantistico attraverso il (così dichiarato) temporaneo utilizzo di

impianti già esistenti sul territorio, e la rigida e predeterminata regolazione dei flussi (e delle tariffe) per tentare di riequilibrare un contesto di mercato in cui a fronte di un eccesso di domanda è presente un limitato numero di operatori. Va evidenziato che il profilo tariffario è mera conseguenza della scelta di sottoporre determinati impianti non integrati alla disciplina pubblica di pianificazione. In altri termini il profilo tariffario non è la causa (civilisticamente intesa) dell'intervento di ARERA qui scrutinato.

8. Ciò rilevato, si tratta ora di verificare se una disciplina di siffatto contenuto e comportante gli effetti sopra descritti rientri nell'alveo del potere regolatorio di ARERA, ai sensi dell'art. 1 comma 527 della L. 205/2017.

Ad avviso del Collegio alla domanda va data risposta negativa.

9. Come sopra ricordato, la norma richiamata attribuisce ad ARERA, per quanto qui rileva, le seguenti funzioni:

- *“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’”* (lett. f);
- *“fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento”* (lett. g);
- *“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”* (lett. h.);
- *“verifica della corretta redazione dei piani di ambito esprimendo osservazioni e rilievi”* (lett. i).
- *“formulazione di proposte relativamente alle attività comprese nel sistema integrato di gestione dei rifiuti da assoggettare a regime di concessione o autorizzazione in relazione alle condizioni di concorrenza dei mercati”* (lett. l);
- *“formulazione di proposte di revisione della disciplina vigente, segnalandone altresì i casi di gravi inadempienze e di non corretta applicazione”* (lett. m).

Come risulta chiaramente dal dato letterale delle disposizioni di cui alle lett. f) e g) – che secondo l’Avvocatura Distrettuale sostanzierebbero il potere esercitato con la delibera impugnata – la funzione regolatoria di ARERA riguarda soltanto l’ambito tariffario: “predisposizione ed aggiornamento del metodo tariffario”, “fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe”. Ad ARERA poi sono attribuite funzioni di proposta, ai sensi delle lett. l) e m), anche di revisione della disciplina vigente, ma, per l’appunto, si tratta di mera attività propositiva, non regolatoria.

10. Il Tribunale ritiene che la disciplina dettata in materia di individuazione di impianti “minimi”, laddove il profilo tariffario è mera conseguenza della regola sostanziale, fuoriesca dall’ambito delle funzioni attribuite dalla norma ad ARERA.

La disciplina introdotta da ARERA non solo non ha supporto nel dato normativo letterale sopra richiamato, ma si scontra con il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di rifiuti e in generale di ambiente (cfr. artt. 195 e 196 del D.lgs. 152/2006) all’interno della cornice costituzionale.

Va *in primis* ricordato che ai sensi dell’art. 117 secondo comma lett. s) della Costituzione lo Stato ha competenza legislativa esclusiva in materia di tutela dell’ambiente e dell’ecosistema.

“La «disciplina dei rifiuti va ricondotta alla “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema” [...], materia naturalmente trasversale, idonea perciò a incidere sulle competenze regionali (sentenza n. 289 del 2019 che richiama, ex multis, le sentenze n. 215 e n. 151 del 2018, n. 54 del 2012, n. 380 del 2007 e n. 259 del 2004; più recentemente, in senso conforme, la sentenza n. 227 del 2020)» (sentenze n. 21 del 2022 e n. 86 del 2021). Difatti, «le Regioni possono esercitare competenze legislative proprie per la cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali, purché l’incidenza nella materia di competenza esclusiva statale sia solo in termini di maggiore e più rigorosa tutela dell’ambiente» (così, ex multis, sentenza n. 189 del 2021)” (Corte Cost. 25 luglio 2022 n. 191).

La potestà legislativa esclusiva statale *ex art. 117*, secondo comma, lettera s), Cost. risponde, del resto, a ineludibili esigenze di protezione di un bene, quale l'ambiente, unitario e di valore primario (Corte Cost. 7 ottobre 2021 n. 189 e ivi richiamate sentenze n. 246 del 2017, n. 641 del 1987).

10.1. Sotto un profilo programmatico, pianificatorio e amministrativo l'art. 195 del D.lgs. 152/2006 riserva allo Stato:

- le funzioni di indirizzo e coordinamento necessarie all'attuazione della parte quarta del Codice dell'ambiente (ovvero la gestione dei rifiuti e la bonifica dei siti inquinati) (lett. a);
- l'individuazione dei flussi omogenei di produzione dei rifiuti con più elevato impatto ambientale, che presentano le maggiori difficoltà di smaltimento o particolari possibilità di recupero sia per le sostanze impiegate nei prodotti base sia per la quantità complessiva dei rifiuti medesimi (lett. d);
- l'individuazione, nel rispetto delle attribuzioni costituzionali delle regioni, degli impianti di recupero e di smaltimento di preminente interesse nazionale da realizzare per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese; l'individuazione è operata, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, a mezzo di un programma, adottato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, e inserito nel Documento di programmazione economico-finanziaria, con indicazione degli stanziamenti necessari per la loro realizzazione. *“Nell'individuare le infrastrutture e gli insediamenti strategici... il Governo procede secondo finalità di riequilibrio socio-economico fra le aree del territorio nazionale”* (lett. f).

