Pubblicato il 24/07/2023

N. 07196/2023REG.PROV.COLL.
N. 03798/2022 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3798 del 2022, proposto da

Masotina S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola Ceraolo e Laura Sini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Arera - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n.12;

nei confronti

Silea S.p.A. Operatore Incaricato del Servizio Integrato dei Rifiuti, Associazione di Imprese dei Servizi Pubblici Utilitalia Servizi S.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione Prima, n. 682/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Arera - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2023 il Cons. Maria Stella Boscarino e udito per l'appellante l'avv. Nicola Ceraolo;

Vista la richiesta di passaggio in decisione della parte appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società appellante, la quale opera nel settore della selezione degli imballaggi plastici provenienti dalla raccolta differenziata dei rifiuti, ha impugnato la sentenza del T.A.R. per la Lombardia di rigetto del ricorso volto all'annullamento della deliberazione n. 363/2021/R/rif "*Approvazione del metodo tariffario rifiuti (MTR-2) per il secondo periodo regolatorio 2022-2025*" e del suo Allegato A e segnatamente, quanto alla delibera, dell'art. 2.1, lett. a) e dell'art. 3.1, lett. b); quanto all'allegato A, degli artt. 1.1 (recante le definizioni di "Gestore integrato" e di "Impianti di trattamento"), 2, 3, 7.3, 8.6 e 11, mediante i quali il sistema tariffario (il cui ambito di applicazione è circoscritto ai soli "gestori integrati") assumerebbe connotati anticoncorrenziali.

1.1. In particolare, il provvedimento impugnato avrebbe:

<*irragionevolmente riconosciuto costi in tariffa ad alcuni degli operatori nel mercato della selezione, ovvero agli operatori del servizio a RTU a monte che esercitano anche il servizio di selezione, i c.d. "Gestori integrati" secondo la definizione in Delibera …., con conseguenze anticoncorrenziali sulla struttura del mercato e che si ripercuotono negativamente sia su questi ultimi sia sugli utenti, con scelta peraltro del tutto immotivata;*

- ……, immotivatamente ed in violazione delle norme di legge sui compiti istituzionali e sui poteri tariffari dell'Autorità, nonché di quelle sostanziali e procedurali in materia di aiuti di stato, altresì erogato immotivatamente incentivi inefficienti ……. ai medesimi operatori;

- …. riconosciuto agli stessi Gestori integrati in maniera irragionevole, senza riguardo alla necessaria tutela di principi primari ed in assenza di norme di unbundling dalla stessa Autorità colpevolmente posposte da oltre 4 anni (o, in assenza, di specifiche misure alternative), altri costi (c.d. "costi comuni")>.

In particolare, come approfondito dall'appellante con il secondo gruppo di motivi "B", il provvedimento accorda < *il riconoscimento a favore del (solo) Gestore integrato di una parte del beneficio derivante dai corrispettivi riconosciuti dai sistemi collettivi EPR di filiera (componente di costo variabile ARsc.a) tramite il fattore di sharing ba(1+wa)) e degli ulteriori ricavi derivanti dalle altre vendite di materiale ed energia derivante dai rifiuti (componente di costo variabile ARa) tramite il fattore di sharing ba)*>.

2. L'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (d'ora in poi solo ARERA), costituitasi in giudizio, ha eccepito, tra l'altro, che legittimamente a Masotina (la quale si colloca

nel cd. trattamento intermedio di cernita e selezione, pretrattamento e pulizia di frazioni secche della raccolta differenziata e la cui attività di selezione è remunerata attraverso il corrispettivo concordato dal consorzio Corepla) non si applica la tariffa a cancello, che costituisce la novità del metodo tariffario denominato MTR-2, e che la scelta regolatoria, preceduta da un'ampia istruttoria, dipende da alcune caratteristiche proprie del segmento del ciclo in questione.

Sarebbe, poi, infondata la censura relativa alla violazione delle norme in materia di aiuti di Stato, non essendovi alcuna selettività nel riconoscimento del "*fattore di sharing*", che costituisce un incentivo al miglioramento della qualità della raccolta differenziata ed è applicato a tutti i soggetti che gestiscono la fase di raccolta e conferiscono frazioni differenziate ai sistemi collettivi di *compliance*.

Infine, il MTR-2 garantirebbe a tutti gli operatori di settore il riconoscimento di costi trasparenti ed efficienti ed il perseguimento degli obiettivi indicati dal legislatore europeo e nazionale ed affidati all'Autorità.

3. L'appellante, con ulteriori memorie, ha ribadito come, in aggiunta alla tariffa per l'attività di selezione, mascherata come parte della tariffa di raccolta per "valorizzazione" del residuo plastico, la delibera attribuisca alle medesime imprese (e solo a queste) un secondo flusso finanziario a titolo di "incentivo", costituito da almeno una parte (se non l'integralità) dei ricavi derivanti dai corrispettivi riconosciuti dai sistemi collettivi EPR di filiera e delle ulteriori entrate derivanti dalle altre vendite di materiale ed energia derivante dai rifiuti.

Ne consegue il complessivo riconoscimento in tariffa a tali operatori di "*costi operativi… per la valorizzazione delle frazioni differenziate dei rifiuti raccolti*", di un "incentivo" (tramite l'applicazione di un fattore di sharing sempre positivo a valere sui ricavi ottenuti dai sistemi ERP per le medesime frazioni differenziate) e di "costi comuni" ad attività non oggetto della concessione RTU.

La stessa memoria Arera espliciterebbe un riconoscimento ai Gestori Integrati tramite la "*compilazione e trasmissione del piano economico finanziario (PEF)… all'interno del quale vi saranno anche i costi operativi dell'eventuale attività svolta*", cioè il PEF relativo alle attività in concessione.

Per cui l'operatore RTU che, con strategia anticoncorrenziale, si sia integrato verticalmente, a cui la delibera riconosce lo status di "gestore integrato" per le medesime attività di selezione svolte anche dagli operatori indipendenti in regime di mercato, si trova "*ad incassare oltre al*

corrispettivo del Corepla anche… un incentivo inefficiente" ovvero, in termini legali, un aiuto di Stato, "una tariffa ingiustificata".

L'effetto delle norme impugnate sarebbe quello di assicurare agli operatori del servizio di selezione che siano anche gestori integrati tre diversi flussi di denaro:

• la remunerazione per le attività di selezione, mascherata sotto la componente "valorizzazione" del residuo nella tariffa che dovrebbe invece coprire le sole attività in concessione (dunque non dovuta), come decisa in delibera;

• l' "incentivo" espresso riconosciuto in delibera, in realtà pagato con i soldi della maggior TARI pagata dagli utenti;

• l'ulteriore incremento della TARI conseguente ai trasferimenti intra-gruppo del residuo plastico da raccolta differenziata non valorizzati a prezzi di mercato.

4. L'Arera ha replicato che, dal punto di vista del gestore, quanto trattenuto dal contributo pagato dal sistema di *compliance* per la vendita delle frazioni di raccolta differenziata costituisce l'importo dovuto per il maggiore efficientamento complessivo del servizio, anche in termini di qualità di raccolta differenziata, ottenuto da parte del gestore.

Lo sforzo, in termini di riduzione ulteriore dei costi, ovvero, come nel caso in esame, in termini di miglioramento complessivo del servizio attraverso un'attività di selezione e pre-trattamento per conferire frazioni di differenziata di maggiore qualità, è incentivato attraverso lo sharing riconosciuto al gestore che, diversamente, non avrebbe alcun interesse a migliorare il servizio o a ottimizzare i costi.

Il fattore di sharing sarebbe comunque indipendente dalla gestione integrata o meno del servizio, come si ricaverebbe dalla formula generale dell'art. 2, comma 2, MTR-2.

5. La Sezione, con ordinanza collegiale istruttoria n.9024 del 24.10.22, ha disposto < *approfondimenti istruttori che consentano di accertare se attraverso il metodo tariffario in questione (volto a quantificare le componenti di costo per remunerare i soggetti che hanno in appalto la raccolta rifiuti) si pervenga alla distorsione della concorrenza lamentata dalla parte appellante, mediante una verificazione che chiarisca come si compone la tariffa a cancello che costituisce la novità del MTR-2, composizione delle fonti finanziarie della stessa, chiarimenti sul cd. fattore di sharing e se lo stesso possa o meno applicarsi al gestore di impianti CSS, se il riconoscimento dei costi in tariffa per cui è causa trovi o meno adeguata giustificazione economica, se possa ravvisarsi l'ipotesi di "incentivi inefficienti", ed ogni altro chiarimento utile in ordine alle problematiche anche tecniche dibattute tra le parti*>.

La verificazione è stata affidata al Direttore generale p.t. della Direzione generale economia circolare (EC) del Ministero della Transizione Ecologica, con facoltà di sub/delega.

6. Con istanza depositata il 17 novembre 2022 il verificatore delegato ha chiesto l'autorizzazione ad avvalersi di ausiliari per l'espletamento dell'incarico assegnato, concessa in data 24 novembre 2022.

7. Con ulteriore istanza depositata il 6.12.2022 il verificatore ha chiesto un differimento del termine per il deposito della relazione, richiesta accolta con ordinanza collegiale istruttoria n.11179/2022 del 22/12/2022.

8. In data 9 marzo 2023 è stata depositata la relazione di verificazione con allegati.

9. Le parti, a seguito del deposito della relazione, hanno prodotto memorie.

9.1. In particolare, la Masotina, con memoria del 24 maggio 2023, ha chiesto il richiamo del verificatore per chiarimenti e integrazioni, con particolare riferimento alla questione dell'impatto della delibera impugnata sulla concorrenza nel mercato e altri profili di criticità.

Deduce, al riguardo, che il verificatore non ha inteso "*accertare se attraverso il metodo tariffario in questione… si pervenga alla distorsione della concorrenza*", sostenendo che "*eventuali effetti che possono derivare dall'applicazione del MTR-2 non rientrano nel perimetro della verificazione*", nonostante con nota del 6/12/2022 avesse richiesto una proroga dei termini adducendo che "*il tema …… necessita di un approfondimento analitico per… i relativi impatti… riguardo ad una potenziale lesione della concorrenza*", come del resto era stato chiesto nell'ordinanza di incarico.

9.2. Lamenta, poi, l'errore prospettico del verificatore (analogo a quello compiuto dal giudice di prime cure) nell'affermare che la ricorrente avrebbe chiesto l'attribuzione dei vantaggi economici (disposti in favore dei gestori integrati), laddove, invece, l'impresa aveva inteso rilevare, che, così come riconosciuto anche dal verificatore, in virtù della delibera impugnata tali benefici vanno solo ad alcuni operatori, quelli che sono anche gestori integrati, in violazione delle norme in materia di aiuti di Stato (motivo B.4).

9.3. Quanto al quesito relativo alla "*adeguata giustificazione economica*" del riconoscimento in tariffa dei costi, l'appellante eccepisce che per i flussi multimateriale – contrariamente a quanto affermato nella relazione – "*l'approvvigionamento da parte dei CSS avviene presso i gestori RTU, che ne dispongono liberamente*", per cui, a causa di questo errore sul funzionamento del sistema Corepla e sui relativi corrispettivi, la relazione non ha esternato che per le attività di pre-selezione e selezione, svolte direttamente o per conto del gestore del servizio pubblico di raccolta dei

rifiuti, "*i costi andranno nel PEF e quindi saranno coperti da tariffa secondo quanto disposto dal MTR-2*", ma anche dai corrispettivi Corepla.

La delibera non distingue neanche tra flussi monomateriale e flussi multimateriale, ma riconosce in tariffa costi per attività di "*commercializzazione e valorizzazione*", in maniera indistinta, "*su tutti i flussi di residuo plastico che dal gestore RTU entrano nel sistema EPR, pur in assenza di effettive attività (che siano di selezione o pre-selezione)* ".

La conclusione del verificatore, che ha ritenuto giustificati i costi riconosciuti in tariffa, sarebbe dunque errata, in quanto il ristoro in tariffa dei costi in questione, già coperti dal sistema Corepla, non può trovare adeguata giustificazione secondo il criterio normativamente imposto dei "costi efficienti".

9.4. Quanto al quesito circa l'inefficienza degli incentivi in relazione al *fattore di sharing*, l'appellante - ribadito come venga (sempre) riconosciuto ai gestori integrati una parte del beneficio derivante dai corrispettivi riconosciuti dai sistemi di collettivi EPR di filiera tramite il fattore di sharing (per cui al gestore RTU viene riconosciuta una quota sostanziale di tali proventi, che invece dovrebbero sempre essere detratti, secondo principi generali, dai costi da coprire tramite la tariffa pagata dall'utente), circostanza ammessa, seppure in maniera criptica, nella relazione di verificazione- ha eccepito che quest'ultima (laddove conclude che "*una valutazione dell'incentivo in termini di efficienza è effettuabile a posteriori*", mentre "*Non è possibile definire a priori se un incentivo sia efficiente*") si porrebbe in contrasto con le norme comunitarie che, per poter valutare una deroga al divieto di aiuti di Stato (ove notificati), impongono "*l'individuazione dello scenario di fatto e del probabile scenario controfattuale in assenza di aiuti*" (Commissione europea, Disciplina in materia di aiuti di stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022, 2022/C 80/01, sez. 3.1, par. 26).

9.5. L'assenza di effettive regole di *unbundling* risulta, poi, confermata nella relazione, la quale ritiene che si possa ovviare in quanto "*le indicazioni puntuali sulle voci di costo da inserire nel PEF*" obbligano il gestore "*a procedere ad una disaggregazione dei costi, al fine di individuare quelli relativi esclusivamente al settore di gestione dei rifiuti*".

Ma l'appellante aveva già eccepito nelle proprie osservazioni alla bozza di relazione l'insufficienza e labilità di tale obbligo, in violazione degli standard di necessaria trasparenza voluti dal sistema EU (Commissione europea, Comunicazione sulla nozione di aiuto di stato di

cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2016/C 262/01, in GUCE 19.7.2016, par. 187).

10. L'appellante, con successiva memoria ex 73 c.p.a. del 16.6.2023, ha chiesto che, qualora permanessero dubbi sulla natura di misura di aiuto di Stato del riconoscimento del *fattore di sharing*, la questione venga sottoposta ex art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia EU.

11. ARERA, con memoria di replica depositata il 22 giugno 2023, ha addotto, al contrario, che la relazione di verificazione avrebbe confermato la piena legittimità delle regole tariffarie inerenti al ciclo dei rifiuti urbani e assimilati.

11.1. L'Amministrazione ha sostenuto, poi, che l'appellante, laddove ha contestato le risultanze della verificazione tornando ad affermare che il Gestore integrato titolare di CSS, per effetto dello sharing, verrebbe remunerato per la medesima attività sia dal COREPLA sia mediante la tariffa, cadrebbe in errore, muovendo dalla nozione di "gestore integrato" che non è quella del MTR-2: Masotina allude a più società dello stesso gruppo, laddove nel Metodo il gestore integrato è il medesimo soggetto (la stessa società) che svolge sia attività a monte (raccolta e trasporto) sia attività a valle (trattamento).

Infatti, "*L'operatore integrato è identificato come il gestore di uno o più dei servizi a monte che compongono il ciclo dei rifiuti e che (gestendo anche uno o più dei servizi a valle) sia tenuto a stratificare i propri impianti di trattamento di chiusura del ciclo secondo la regolazione pro tempore vigente*" (definizione, articolo 1.1. MTR-2). L'attività di valorizzazione svolta da Masotina si colloca a valle della filiera della gestione integrata e a monte di quella del riciclo, "*e non sono noti impianti di questo genere (tra i CSS riconosciuti dal Corepla) nell'ambito di un Gestore integrato secondo la definizione di gestore integrato del MTR-2. In altri termini, non risultano Società che siano allo stesso tempo gestori integrati ai sensi del MTR-2 e titolari di un impianto CSS*".

Comunque, ad avviso dell'Autorità, sarebbe giustificato -anche qualora in un medesimo gruppo societario possano coesistere attività di gestione del servizio di raccolta e attività assimilabili a un CSS - che tali impianti, da un punto di vista tariffario, ricevano esattamente lo stesso trattamento che riceve un terzo (il CSS indipendente, come quello gestito dall'appellante), non essendo comunque inquadrabili nell'ambito del gestore integrato.

11.2. L'Amministrazione, ancora, ha dedotto che la tariffa a base della TARI copre tutti i costi del servizio di gestione dei rifiuti (dalla raccolta al trattamento, che può consistere nello smaltimento o nel recupero), eccetto quelli relativi alle attività sostenute direttamente dal

COREPLA (ossia dal sistema di responsabilità estesa del produttore) attraverso i CSS, come evidenziato nella relazione di verificazione.

Sempre in relazione alla doppia remunerazione, Masotina, ad avviso dell'Autorità, non avrebbe considerato che l'art. 8.6 del MTR-2 è una previsione di carattere generale che individua i costi ammissibili attinenti al trattamento del rifiuto; non tutte le frazioni della raccolta differenziata sono costituite da rifiuti d'imballaggio, per i quali sono presenti sistemi collettivi di *compliance* alla responsabilità estesa del produttore e vigono le regole dell'Accordo Anci-Conai.

Al di là delle regole – necessariamente generali – stabilite dal Metodo tariffario, l'applicazione in concreto delle stesse è presidiata dall'attività di vigilanza dell'ente territorialmente competente e dell'ARERA, circostanza che, unitamente al fatto che il MTR-2 nulla innova rispetto al MTR con riferimento ai costi che vengono coperti dalla tariffa a base della TARI, convincerebbe dell'inammissibilità del ricorso di primo grado.

11.3. L'Amministrazione, ancora, ha sottolineato come gli incentivi all'incremento della quantità e della qualità della raccolta differenziata siano necessari, non avendo l'Italia raggiunto gli obiettivi di riciclaggio degli imballaggi in plastica fissati dall'Unione europea.

11.4. L'Amministrazione ha, poi, eccepito l'inammissibilità della censura inerente alla mancata previsione di regole di *unbundling*, perché incompatibile con l'azione di annullamento, e comunque l'infondatezza della stessa, considerato che l'Autorità, ai sensi dell'art. 1, comma 527, l. n. 205 del 2017, ha competenza limitata alla separazione contabile, laddove la nozione di gestore integrato invocata da Masotina (più società dello stesso gruppo) richiama l'*unbundling* societario.

Comunque, l'Autorità, nel proprio Quadro Strategico 2022-2025, ha previsto di avviare lo "*Sviluppo di direttive per la separazione contabile e amministrativa nel settore dei rifiuti urbani*" a partire dal secondo semestre 2023, al fine di completare la definizione di un quadro di separazione contabile basato su principi uniformi per tutti i settori regolati entro il 2024 (deliberazione 2/2022/A).

Peraltro, Masotina, secondo l'Autorità, confonderebbe la regolazione delle entrate tariffarie del servizio di gestione dei rifiuti urbani con la regolazione delle tariffe di accesso degli impianti, non risultando chiara la supposta necessità, per le imprese, di dotarsi di una contabilità a livello di impianto.

Solo gli operatori del servizio di gestione dei rifiuti urbani hanno l'obbligo di predisporre un PEF (art. 7, comma 1, delib. 363/2021/R/rif) per ambito tariffario gestito (e non per impianto), "*in conformità al quale definire le tariffe della TARI*".

Infine, Masotina avrebbe censurato per la prima volta in memoria -e quindi in modo inammissibile –il riconoscimento dei costi sulla base delle fonti contabili obbligatorie, criterio più volte ritenuto legittimo dal Consiglio di Stato.

12. All'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2023, esaurita la trattazione orale, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

13. Preliminarmente il Collegio ritiene di ammettere la produzione (per la prima volta in appello) del documento numero 9, depositato dall'appellante, sia perché trattasi di un atto sopravvenuto, essendo datato 5.12.2022, sia perché promana da fonte particolarmente qualificata (Difesa erariale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato), tant'è vero che l'ARERA qui appellata ha accettato il contraddittorio su tale atto.

13.1. Il documento in questione consiste nella copia di una memoria depositata dall'Avvocatura dello Stato in altro giudizio (pendente al TAR Lombarda), intrapreso dalla Masotina contro l'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel giudizio avverso il provvedimento di archiviazione di una denuncia presentata da Masotina, che lamentava distorsioni delle condizioni concorrenziali nel mercato della selezione dei rifiuti differenziati da imballaggi plastici finalizzati al riciclo e al recupero della materia derivanti da situazioni di integrazione verticale da parte delle società di gestione del servizio di igiene urbana (nello specifico venivano segnalati alcuni gruppi *multiutility*).

13.2. L'utilità di tale documento scaturisce dal fatto che viene descritto in punto di fatto uno scenario che sostanzialmente collima con le premesse fattuali introdotte dalla Masotina in questo giudizio (e in quello di primo grado).

13.3. L'Avvocatura, al riguardo, premette che, in ogni Comune, la raccolta differenziata urbana viene esercitata in esclusiva da un unico operatore economico per ogni ambito territoriale comunale; la raccolta differenziata della plastica è parte del servizio di igiene urbana e può essere svolta, a scelta del Comune, in forma "monomateriale", ossia composta solo da rifiuti della plastica, imballaggi e non, oppure in forma "multimateriale", ove la plastica viene raccolta insieme ad altri materiali pure destinati ad essere avviati a riciclo e recupero.

Nel mercato a monte della raccolta differenziata urbana sono attive, in qualità di gestori della raccolta per conto di alcune municipalità, alcune *multiutilities*.

Il gestore della raccolta può decidere di gestire la frazione differenziata della raccolta della plastica mediante due sistemi:

aderendo al sistema consortile, quindi siglando un accordo con COREPLA, consorzio che, per conto dei produttori di imballaggi in plastica, si occupa di gestirne riciclo e recupero una volta divenuti rifiuti;

oppure immettendo i rifiuti sul mercato ed effettuando una gestione in proprio di tale raccolta.

Il primo sistema, ovvero il conferimento a COREPLA, riferisce la Difesa erariale, è quello più utilizzato in Italia.

Il gestore della raccolta percepisce dal consorzio un corrispettivo, più elevato in caso di flusso monomateriale.

Con la seconda tipologia, ossia gestione in proprio, il gestore non percepisce il corrispettivo consortile e decide di sostenere autonomamente tutte le spese di raccolta e selezione per poi vendere ai riciclatori il materiale incamerando i ricavi; trattasi, come visto, di una soluzione minoritaria.

13.4. La gestione consortile è disciplinata dall'articolo 224 del decreto legislativo 152 del 2006, che prevede l'adesione dei gestori a un accordo quadro stipulato tra l'Associazione nazionale Comuni italiani (ANCI) e il consorzio di filiera, e per la precisione si tratta dell'accordo ANCI/CONAI-COREPLA, attualmente in vigore per il quinquennio 2020-2024.

13.5. A valle del mercato della raccolta differenziata urbana esiste il mercato della selezione e trattamento dei rifiuti da imballaggi in plastica provenienti dai rifiuti solidi urbani, che consiste nella separazione per tipologia e qualità dei rifiuti da imballaggi in plastica, svolta in appositi impianti.

13.6. In tale mercato opera Masotina, la quale svolge la propria attività gestendo un impianto di selezione (centro di selezione e stoccaggio, acronimo CSS, ove viene effettuata la separazione dei diversi materiali plastici che vengono predisposti per la vendita ai riciclatori) e un centro comprensoriale (acronimo CC, impianto dove viene effettuata una prima pulizia e pressatura dei rifiuti da raccolta differenziata urbana, separando le diverse frazioni contenute nella raccolta multimateriale, dove la plastica è mischiata con altri rifiuti come l'alluminio), situati nella provincia di Milano.

13.7. Come scrive l'Avvocatura, in tale mercato "*recentemente … è entrata anche IREN con l'acquisizione dei CSS di proprietà di I.BLU*".

13.8. Su tale importante precisazione occorre fin d'ora soffermarsi: la stessa - che può essere assunta quale elemento di prova in questo giudizio, attesa la provenienza da fonte particolarmente qualificata- pone in dubbio quanto affermato da ARERA nella replica depositata nel presente giudizio il 22.6.2023, ossia che "*non risultano Società che siano allo stesso tempo gestori integrati ai sensi del MTR-2 e titolari di un impianto CSS*"; ciò senza tralasciare l'irrilevanza – anche al fine di valutare l'ammissibilità del ricorso- del dato attuale, non rilevando che "allo stato" nessun gestore integrato sia proprietario di un CSS, in quanto in qualsiasi momento sarebbe possibile un'acquisizione (come paventato da Masotina).

13.9. Il mercato ove opera Masotina, prosegue la memoria dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, è alimentato dei flussi di rifiuto plastico che il consorzio di filiera ottiene dai gestori della raccolta.

Quando il conferimento al consorzio avviene in forma multimateriale, il gestore della raccolta può individuare a sua discrezione il CSS di destinazione col quale concordare la separazione delle diverse frazioni di rifiuto; la maggior parte di rifiuto plastico raccolto a monte dai gestori viene ceduto al consorzio in modalità monomateriale, maggiormente remunerativa.

Quando è il consorzio, che diventa immediatamente proprietario del rifiuto, a decidere il CSS al quale inviare il rifiuto, vengono in rilievo le regole stabilite dall'accordo quadro con ANCI, che individua due criteri (uno, di prossimità, consiste nell'individuare, in automatico, il CSS entro un raggio di 25 km dal centro di raccolta o di prima selezione; un secondo criterio, nelle aree ove non esista un CSS in detto raggio chilometrico, consiste nell'effettuare una gara, mediante aste, denominate CIT, tra tutti i CSS in un raggio di 300 km, ora elevato a 500 km, aste che individuano gli aggiudicatari in base indici di performance dei CSS e non in base offerte di prezzo).

13.10. Alcuni gruppi, secondo Masotina, restringerebbero la concorrenza mediante politiche di utilizzo esclusivo presso i propri impianti di selezione (CSS) dei materiali derivanti dalla raccolta differenziata urbana (RDU), effettuata dalle società dei rispettivi gruppi. In tal modo, ingenti quantitativi di materiali non affluirebbero più alle società terze non integrate (come Masotina), che operano nel mercato a valle dell'avvio a riciclo e recupero della raccolta differenziata della plastica.

Quindi, per effetto della integrazione verticale nel settore del recupero della raccolta differenziata urbana mediante i processi di concentrazione sperimentati da alcuni grandi gruppi *multiutilities*, si sarebbero ridotti i flussi di materiale plastico.

13.11. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato -con atto del 9 novembre 2021 - archiviava la segnalazione di Masotina, non negando l'esistenza delle condotte segnalate, ma ritenendo che le stesse non fossero pregiudizievoli, sussistendo –allo stato- solo un ristretto numero di gestori verticalmente integrati.

14. In tale contesto fattuale (che sostanzialmente collima con l'inquadramento offerto da Masotina nel presente giudizio) si inserisce la contestazione degli atti di ARERA oggetto del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, con il quale la parte, in estrema sintesi, assume che la composizione della tariffa oggetto della delibera impugnata, con l'attribuzione, ivi prevista, di incentivi ai gestori integrati, contribuisce a favorire l'attività di questi ultimi, resa economicamente più conveniente, spingendo fuori mercato le imprese come Masotina.

14.1. Occorre, al riguardo, rilevare che, se è vero che, come eccepisce ARERA, il gestore integrato come definito nella delibera impugnata non coincide con la gestione integrata ipotizzata dall'appellante (ossia il fenomeno della integrazione verticale di più società appartenenti allo stesso gruppo), tuttavia l'eccezione non conduce all'inammissibilità del gravame sollevata dall'Amministrazione, poiché la situazione paventata dall'appellante (integrazione infra societaria) ben può avvenire e sovrapporsi alla fattispecie di gestore integrato come definito da ARERA.

In altri termini, la definizione di gestione integrata di cui alla deliberazione impugnata è tale da potersi applicare sia al gestore integrato "singolo" che a fenomeni di concentrazione societaria; come nell'esempio riportato dalla stessa Difesa erariale, una *multiutility*, che opera nel mercato "a monte" della raccolta differenziata urbana, in qualità di gestore della raccolta –in esclusiva- per conto di una o più municipalità, è entrata nel mercato "a valle", ossia quello della selezione e trattamento dei rifiuti da imballaggi in plastica provenienti dai rifiuti solidi urbani, mediante acquisto di un impianto di selezione (centro di selezione e stoccaggio, acronimo CSS, ove viene effettuata la separazione dei diversi materiali plastici che vengono predisposti per la vendita ai riciclatori), e nulla vieta che possa avvenire un'operazione di concentrazione societaria con la medesima finalità.

Dunque, non pare che la deliberazione impugnata contenga previsioni che consentano di escludere l'applicazione al gestore integrato (derivante dalla tipologia di operazioni sopra descritte) della tariffa per cui è causa. Senza contare che l'effetto anticoncorrenziale paventato dall'appellante prescinde dalla tipologia di integrazione, in quanto quel che rileva è l'espletamento di attività "a valle" della raccolta, nel segmento di mercato ove operano anche le imprese come Masotina.

Da qui l'interesse al ricorso.

15. Al fine di esaminare gli ulteriori profili in rito, occorre preliminarmente ricordare che l'appellante lamenta l'omessa pronuncia in primo grado di:

- un primo gruppo di motivi, volti a censurare la scelta operata dall'Autorità di riconoscere ai gestori integrati in tariffa RTU costi ("*commercializzazione e valorizzazione della frazione differenziata*") per attività (non di raccolta differenziata in concessione ma) di mercato "a valle", costi per tali soggetti già coperti dal sistema EPR della filiera della plastica da imballaggi;
- con il secondo gruppo di motivi si censura la concessione, a spese degli utenti finali del servizio di raccolta, di incentivi "inefficienti", quindi da ritenersi "aiuti operativi" di Stato;
- con il terzo gruppo di motivi, si censura la violazione ulteriore delle norme di concorrenza nel momento in cui si riconoscono in tariffa, ai gestori integrati, costi comuni alle loro diverse attività senza simultaneamente assumere, in assenza di regole di *unbundling* non ancora adottate, almeno misure minime volte ad evitare la (normativamente vietata) sussidiarizzazione fra attività in monopolio ed attività di mercato.

15.1. Precisa l'appellante che il mercato della selezione costituisce pacificamente mercato rilevante distinto, sia dal punto di vista dell'analisi concorrenziale (svolta dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato) che da quello regolatorio (di competenza ARERA), a "dimensione locale"; e che, come riconosciuto esplicitamente dalla stessa ARERA, l'attività di selezione "*non è soggetta a regolazione*", essendo svolta "*secondo logiche contrattuali di diritto privato, anche attraverso convenzioni o accordi quadro, che esulano dal sistema regolatorio*".

15.2. Ma, adduce l'appellante, il ruolo del Corepla e l'adesione quasi totale dei Comuni allo stesso, impedendo di reperire, anche a chi sia dotato di vantaggio tecnologico ed *expertise* di processo, flussi (materiale plastico da imballaggi da rifiuti differenziati) a monte alternativi a quelli nella disponibilità degli operatori RTU monopolisti e mercati (richiesta di servizi di selezione) a valle alternativi a quello consortile Corepla, fanno sì che "*Il sistema consortile*

rappresenta allo stato l'unica opzione de facto possibile per l'organizzazione dell'avvio a riciclo dei rifiuti da imballaggi urbani", come affermato dall'AGCM, decisione CONAI – Gestione rifiuti da imballaggi in plastica del 17 luglio 2014, n° 25035, par. 31.

15.3. La situazione concorrenziale di tale mercato della selezione, a causa del processo di integrazione verticale, si presterebbe, secondo l'appellante, alle distorsioni determinate dalla sussidiarizzazione tra le diverse attività, sia in caso di gestore integrato a livello di gruppo che (in forza dell'assenza di regole di *unbundling* contabile fra le diverse attività) in quello del gestore integrato a livello di unico "soggetto giuridico"; situazione ulteriormente aggravata dalla attuale situazione di eccesso della domanda di residuo plastico secco da raccolta differenziata di imballaggi rispetto all'offerta nel mercato rilevante, come certificata da Corepla (Rapporto di gestione 2019, pag. 23: "*I CSS situati nel Nord hanno capacità di selezione elevata, maggiore rispetto al gettito di raccolta dell'area geografica*").

15.4. L'appellante adduce che, garantendo una tariffa ingiustificata ed incentivi inefficienti agli operatori RTU verticalmente integrati anche nel mercato a valle della selezione in cui opera la Società appellante, ove i "gestori integrati" concorrono scorrettamente (in quanto beneficiano di sussidi incrociati senza le salvaguardie imposte dall'ordinamento), ARERA rafforza finanziariamente "senza causa" tali operatori, aggravando le alterazioni della concorrenza.

15.5. Tali argomentazioni sono state ulteriormente sviluppate dall'appellante in replica alle difese dell'ARERA.

15.5.1. Quanto ai motivi di appello sub A), l'appellante e l'appellata convergono nel precisare che la delibera interviene dichiaratamente in materia tariffaria, dunque nell'ambito delle attività regolamentate, coperte dalla concessione RTU, e non per le attività di mercato, tra cui la filiera della raccolta differenziata della plastica da imballaggi.

15.5.2. Ciò detto, l'appellante precisa che il "gestore integrato" è inteso come "*il gestore di uno o più dei servizi a monte che compongono il ciclo dei rifiuti e che (gestendo anche uno o più dei servizi a valle)*……", secondo la definizione di cui all'art. 1.1 dell'allegato A al Provvedimento, che, quindi, ricomprende anche i gestori integrati come intesi dall'appellante, ovvero quelli che svolgono anche attività di selezione a valle mediante integrazione infrasocietaria e comunque attraverso l'acquisizione di impianti per la selezione del rifiuto.

15.5.3. L'appellante, valorizzando l'esposizione dell'Avvocatura (di cui al doc. 9, pag. 11), argomenta che il materiale diviene di proprietà del consorzio e può dunque essere oggetto di

selezione (come parte del processo di recupero gestito dal consorzio) allorquando è monomateriale.

L' attività ("prepulizia", "preselezione" o "pretrattamento") avviene o in un Centro Comprensoriale ("CC") o direttamente in un Centro di Selezione e Stoccaggio ("CSS"), ed in entrambi i casi il soggetto che procede all'attività riceve un corrispettivo da parte del Corepla.

Il flusso che così entra nella proprietà di Corepla per i successivi trattamenti di selezione da svolgersi ad opera dei CSS, pur rispondendo a dei requisiti minimi, può essere di maggiore o minore qualità e, conseguentemente, Corepla corrisponde corrispettivi più bassi o più elevati.

15.5.4. Dalla ricostruzione in fatto del sistema delle operazioni di filiera e dei relativi corrispettivi operata dall'appellante, quest'ultima trae argomento per contrastare le difese di ARERA, basate sull'esistenza di prestazioni per commiste "attività di preselezione e selezione" (che al gestore RTU verrebbero pagate tramite la tariffa, mentre al CSS tramite il corrispettivo Corepla) e sul richiamo alla promozione di efficienza e qualità come giustificazione dell'impugnata misura.

L'appellante replica al riguardo che le attività di selezione prestate da CSS (indipendenti o integrati) a Corepla su materiali di proprietà oramai di quest'ultimo all'interno del suo sistema sono già da questo remunerate ed il sistema dei corrispettivi è espressamente rivolto a (ed articolato per) incentivare una raccolta di qualità.

Le attività di preselezione (cosa diversa da quelle di selezione, essendo volte a garantire l'ingresso nel sistema Corepla di flussi che corrispondano almeno ai livelli minimi di qualità), in CSS o CC a discrezione del gestore RTU, sono anch'esse già oggetto di remunerazione da parte di Corepla.

L'appellante critica, dunque, la circostanza che i costi delle attività di cui sopra (estranee, ex art. 183, lett. n, TUA, alle attività in concessione remunerate con la tariffa) debbano, ove svolte da un gestore integrato, essere oggetto di remunerazione una seconda volta tramite la componente tariffaria in questione, nella parte in cui all'art. 8.6 MTR-2 copre la "*commercializzazione e valorizzazione delle frazioni differenziate dei rifiuti raccolti*", tanto più che i corrispettivi Corepla già remunerano in maniera differenziata secondo la qualità e che le attività di pre-selezione sono solo attività dovute.

L'Autorità dunque non avrebbe smentito che "*il gestore integrato per l'attività di selezione si troverebbe ad incassare oltre al corrispettivo del Corepla anche una tariffa ingiustificata*".

15.4.5. Quanto alle difese di ARERA sui motivi sub B, l'appellante nega che l'importo sia "*dovuto per il maggiore efficientamento complessivo del servizio, anche in termini di qualità di raccolta differenziata, ottenuto da parte del gestore*", in quanto viene sempre riconosciuto; la stessa ARERA afferma che si tratti della funzione della componente ARSC,a della tariffa RTU e della articolazione del sistema di corrispettivi Corepla per gli stessi gestori RTU, sicché più misure incentivano il medesimo scopo.

Oltretutto, già nel DCO 713/1865 l'Autorità notava che, sulla base dei dati ufficiali relativi all'anno 2017, il costo totale di raccolta e trattamento della frazione differenziata era, per il gestore RTU, inferiore a quello della indifferenziata, onde vi era già ogni possibile incentivo.

15.5.6. La MTR-2, adduce l'appellante, come riconosciuto nella relazione di verificazione, attribuisce sempre e comunque – in virtù del "*fattore di sharing*" - "una parte" dei corrispettivi EPR invece di detrarli per intero dai costi, persino quando il gestore integrato nulla abbia fatto oltre quanto impostogli per legge.

Dunque, l' "incentivo" viene attribuito solo ad alcuni degli operatori del mercato della selezione (quelli che rientrano nella nozione di "gestore integrato" svolgendo in aggiunta l'attività di concessionario RTU). Mentre, come non smentito da ARERA, la ripartizione dei corrispettivi di vendita avviene tramite la non detrazione dai costi portati a tariffa di quella parte riservata tramite il fattore di sharing al gestore RTU, a scapito dell'importo della TARI.

15.5.7. Inoltre, la circostanza (addotta da ARERA) che il TUA e le Direttive europee menzionino la gestione integrata non comporta alcun *favor* verso di essa rispetto alle forme di gestione separata anch'esse menzionate nella medesima disciplina; tantomeno a discapito del principio di libera concorrenza.

Peraltro, non è in alcun modo dimostrato che la figura del gestore integrato comporti un benefico effetto per l'ambiente.

15.5.8. Quanto ai motivi di appello sub C, alle difese di ARERA l'appellante replica che l'assenza di un *unbundling* contabile rileva in presenza di gestore integrato a livello sia societario che di gruppo.

Al riguardo, argomenta l'appellante, sono le norme comunitarie richiamate nella Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2016/C 262/01 (in GUCE 19.7.2016, par. 187) che, nel caso di un concessionario attivo anche in mercati in concorrenza,

richiedono l'utilizzo (anche in assenza di regole di *unbundling* generale) di misure specifiche volte ad evitare distorsioni della concorrenza.

Non sussisterebbe, dunque, l'inammissibilità dei profili di ricorso eccepita da ARERA per pretesa violazione dell'art. 34 c.p.a.: ciò che si censura non è il mancato uso dei poteri/doveri regolatori in materia di *unbundling*, quanto l'(intervenuta) adozione della misura contestata con il gruppo di motivi sub C) in assenza di misure anche minime di trasparenza (così caratterizzando la misura di Stato anche in violazione dell'art. 106.1 in combinato con l'art. 102 TFUE, attesa la titolarità di diritti esclusivi da parte del gestore RTU).

16. Prima di affrontare le predette censure, è necessaria una sintetica ricostruzione del quadro normativo e regolatorio di riferimento, anche al fine di definire alcuni istituti non chiaramente esplicitati dalle difese delle parti e per meglio inquadrare la controversia.

16.1. Sul piano eurounitario, questo Consiglio, Sez. IV, con la decisione n.750 del 25/01/2021, ha chiarito come il diritto dell'Unione Europea (art. 15 della direttiva 2006/12/CE, siccome interpretata da Corte di giustizia UE, 16 luglio 2009, C- 254/08, e art.15 della direttiva 2008/98/CE siccome interpretata dalla medesima Corte, 18 dicembre 2014, C- 551/13) stabilisca che <*in assenza di disposizioni del diritto dell'Unione che impongano agli Stati membri un metodo preciso quanto al finanziamento del costo della gestione dei rifiuti, detto finanziamento può, a scelta dello Stato membro interessato, essere indifferentemente assicurato mediante una tassa, un canone o qualsiasi altra modalità e che una normativa nazionale la quale preveda, ai fini del finanziamento della gestione di un tale sistema, ad esempio, una tassa calcolata in base ad una stima del volume dei rifiuti generato e non al quantitativo di rifiuti effettivamente prodotto e conferito*>.

Precisa la sentenza n.750 cit. che <*dai considerando 55 e segg. della prima decisione citata, e 47 e 48 della seconda sentenza richiamata, emerge che le autorità nazionali competenti in materia dispongono di un ampio margine di discrezionalità per la determinazione delle modalità di calcolo della tassa sulla raccolta dei rifiuti, con l'unico limite che "la tassa così stabilita non deve eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito.*">……..< *per cui il principio di copertura dei costi per il recupero e lo smaltimento dev'essere inteso in modo tendenziale proprio in relazione ai richiamati arresti della CGUE, giudice deputato alla interpretazione delle norme euro unitarie*>.

16.2. L'articolo 1, comma 1, della legge 14 novembre 1995, n. 481, ha previsto che <*Le disposizioni della presente legge hanno la finalità di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità... nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di*

economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo.

Il sistema tariffario deve altresì armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse>.

L'articolo 1, comma 527, della legge 27 dicembre 2017 n. 205 ha assegnato all'ARERA, nel quadro dei principi, delle finalità e delle attribuzioni, anche di natura sanzionatoria, stabiliti dalla legge n. 481/1995, le funzioni di regolazione e controllo, stabilendo, in particolare, per quanto qui rileva, che:

<*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... sono attribuite all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, come ridenominata ai sensi del comma 528, con i medesimi poteri e nel quadro dei principi, delle finalità e delle attribuzioni, anche di natura sanzionatoria, stabiliti dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, le seguenti funzioni di regolazione e controllo in materia di:*

…….

f) 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";

g) fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento;

h) 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;

i) verifica della corretta redazione dei piani di ambito esprimendo osservazioni e rilievi;

l) 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;

m) formulazione di proposte di revisione della disciplina vigente, segnalandone altresì i casi di gravi inadempienze e di non corretta applicazione>.

Questa Sezione, a proposito del metodo tariffario per il servizio idrico, ma esaminando principi di carattere generale che si attagliano alla fattispecie in esame, ha avuto modo di chiarire come sul piano generale vengano, dal legislatore nazionale, identificate due tipologie di soluzioni tecnico-amministrative:

- la prima (modello del *cost of service*) riconosce a posteriori l'intero onere sostenuto dal gestore o prestatore del servizio garantendone il pieno ed integrale recupero mediante conguagli ancorati a dati ufficiali attendibili;

- la seconda (modello del *price cap*) si basa su un'attenta valutazione di standard tecnici e contabili al di sopra dei quali ogni onere resta a carico del gestore, il quale riceve al contrario un "premio" per l'efficienza conseguita nel caso in cui si attesti al di sotto degli standard medesimi.

Nel primo caso tutti i rischi vengono di fatto trasferiti all'utenza mentre nel secondo caso restano in capo al gestore, il quale è indotto a tenere un comportamento gestionale efficiente ottimizzando l'impiego dei fattori produttivi e a migliorare la performance.

La necessità di una gestione "efficiente" dei servizi di pubblica utilità è, del resto, sancita dall'art. 1 della legge n. 481/1995.

Nel rispetto del *full cost recovery* la regolazione incentivante riconosce sul piano tariffario i costi dichiarati da ciascuna impresa nella misura in cui essi sono efficienti rispetto agli standard predeterminati mediante tecniche di selezione delle componenti ammissibili e di "modellizzazione" del comportamento - per l'appunto - efficiente sulla base dell'analisi dell'assetto di imprese accomunate da particolari caratteristiche strutturali, cosicché il gestore è incentivato ad adottare uno sforzo di efficientamento dei costi endogeni ed i rischi risultano più equilibratamente distribuiti tra gestore medesimo ed utenza (Consiglio di Stato sez. II, 23/01/2023, n.736).

16.3. L'ARERA, a seguito dell'attribuzione delle funzioni di cui all'art. 1, comma 527, della legge 27 dicembre 2017 n. 205, 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 deliberazione del 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 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; per quanto

qui rileva, la regolazione introdotta dall'Autorità si basa su criteri di riconoscimento dei cd. costi efficienti;

- con deliberazione del 30 marzo 2021 n. 138/2021/R/RIF ha avviato il procedimento per la definizione del Metodo Tariffario Rifiuti per il secondo periodo regolatorio 2022-2025 (MTR-2), nell'ambito del quale ha inteso provvedere anche alla fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento dei rifiuti;

- nel documento per la consultazione 196/2021/R/RIF 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);

- con deliberazione del 3 agosto 2021 n. 363/2021/R/RIF ha approvato il " *metodo tariffario rifiuti (MTR-2) per il secondo periodo regolatorio 2022-2025*".

16.4. Il riferimento ai costi c.d. "efficienti" o utili, che permea la normativa di settore, sopra richiamata, e la disciplina tariffaria (da ultimo determinata con la delibera impugnata) esprimono il principio del riconoscimento dei soli costi che trovino giustificazione nella migliore tecnica imprenditoriale di gestione in condizioni di efficienza ed economicità, in quanto la determinazione delle tariffe si traduce nell'imposizione a carico dei contribuenti (attraverso la tassa sullo smaltimento dei rifiuti, oggi acronimo TARI) dei relativi costi, per cui, anche in relazione al canone costituzionale di efficienza ed efficacia, non devono essere riconosciuti costi superflui.

17. Tanto premesso, e rilevato che la decisione sul ricorso oggetto del presente giudizio non imponga la preliminare rimessione alla Corte di giustizia (in quanto, come si vedrà, i vizi riconosciuti sussistenti determinano l'annullamento degli atti impugnati in primo grado, rendendo quindi superfluo l'intervento nomofilattico della C.G.U.E.), può procedersi all'esame delle rispettive deduzioni delle parti.

18. Quanto alle questioni preliminari, la richiesta di richiamo del verificatore deve essere respinta, in quanto la relazione di verificazione, pur lasciando alcuni punti oscuri, contiene indicazioni sufficienti a soddisfare le esigenze istruttorie del Collegio, quanto meno con riferimento a parte delle censure, la cui fondatezza conduce all'accoglimento del gravame.

19. Devono essere respinte le eccezioni in rito sollevate da ARERA (oltre quella già sopra esaminata).

19.1. Si deve affermare la tempestività del ricorso in primo grado: la parte ha impugnato la deliberazione n. 363/2021/R/rif "*Approvazione del metodo tariffario rifiuti (MTR-2) per il secondo periodo regolatorio 2022-2025*", datata 3 agosto 2021 e pubblicata in data 4 agosto 2021 sul sito dell'Autorità www.arera.it; tenendo conto della sospensione feriale dei termini dal 1° al 31 agosto, la notifica a mezzo posta del ricorso, spedito il 28.10.2021, risulta tempestiva.

19.2. L'interesse al ricorso sussiste, in quanto la tariffa, pur non applicandosi all'appellante, incide sul settore di mercato ove opera quest'ultima, creando condizioni economiche più favorevoli per alcune imprese.

In particolare, sullo sfondo il problema che, secondo la prospettazione dell'appellante, si stanno creando forme monopolistiche di integrazione verticale (su cui allo stato, come si ricava dalle difese nel giudizio intrapreso dalla stessa appellante contro l'AGCM, quest'ultima non ha ritenuto di dover intervenire), va chiarito che non è questo l'oggetto del contendere; la parte, con il giudizio in epigrafe, lamenta che attraverso la confezione di una tariffa - applicabile solo ad alcuni soggetti economici (circostanza pacifica tra le parti)- nella quale alcune componenti sono destinate a coprire dei costi che vengono poi ulteriormente remunerati al momento della immissione del prodotto nel sistema COREPLA, e attraverso il riconoscimento di incentivi non giustificati dal perseguimento della finalità dichiarata (in quanto l'incremento della qualità della frazione differenziata della plastica è già conveniente per il gestore), sostanzialmente diminuiscono i costi (ovvero aumentano i profitti) solo per alcuni dei gestori economici che si trovino ad operare nel segmento di mercato ove competono i soggetti come Masotina, i quali ne vengono, evidentemente, danneggiati.

Dunque, l'applicazione di una tariffa che remunera costi non efficienti pone i concessionari integrati in una posizione 'ulteriormente' dominante nel settore di mercato ove opera l'appellante.

In detti termini, evidentemente sussiste il pregiudizio e dunque l'interesse al ricorso.

Le imprese del settore sono legittimate a denunciare dinanzi al giudice amministrativo l'illogicità ed irrazionalità del metodo tariffario, facendo valere il loro interesse legittimo ad un corretto uso del potere regolatorio nella predisposizione di una metodologia tariffaria che non comporti effetti distorsivi della concorrenza.

19.3. Nella memoria successiva al deposito della relazione di verificazione l'ARERA ha sviluppato un ulteriore profilo di inammissibilità, adducendo che <*il fatto che il gestore "indipendente" dell'impianto CSS e il gestore dell'impianto CSS che fa parte del medesimo gruppo societario a cui afferisce il gestore del servizio pubblico di raccolta dei rifiuti sono sottoposti alle medesime regole tariffarie rende il rilievo di controparte inammissibile, atteso che l'unico interesse che, in astratto, residuerebbe è quello dell'utenza finale, di cui Masotina non è certamente portatrice*>.

Ma anche tale eccezione dev'essere respinta: l'interesse in capo alla ricorrente risiede nel fatto che il gestore integrato, pur a fronte di costi pari o inferiori agli altri *competitors*, beneficia di una vantaggiosa tariffazione, che altera la concorrenza; la circostanza che ciò avvenga in danno dei contribuenti viene sottolineata dalla ricorrente al fine di dimostrare che il beneficio economico accordato ai gestori integrati avviene mediante fondi pubblici (a carico della contribuzione generale, andando a gravare sulla TARI), integrandosi, perciò, uno dei presupposti della fattispecie degli aiuti di Stato, secondo la disciplina eurounionale.

20. Preliminarmente, prima di affrontare il merito ella controversia, vanno richiamati i principi più volte espressi dalla giurisprudenza in merito ai limiti di sindacabilità delle determinazioni delle Autorità indipendenti, connesse alla specificità del settore di riferimento (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato sez. VI, 13/06/2023, n.5772 e giur. Ivi richiamata).

Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della amministrazione può oggi svolgersi non in base al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro coerenza e correttezza, quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo.

Va evidenziato, in tale ottica, che il controllo giurisdizionale, teso a garantire una tutela effettiva, anche quando si verta in tema di esercizio della discrezionalità tecnica dell'Autorità indipendente, non può essere limitato ad un sindacato meramente estrinseco, estendendosi al controllo intrinseco, anche mediante il ricorso a conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione indipendente, sulla attendibilità, coerenza e correttezza degli esiti, in specie rispetto ai fatti accertati ed alle norme di riferimento attributive del potere.

In tale contesto, in tema di esercizio della discrezionalità tecnica dell'Autorità indipendente, il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione

complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta, sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato; anche l'apporto conoscitivo tecnico, conseguito tramite apporti scientifici, non è ex se dirimente allorché soccorrono dati ulteriori, di natura più strettamente giuridica, che limitano il sindacato in sede di legittimità ai soli casi di risultati abnormi, ovvero manifestamente illogici.

Sul versante tecnico, in relazione alle modalità del sindacato giurisdizionale, quest'ultimo è volto a verificare se l'Autorità abbia violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali. In particolare, è ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettivo e volitivo seguito dall'amministrazione (cfr.: Consiglio di Stato, sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5559).

Questa Sezione, con decisione del 23/01/2023 n.736 ha ribadito che, nel caso della regolazione economica, il controllo giurisdizionale 'non sostitutivo' trova giustificazione in ragione di una specifica scelta di diritto sostanziale ovvero quella per cui il legislatore, non essendo in grado di governare tutte le possibili reciproche interazioni tra i soggetti interessati e di graduare il valore reciproco dei vari interessi in conflitto, si limita a predisporre soltanto i congegni per il loro confronto dialettico, senza prefigurare un esito giuridicamente predeterminato. In tali casi, l'attività integrativa del precetto corrisponde ad una tecnica di governo attraverso la quale viene rimesso ai pubblici poteri di delineare in itinere l'interesse pubblico concreto che l'atto mira a soddisfare (Consiglio di Stato n. 731, n. 732, n. 768 e n. 4914 del 2021; n. 8079, n. 8304 n. 8502 del 2020).

Il sindacato giurisdizionale è, dunque, volto a verificare, anche tramite la piena conoscenza del fatto e del percorso intellettivo e volitivo seguito dall'amministrazione, se l'Autorità abbia violato il principio di ragionevolezza tecnica (cfr. anche Cons. Stato Sez. VI, 23 marzo 2022, n. 2111 e Sez. II, n. 4142/2022).

21. Applicando tali coordinate ermeneutiche al caso di specie, nel merito l'appello risulta fondato in quanto dall'analisi del procedimento svolto dall'Autorità nonché delle risultanze della verificazione emerge negli atti impugnati il vizio motivazionale evidenziato in primo grado. In particolare, l'appellante condivisibilmente censura la decisione appellata per non aver esaminato compiutamente tutti i profili sottoposti con il gravame introduttivo del giudizio di primo grado

e che, ad avviso del Collegio, trovano in parte conferma negli esiti della verificazione e nelle stesse difese dell'Amministrazione appellata.

21.1. L'Organo incaricato della verificazione premette che, alla luce delle definizioni contenute nell'All.A alla deliberazione numero 363/2021, il gestore è il soggetto che eroga il servizio integrato di gestione dei rifiuti urbani ovvero i singoli servizi che lo compongono, inclusi i Comuni qualora gestiscano in economia; gestore integrato è l'operatore incaricato del servizio integrato di gestione dei rifiuti, ossia il gestore di uno o più dei servizi a monte che compongono il ciclo dei rifiuti e che gestisce anche uno o più dei servizi a valle. Alle due figure corrispondono diverse opzioni regolatorie, dettagliatamente illustrate nella relazione di verificazione.

21.2. Come chiarito in quest'ultimo documento, per la determinazione della TARI è necessario individuare il costo del servizio che viene definito mediante il MTR-2, attraverso il calcolo delle entrate tariffarie di cui all'articolo 2 dell'allegato A .

21.3. L'articolo 2 della deliberazione impugnata definisce le componenti di costo tariffarie del servizio integrato della gestione dei rifiuti urbani, distinguendole in costi operativi, costi d'uso del capitale e componenti a conguaglio relative ai costi delle annualità pregresse. Inoltre, per la determinazione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento viene stabilito il riconoscimento, se pertinenti, dei medesimi costi ammessi a riconoscimento tariffario. Gli articoli 5 e 6 disciplinano, rispettivamente, la determinazione della tariffazione di accesso agli impianti di trattamento e l'individuazione degli impianti di chiusura del ciclo "minimi".

21.4. Il metodo tariffario in questione ricomprende anche il controverso *fattore di sharing*, per i proventi ascrivibili ai corrispettivi riconosciuti dai sistemi di *compliance*. Chiarisce l'Organo incaricato della verificazione che detto fattore è un riconoscimento economico contenuto nella componente di costo variabile ricompresa nell'entrata tariffaria, introdotto nel precedente periodo regolatorio rispetto al quale, tuttavia, la deliberazione introduce alcune nuove specifiche e in particolare, come puntualizzato nella relazione, precisa i parametri che servono all'ente territorialmente competente per determinare il valore (il che, ad avviso del Collegio, rende tempestiva e ammissibile l'impugnazione in parte qua, essendo stata sostanzialmente innovata la metodologia di calcolo).

21.5. Il *fattore di sharing* consente di dividere tra il gestore e l'utenza (attraverso un maggiore o minore decremento della tariffa) i proventi derivanti dalla vendita di materiale ed energia

derivante dai rifiuti e dai corrispettivi riconosciuti dai sistemi collettivi di *compliance*.

Nell'ottica dell'Autorità, poiché è stato introdotto con l'obiettivo di massimizzare la valorizzazione dei rifiuti raccolti in modo differenziato e individuare i valori da attribuire ai coefficienti legati a standard di qualità del servizio, che possono portare benefici da ripartire tra i gestori e gli utenti, detto fattore rientra tra le componenti dei costi variabili ed essendo un incentivo viene sottratto ad essi.

21.6. Rappresenta l'Organismo incaricato della verificazione che il gestore del servizio dei rifiuti può, alternativamente, conferire ai sistemi di *compliance* il rifiuto differenziato così come raccolto, senza averlo sottoposto ad attività di cernita finalizzata all'eliminazione della frazione estranea, ricavando un corrispettivo inferiore, in relazione alle fasce di qualità definite nell'allegato tecnico dell'accordo ANCI/CONAI 2020-2024 (in tal caso i sistemi di *compliance* si avvalgono, mediante rapporti di tipo privatistico, di impianti CSS ai fini della selezione della frazione differenziata); ovvero conferire, dapprima, ad un impianto CSS il flusso di raccolta differenziata, per eliminare la frazione estranea, e successivamente consegnare lo stesso ai sistemi di *compliance*, ricavando un corrispettivo maggiore perché rientrante nelle fasce di qualità superiori; in tale ultimo caso, inoltre, il gestore, secondo quanto previsto dal MTR-2, inserisce tra le componenti delle entrate tariffarie i costi relativi alle attività di cernita preliminare.

22. Sulla base di quanto emerge dalla relazione di verificazione e richiamate le premesse poste sub 16 e ss., si deve rilevare che la deliberazione impugnata in primo grado non appare immune - alla stregua delle emergenze processuali nei due gradi di giudizio - dalle censure formulate dalla ricorrente.

22.1. Quest'ultima lamenta che, con il riconoscimento dei costi in tariffa anche per la commercializzazione e valorizzazione (quest'ultima è l'attività svolta dagli operatori quali l'appellante) delle frazioni differenziate, i gestori integrati si vedono inclusa la componente tariffaria dell'attività di preselezione e selezione; ma l'attività del gestore viene remunerata, oltre che in tariffa, anche dai corrispettivi dei sistemi di *compliance*.

A parità di attività svolta rispetto ai soggetti che operano nel segmento di mercato in questione, il gestore integrato gode, quindi, di una remunerazione aggiuntiva rispetto all'impianto indipendente.

Da ciò consegue l'illogicità ed irragionevolezza della scelta, che inoltre determina un effetto distorsivo della concorrenza incompatibile con la finalità regolatoria propria

dell'amministrazione intimata per come configurata dalla legislazione di riferimento (sopra richiamata), con specifico riferimento alla ratio del metodo tariffario, volto alla *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*, rispetto la quale risulta evidentemente distonica la possibilità di remunerare in tariffa costi che vengono poi comunque coperti nell'ambito del sistema di *compliance*.

23. La prospettazione della parte, oltre che confermata dall'esame del provvedimento impugnato e degli esiti dell'istruttoria, non viene convincentemente smentita dall'Autorità.

23.1. La stessa ARERA afferma, nella prima memoria, quanto alle censure sub A, che i gestori vedranno coperti i propri costi di pretrattamento *tramite la tariffa pagata dagli utenti finali*, Masotina invece ripianerà i propri costi tramite il prezzo pagato da Corepla per l'attività di cernita e stoccaggio.

L'Autorità non nega, però, che il gestore (oltre a vedersi coperti i costi in tariffa) ricaverà anche un corrispettivo, come tutti i soggetti che gestiscono la fase di raccolta e conferiscono frazioni differenziate ai sistemi collettivi di *compliance* (all'interno dei quali opera anche Masotina). Corrispettivo che, per effetto delle logiche di mercato, è di per sé volto alla copertura dei costi dell'attività in questione.

Ne consegue la conferma della duplicazione della copertura dei costi in favore del "gestoree integrato", lamentata dall'appellante.

23.2. Anche nella seconda memoria ARERA descrive <…… *due scenari:*

- nel primo (quello giudicato illegittimo da Masotina, ……), in cui le attività di preselezione e selezione sono svolte direttamente o per conto del gestore del servizio pubblico di raccolta dei rifiuti, i costi andranno nel PEF e quindi saranno coperti da tariffa secondo quanto disposto dal MTR-2 e i proventi derivanti dai corrispettivi riconosciuti dai sistemi collettivi di compliance (ARSC,a) saranno maggiori, poiché la raccolta differenziata, in questo scenario, è una raccolta di elevata qualità;

- nel secondo (quello auspicato da Masotina), le frazioni di raccolta differenziata sono conferite "tal quali" dal gestore al sistema di compliance (che quindi pagherà un corrispettivo minore) e le attività di preselezione e selezione sono svolte, per conto del medesimo sistema, da terzi che dispongono di CSS (come Masotina); in questo scenario, il corrispettivo di vendita riconosciuto al gestore potrà essere inferiore perché la raccolta differenziata non sarà di elevata qualità e i costi dell'attività svolta al di fuori della filiera regolata saranno

coperti dal prezzo riconosciuto all'impresa (Masotina o altri titolari di impianti di CSS) che si occupa della cernita e che, ovviamente, tratterrà per intero quanto pagato dal Conai>.

Quindi confermandosi che, come lamenta l'appellante, il gestore integrato, per le medesime attività di selezione svolte anche dagli operatori indipendenti in regime di mercato, attraverso la regolazione oggetto di impugnazione copre il costo (riconosciuto in tariffa, mediante la componente "valorizzazione" del residuo), senza che ciò escluda la remunerazione mediante il corrispettivo riconosciuto poi dal Corepla, che, collocandosi in una logica di mercato, è evidentemente idoneo (quanto meno) a coprire i (medesimi) costi.

Senza contare che, attraverso il meccanismo di "*sharing*" sopra descritto, una parte dei ricavi non vengono scomputati dai costi in tariffa.

La metodologia tariffaria, dunque, appare effettivamente illogica, irragionevole ed idonea a determinare distorsioni della concorrenza, in quanto, nell'ambito di un medesimo segmento di mercato, alcuni soggetti (riconducibili alla nozione di gestore integrato, ossia il gestore di uno o più servizi a monte che gestisca anche uno o più servizi a valle, a poco rilevando se in virtù di acquisizione di impianti o di integrazione societaria, attesa la latitudine della definizione) duplicano la copertura dei costi di esercizio in quel particolare settore di attività, godendo del rimborso attraverso la regolazione tariffaria ma non essendo previsto alcun sistema che consenta di scomputare tale "rimborso" dall'incasso dei ricavi dai cd. *sistemi di compliance*; mentre gli altri soggetti imprenditoriali che operano autonomamente nel mercato a valle dell'avvio a riciclo e recupero della raccolta differenziata della plastica, occupandosi della selezione e trattamento dei rifiuti in plastica provenienti da RSU (pacificamente non soggetti alla regolazione tariffaria in questione, come incontestato tra le parti e confermato dalla verificazione), percepiscono il solo corrispettivo ritraibile dalla contrattazione di mercato in esito alla loro attività.

Dunque, risulta illogica ed irrazionale, come lamentato in primo grado, la metodologia in questione, che oltretutto è suscettibile di determinare un non trascurabile effetto distorsivo della concorrenza, non giustificato dalla finalità del metodo introdotto con gli atti impugnati, ove non risultano nemmeno previste sufficienti e proporzionate misure di compensazione di tale eventuale distorsione della competizione di mercato.

Ne risulta la fondatezza del ricorso.

24. La predisposizione del metodo tariffario in questione presenta ulteriori criticità: a tal riguardo, rileva l'ulteriore, specifico, profilo di illegittimità sollevato dalla ricorrente, che appare confermato dagli esiti della verificazione, ove si riferisce come non sia possibile affermare con certezza a priori la valutazione dell'incentivo in termini di efficienza.

Ne consegue la carenza della necessaria trasparenza della regolamentazione tariffaria, che non consente di verificare il rispetto del principio unionale, fatto proprio dalla legislazione interna (sopra richiamata), della necessaria efficienza dei costi, anche in relazione alla possibile distorsione (anche sotto questo profilo) della concorrenza nel mercato "a valle" di cui si è detto, tutti profili lamentati con il motivo "A" del ricorso introduttivo e riproposti in appello.

25. La fondatezza dell'appello sotto i richiamati profili conduce, in riforma dell'appellata sentenza ed in accoglimento del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, all'annullamento degli atti impugnati, nei limiti d'interesse.

26. Considerata l'interdipendenza dei parametri che conducono alla determinazione dei vari profili tariffari e la conseguente necessità che, in sede di riedizione del potere, vengano riesaminate (e riequilibrate) le varie componenti di costo, al fine di perseguire gli obiettivi affidati all'Autorità, non vi è luogo a pronuncia sugli ulteriori profili di ricorso, che vengono assorbiti, anche nel rispetto del divieto di pronuncia su questioni afferenti poteri non ancora esercitati, cristallizzato nel codice del processo amministrativo all'art. 34, comma 2.

27. Le spese del doppio grado, come per legge, seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

28. Le spese di verificazione, da liquidarsi con separato decreto, vengono poste a carico dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza ed in accoglimento del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, annulla gli atti ivi impugnati.

Condanna l'ARERA a rifondere alla parte appellante spese ed onorari del doppio grado di giudizio, liquidati in complessivi euro quattromila, oltre IVA, CPA e spese generali.

Pone a carico di ARERA i contributi unificati dei due gradi e le spese di verificazione, che saranno liquidate con separato decreto.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Francesco Guarracino, Consigliere

Maria Stella Boscarino, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Consigliere

Francesco Cocomile, Consigliere

L'ESTENSORE
Maria Stella Boscarino

IL PRESIDENTE
Gianpiero Paolo Cirillo

IL SEGRETARIO