10.1.1. L'art. 196 del Codice dell'ambiente attribuisce alle Regioni, tra l'altro, 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).

10.1.2. L'art. 2, comma 1, del 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” ha introdotto nel Codice dell’ambiente l’art. 198 bis, in forza del quale è stata prevista l’adozione del Programma nazionale per la gestione dei rifiuti, approvato, d’intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, con decreto del Ministro dell’ambiente della tutela del territorio e del mare.

Il Programma fissa i macro-obiettivi, definisce 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 e, fra l’altro, contiene:

- “a) i dati inerenti alla produzione, su scala nazionale, dei rifiuti per tipo, quantità, e fonte;*
- b) la ricognizione impiantistica nazionale, per tipologia di impianti e per regione;*

...

- d) l’indicazione dei criteri generali per l’individuazione di macroaree [...] che consentano la razionalizzazione degli impianti dal punto di vista localizzativo, ambientale ed economico, sulla base del principio di prossimità, anche relativamente agli impianti di recupero, in coordinamento con quanto previsto all’articolo 195, comma 1, lettera ff)”.*

10.2. Il legislatore ha quindi previsto un preciso ambito programmatico in cui, a livello statale e quindi con un angolo prospettico nazionale ed unitario, si ponga mano alle esigenze impiantistiche del nostro Paese “*secondo finalità di riequilibrio socio-economico fra le aree del territorio nazionale*” (cfr., appunto, l’art. 195 comma 1 lett. f del Codice dell’ambiente).

10.3. D’altro canto nello stesso procedimento di consultazione che ha condotto all’adozione della deliberazione impugnata (cfr. il documento per la consultazione 196/2021/R/RIF), l’Autorità, a fronte dell’eterogeneità della situazione impiantistica nazionale, ha auspicato che l’adozione del Programma nazionale di gestione dei rifiuti da parte del Ministero per la transizione ecologica, ai sensi dell’art.198 bis del D.lgs. 152/2006 – potesse costituire “*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 le lacune impiantistiche e gestionali", prospettando che tra le attività volte a perseguire gli obiettivi di sostenibilità ambientale potesse essere annoverato anche un intervento governativo - da valutare anche in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28/1997 - con il quale individuare (e aggiornare con frequenza periodica, ad esempio biennale) gli impianti di chiusura del ciclo "minimi" (da assoggettare a regolazione, nei termini generali sopra rappresentati, al fine di promuoverne l'efficienza in un quadro di progressivo dinamismo concorrenziale)".

10.4. Tale impostazione – rispettosa della prerogativa statale in materia – è poi stata abbandonata nei successivi documenti di consultazione (e nella deliberazione n. 363/2021), orientandosi l'Autorità per un coinvolgimento attivo delle Regioni nell'identificare gli impianti di chiusura del ciclo "minimi" con quelli presenti sul territorio di pertinenza.

11. L'intervento operato dall'Autorità presenta molteplici profili di incompatibilità con il quadro normativo di riferimento, tenuto conto che, come già rilevato, il predetto intervento non appare riconducibile alle funzioni attribuite all'Autorità dall'art. 1 comma 527 della L. 205/2017.

E così la deliberazione di ARERA:

- ha 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. 152/2006 in relazione ai contenuti di cui al Programma nazionale per la gestione dei rifiuti;
- ha attribuito, di fatto, alle Regioni poteri che il legislatore statale non ha, *recta via*, assegnato agli enti regionali (cfr. art. 196 del D.lgs. 152/2006), traslando quanto dovrebbe essere definito in sede nazionale in un ambito locale in piena violazione delle competenze dello Stato (cfr. art. 195 del Codice

dell'ambiente), e allontanandosi dall'obiettivo del riequilibrio socio-economico fra le aree del territorio nazionale;

- ha sovvertito la logica tipica degli atti programmatori in materia ambientale, e, in generale, nei contesti in cui concorrono competenze "multilivello": ai sensi dell'art. 198 bis comma 2 del Codice dell'ambiente il Programma nazionale fissa i macro-obiettivi, definisce 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. Di contro, con la deliberazione impugnata, il piano programmatico di prima istanza è divenuto quello regionale;

- attraverso l'esercizio di un potere non attribuitole dalla legge l'Autorità ha determinato un'inversione procedimentale dell'iter di programmazione. Solo dopo l'adozione del Programma nazionale – con l'individuazione in quella sede dei criteri per la qualificazione degli impianti come minimi – l'ARERA avrebbe potuto (e dovuto) disciplinare l'ambito tariffario, secondo la competenza che le è attribuita dall'ordinamento.

12. D'altro canto se fosse competenza di ARERA la determinazione dei criteri di individuazione degli impianti "minimi" non avrebbe ragion d'essere la disposizione di cui all'art. 198 bis del Codice dell'ambiente e, in sua attuazione, la successiva disciplina - identica nella sostanza alle disposizioni di cui alla delibera n. 363/2021 - contenuta nel Programma nazionale di gestione dei rifiuti (cfr. paragrafo 9.6), che costituisce in realtà la corretta *sedes materiae*, date le competenze individuate dall'art. 198 bis del Codice dell'ambiente.

Come si legge nelle premesse del Programma, lo stesso *"ha l'obiettivo di individuare misure volte a regolare e migliorare la pianificazione sui diversi livelli di governo, non incidendo sulle funzioni e sulle competenze delle Regioni e delle Province autonome in tema di pianificazione di settore e procedure autorizzatorie per la realizzazione e la modifica degli impianti di gestione dei rifiuti;... è preordinato ad orientare le politiche pubbliche ed incentivare le iniziative private per lo sviluppo di un'economia sostenibile e circolare, a beneficio della società e della qualità dell'ambiente"*. Il

Programma si colloca nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, che, alla misura M2C1, Riforma 1.2, prevede *“l'adozione di un ampio programma nazionale per la gestione dei rifiuti volto a raggiungere livelli molto elevati di preparazione per il riutilizzo, il riciclaggio e il recupero dei rifiuti, che adatti la rete di impianti necessari per la gestione integrata dei rifiuti, riduca al minimo, come opzione ultima e residua, lo smaltimento finale, istituisca sistemi di monitoraggio, eviti l'avvio di nuove procedure di infrazione nei confronti dell'Italia, affronti lo scarso tasso di raccolta dei rifiuti, disincentivi il conferimento in discarica e garantisca la complementarità con i programmi regionali in materia di rifiuti, consentendo il conseguimento degli obiettivi della normativa dell'UE e nazionale in materia di rifiuti e combattendo gli scarichi illegali di rifiuti e l'incenerimento all'aria aperta”*.

13. In conclusione - sia in base al dato letterale di cui all'art. 1 comma 527 della L. 205/2017 sia considerato il quadro sistematico normativo e la relativa cornice costituzionale in materia ambientale - non si rinviene alcuna disposizione legislativa che supporti la competenza di ARERA nell'individuazione di impianti di chiusura del ciclo “minimi” tra gli impianti di trattamento della frazione organica, inceneritori con e senza recupero di energia e discariche presenti sul territorio.

14. Non è invocabile, nel caso di specie, la teoria dei poteri impliciti al fine di “giustificare” l'intervento di ARERA nella disciplina predetta, diversamente da quanto sostenuto dagli enti regionali resistenti.

Si tratta di un principio, quello dei poteri impliciti, elaborato dalla giurisprudenza amministrativa per individuare poteri che non sono espressamente contemplati dalla legge ma che si desumono, all'esito di una interpretazione sistematica, dal complesso della disciplina della materia, perché strumentali all'esercizio di altri poteri. Nei settori di competenza delle Autorità indipendenti, infatti, è oggettivamente complesso per il legislatore predeterminare quale possa essere il contenuto del provvedimento amministrativo, in presenza di poteri di regolazione con una valenza tecnica e che si esplicano in ambiti in costante evoluzione per dinamiche di mercato

differenti (cfr. sulla teoria dei poteri impliciti Cons. Stato sez.VI 14 dicembre 2020 n. 7972).

Nel caso di specie tuttavia il legislatore stesso ha attestato il potere espressamente sullo Stato, individuando altrettanto espressamente lo strumento (il PNGR), sicchè non è 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.

15. In conclusione, per le ragioni che precedono, va accolta la domanda di annullamento della deliberazione n. 363/2021 adottata da ARERA per la parte di interesse e sopra esaminata.

16. L'annullamento della delibera determina un effetto immediatamente caducante dei provvedimenti della Regione Emilia Romagna assunti sul presupposto della disciplina delineata da ARERA.

Nei termini predetti, pertanto, il ricorso introduttivo va accolto.

17. Considerata la assoluta novità e complessità delle questioni trattate, le spese di giudizio possono essere compensate tra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- dispone l'estromissione dal giudizio della Regione Campania e della società Castaldo High Tech s.p.a.;
- accoglie il ricorso introduttivo ai sensi di cui in motivazione e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati per la parte di interesse.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio dei giorni 14 dicembre 2022 e 8 febbraio 2023, con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere

Valentina Santina Mameli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Valentina Santina Mameli

IL PRESIDENTE
Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO