



24 FEBBRAIO 2021

Organizzazione e regolazione dei
servizi locali di interesse economico: il
caso del ciclo dei rifiuti urbani

di Aretta Benedetti

Professore associato di Diritto amministrativo
Università di Milano-Bicocca



Organizzazione e regolazione dei servizi locali di interesse economico: il caso del ciclo dei rifiuti urbani*

di Aretta Benedetti

Professore associato di Diritto amministrativo
Università di Milano-Bicocca

Abstract [It]: Il saggio analizza il regime giuridico del servizio dei rifiuti urbani alla luce delle incisive riforme degli ultimi anni. Lo studio è occasione per riflettere su temi generali, come gli attuali presupposti giustificativi di un regime di privativa comunale; la regolazione dei servizi locali da parte di autorità indipendenti; l'impatto delle riforme introdotte nel segno della *circular economy* su un sistema di *governance* multilivello complesso; il nucleo ancora attuale del servizio pubblico nel caso dei servizi economici locali aperti al mercato.

Abstract [En]: The essay analyzes the legal regime of the municipal waste service in the light of the incisive reforms of recent years. The study is an opportunity to analyze general issues, such as the current justifications for a municipal property regime; the regulation of local services by independent authorities; the impact of reforms introduced in the name of the circular economy on a complex multilevel governance; the still current core of the public service in the case of local services of economic interest, open to the market.

Parole chiave: rifiuti urbani; regolazione; economia circolare; servizio pubblico; autorità indipendenti

Keywords: municipal waste; regulation; circular economy; public service; independent authorities

Sommario: **1.** Premessa: quale regime per un servizio economico essenziale. **2.** La privativa comunale in materia di ciclo dei rifiuti urbani e la dimensione del servizio pubblico. **3.** L'aspirazione all'integrazione verticale e orizzontale del servizio, nel quadro di una *governance* complessa. **4.** Il ciclo dei rifiuti urbani come servizio oggetto di regolazione di Arera. **5.** L'affidamento del servizio e la prospettiva dell'Agcm e dell'Anac. **6.** Osservazioni conclusive: il nucleo ancora attuale del servizio pubblico.

1. Premessa: quale regime per un servizio economico essenziale

Il servizio di rifiuti urbani costituisce oggi, per una pluralità di aspetti, un oggetto di studio di particolare interesse sia per i giuristi che per gli studiosi dell'economia pubblica, perché si colloca al crocevia di processi di riforma che ne mutano la fisionomia e, al contempo, sollevano interrogativi di teoria generale sulla tenuta di alcuni tradizionali inquadramenti dottrinali della materia¹. Riflessioni la cui portata acquista

* Articolo sottoposto a referaggio. Saggio destinato alla raccolta di Scritti in onore di Franco Gaetano Scoca.

¹ Sulla necessità di una nuova riflessione in tema di servizi pubblici locali e del ruolo degli enti locali in questo contesto, si v. F.G. SCOCA, *Le autonomie nell'ordinamento giuridico*, in *Diritto amministrativo e società civile*, Vol. II, *Garanzie dei diritti e qualità dei servizi*, Bologna, 2019, p. 77 ss.; G. ROSSI, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, da ultimo, in A. FARÌ - E. GUARNA ASSANTI (a cura di), *Economia, ambiente e servizi, Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, vol. III, Torino, 2019, p. 1357 ss.; D.U. GALETTA - G. COLOMBO, *Gestione dei servizi pubblici locali e in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, in M. CAFAGNO - F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, p. 349 ss.

una risonanza particolare alla luce del periodo di emergenza sanitaria, che ha evidenziato l'essenzialità del servizio di igiene urbana, tra quelli che garantiscono le condizioni minime di sopravvivenza di una comunità, anche quando ogni altra attività produttiva o servizio rallentano o sono sospesi.

Il trabordante quadro legislativo in materia del servizio rifiuti, nella sua evoluzione, lo ha inquadrato nella prospettiva del «comune regolatore» e di una *governance* multilivello in cui le Regioni hanno fondamentali funzioni programmatiche, all'interno di un'intensa attività di indirizzo ministeriale.

Le periodiche gravi crisi che hanno interessato la gestione della raccolta rifiuti in varie aree del paese, soprattutto del centro-sud, hanno drammaticamente acceso i riflettori sulla rilevanza non solo locale delle modalità attraverso le quali il servizio è organizzato e gestito². Le forti disparità nella qualità dell'erogazione del servizio stesso, soprattutto tra nord e sud del paese, non sfuggono ormai allo stesso ordinamento europeo, che, nella prospettiva della tutela dell'ambiente, indirizza i governi nazionali e locali verso obiettivi sempre più puntuali di politica dei rifiuti (in direzione dell'obiettivo «discarica zero»). La prospettiva europea crea i presupposti per un ribaltamento della prospettiva per cui i rifiuti non sono inquadrati solo quali possibili fattori di inquinamento da contenere, ma come risorse in grado di alimentare nuovi processi produttivi e nuovi modelli di consumo, alla luce della *circular economy*³.

In questo quadro si è inserito, nel 2017, l'affidamento dei compiti regolatori in materia di ciclo dei rifiuti urbani e assimilati ad ARERA, con la conseguente attrazione, per alcuni aspetti, della regolazione ad una dimensione nazionale, specie con riferimento alla necessità di uniformare le differenti modalità di organizzazione del servizio ad un modello economico, di riconsiderare i confini del regime amministrativo che lo governa e, soprattutto, di garantire una qualità omogenea, quantomeno per contenuti essenziali, delle prestazioni offerte agli utenti nelle diverse aree del paese⁴.

² Per avere un quadro di insieme delle disfunzioni che caratterizzano la gestione del ciclo dei rifiuti a livello nazionale si può far riferimento all'audizione del Presidente dell'ANAC, Raffaele Cantone, alla Commissione Parlamentare di inchiesta sulle «attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad essi correlati», del 30 gennaio 2019 (consultabile nel sito dell'Autorità). Il quadro che ne emerge è di notevole criticità, con riferimento a tutte le possibili fasi che connotano il servizio: dalle carenze nella fase programmatica, all'utilizzo generalizzato delle proroghe nell'affidamento dei servizi, dall'estrema frammentarietà della gestione alle criticità delle procedure di gara (oltre ai problemi legati anche ai collegamenti con organizzazioni illecite, in alcune zone del paese).

³ Si v. la Comunicazione della Commissione *Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti*, del 2 luglio 2014, COM(2014) 398, sostituita da un nuovo approccio integrato con il *Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare*, COM(2015) 614, in accompagnamento alle proposte di direttive, recepite in Italia con alcuni decreti, tra cui centrale il d. lgs. 3 settembre 2020, n. 116, in tema di rifiuti e imballaggi. Sulle implicazioni del principio dell'economia circolare si v., da ultimo, i saggi raccolti nel volume per il decennale della *Rivista quadrimestrale di diritto per l'ambiente*, n. 1, 2020, tra i quali G. ROSSI, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, 4 ss.; F. GIGLIONI, *La sostenibilità ambientale come vincolo giuridico per la rigenerazione urbana*, p. 16 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, p. 50 ss.; M. FREY, *Genesi ed evoluzione dell'economia circolare*, p. 163 ss.

⁴ Si tratta dell'art. 1, c. 527, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, che riproduce l'art. 16 dello schema di decreto legislativo recante il testo unico sui servizi locali di interesse economico generale (atto del Governo n. 308, XVII legislatura, giugno 2016), in attuazione della legge delega 7 agosto 2015, n. 124, mai pubblicato. Su questo testo si v. M. RENNA - S. VACCARI, *I servizi pubblici locali di interesse economico generale. Brevi riflessioni in tema di nozione, assunzione e forme di gestione a*

L'insieme di questi aspetti rende, perciò, l'analisi del regime amministrativo del servizio rifiuti paradigmatica, perché consente di tornare a riflettere su temi generali, come gli attuali presupposti giustificativi di un regime di privativa comunale e di servizio pubblico, nonché di affacciarsi su temi nuovi, come è quello rappresentato dall'impatto della regolazione di un'Autorità nazionale indipendente su un sistema di *governance* multilivello complesso e originariamente centrato sulla figura del Comune regolatore⁵.

2. La privativa comunale in materia di ciclo dei rifiuti urbani e la dimensione del servizio pubblico

Ove si voglia ricostruire, andando a ritroso nel tempo, il quadro normativo riguardante la gestione dei rifiuti urbani, con ciò intendendo i «residui dei processi di consumo»⁶, il dato che emerge con evidenza è quello di un'attività di pubblico interesse progressivamente attratta nell'area di una privativa comunale in ragione dei fondamentali interessi generali alla garanzia dell'igiene e del decoro pubblici (prima) e della tutela ambientale (poi).

Rispetto ad altri servizi locali, la particolarità del servizio rifiuti sta nell'essere articolato in una pluralità di attività coordinate (raccolta, trasporto, smaltimento) rispetto alle quali gli utenti sono «a monte» e non «a valle» dell'attività organizzativa. Gli utenti sono, infatti, al contempo produttori dei rifiuti (nella loro qualità di consumatori che eliminano gli scarti o che semplicemente si disfano di beni che non intendono ulteriormente utilizzare⁷) e soggetti interessati alle attività di raccolta e smaltimento.

Ciò spiega le ragioni per cui la legge Giolitti consentiva che la nettezza urbana e lo sgombrò di immondizie delle case» fossero servizi municipalizzabili, pur senza l'obbligo di privativa, e a carico della finanza comunale⁸. Dietro pagamento i Comuni provvedevano al «servizio di ritiro e trasporto delle immondizie

marginale di un recente schema di testo unico, in G. SALA - G. SCIULLO (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Napoli, 2017, p. 177 ss. Per una valutazione d'insieme riguardante gli sviluppi recenti della disciplina delle Autorità di regolazione, nelle sue contraddizioni, si v. M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Riv. reg. mercati*, n. 2, 2018, p. 170 ss.

⁵ Su questi aspetti sia consentito rinviare anche al saggio A. BENEDETTI, *Disciplina europea e regolazione dei servizi pubblici locali tramite autorità indipendenti*, in *Riv. reg. mercati*, n. 1, 2019, ove si opera un confronto tra i regimi regolatori dei servizi locali relativi al trasporto, al servizio idrico e al ciclo dei rifiuti urbani.

⁶ Così definisce i rifiuti urbani F. DE LEONARDIS, *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*, in G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017, 296. La distinzione si pone rispetto ai rifiuti speciali, termine che invece comprende gli «scarti delle attività economiche», ivi incluse le lavorazioni industriali, le attività agricole e quelle di servizio.

⁷ Si consideri anche il fatto che la qualificazione di rifiuto è ancorata alla nozione di «scarto», che però contiene in sé un'accezione oggettiva ed una soggettiva: non solo ciò che residua dal consumo è infatti rifiuto, ma anche ciò che il consumatore ritiene di non voler utilizzare più, nonostante la permanenza delle caratteristiche di funzionalità proprie del bene. Su questa distinzione poggia anche tutta la tematica delle attività di riciclo e di recupero dei rifiuti, nella considerazione dei prodotti che possono essere reimmessi in un ciclo di consumo, per effetto di una trasformazione o a seguito di un semplice trattamento di ciò che era stato incluso tra gli scarti.

⁸ Si tratta della legge 29 marzo 1903, n. 103, per questi contenuti riprodotta nel successivo Testo unico del 1925. Sul tema, per una lettura nella chiave interpretativa dell'economia pubblica, si v. R. FAZIOLI, *Economia delle public utilities*, Padova, 2013.

domestiche», ammettendo la possibilità di una concomitante attività privata di raccolta (sia pure soggetta a specifici requisiti)⁹.

Solo con la successiva legge 20 marzo 1941, n. 366, le attività di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani sono state definite come «attività di pubblico interesse» che i Comuni erano tenuti a gestire in regime di privativa, direttamente o in concessione¹⁰. Queste due caratteristiche hanno attraversato (con talune varianti) tutte le successive riforme legislative, fino ad arrivare al codice dell'ambiente (d.lgs. n. 3 aprile 2006, n.152) che ha mantenuto la privativa comunale per i rifiuti urbani e assimilati (almeno se e fino al momento in cui il servizio stesso non sia riorganizzato in ambiti ultra-comunali), qualificando l'intera «gestione dei rifiuti» come «attività di pubblico interesse» (art. 177, c. 2). Singolarmente, dunque, nessuna norma ha qualificato in modo espresso il ciclo dei rifiuti come servizio pubblico, termine che, nell'accezione corrente, ha finito per identificare l'area in «privativa» delle attività stesse; mentre espressamente sono state incluse tra le funzioni fondamentali obbligatorie per i Comuni (ai sensi del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge n. 7 agosto 2012, n. 135) «l'organizzazione e gestione dei servizi di raccolta, l'avvio allo smaltimento e al recupero dei rifiuti urbani, e la riscossione dei relativi tributi» (art. 19, c. 1).

Come in un gioco di qualificazioni pubblicistiche che si richiamano e si riflettono a vicenda, la dimensione del servizio rifiuti come servizio pubblico è presente nella giurisprudenza, che ne ascrive le attività di organizzazione e di gestione (ivi compresa l'indizione delle gare per l'affidamento) all'esercizio di un potere pubblico che giustifica l'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia¹¹.

In questo quadro concettuale, il primo regolatore del servizio è il Comune, titolare diretto del servizio in privativa, che vede oggi una discrezionalità più ridotta nel definire i confini della riserva: con il d.lgs. 3

⁹ Si v. la ricostruzione operata da F. FONDERICO, *Il comune regolatore. La privativa e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, Pisa, 2012, 139 ss.

¹⁰ Non sfuggiva la dimensione economica del servizio e la sua rilevanza «ultra-comunale», posto che la vigilanza del settore era attribuita al Ministero dell'Interno, che impartiva direttive e svolgeva una serie di compiti finalizzati a promuovere le migliori tecniche e la migliore qualità del servizio; le opere relative agli impianti e agli stabilimenti erano considerati di pubblico interesse (nel senso che l'approvazione dei relativi progetti equivaleva a dichiarazione di pubblica utilità ai fini espropriativi). Per una ricostruzione storica dell'evoluzione normativa, si v. A. MONTAGNA, *Rifiuti (gestione dei)*, in *Enciclopedia giuridica*, 2003; P. DELL'ANNO, *Rifiuti*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; G. BOTTINO – R. FEDERICI, *Rifiuti*, in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007; C. FELIZIANI, *Tutela ambientale e servizio pubblico. Il caso della gestione dei rifiuti in Italia e in Inghilterra*, Roma, 2014.

¹¹ Così Corte cost., 27 gennaio 2010, n. 35, secondo la quale, ai fini dell'attribuzione delle relative controversie al giudice amministrativo, la «gestione dei rifiuti» costituisce una materia affidata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Sulla qualificazione delle attività di raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani come servizio pubblico si v. anche Cass. Sez. un., 26 settembre 2017, n. 22357; Cons. St., Sez. V, 1 agosto 2015, n. 3780 e la precedente, della stessa Sezione, 9 aprile 2015, n. 1819; Cons. St., Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1034, che postula la legittimità della gestione in autoproduzione del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani; Tar Lazio, Sez. II, 8 febbraio 2017, n. 2115.

settembre 2020, n. 116 in tema di economia circolare, è infatti venuto meno il potere comunale di definire l'ambito dei rifiuti assimilati (i rifiuti speciali trattati come gli urbani), rimessi oggi alla disciplina uniforme della legge. Altro limite alla privativa è posto dall'art. 181, c. 5, del codice dell'ambiente, con riferimento alle «frazioni di rifiuti urbani oggetto e di raccolta differenziata destinati al riciclaggio e al recupero» per le quali «è sempre ammessa la libera circolazione sul territorio nazionale» tramite enti o imprese iscritte nell'Albo nazionale dei gestori ambientali. Lo stesso d.lgs. 3 settembre 2020, n. 116, in raccordo anche alla disciplina della responsabilità estesa del produttore, rafforza le ipotesi in cui i fruitori possano scegliere modalità di raccolta e trasporto alternative al servizio pubblico, pur in una prospettiva di perdurante centralità del servizio stesso.

In relazione alla specificità delle condizioni locali rimane rimesso ai regolamenti comunali la scelta se il ciclo dei rifiuti, oggetto della gestione in privativa, si arresti all'avvio al recupero o allo smaltimento o abbracci la fase ulteriore, in ragione della presenza o meno di realtà imprenditoriali private (mentre per questo aspetto i giudici hanno, a più riprese, affermato che «la realizzazione delle infrastrutture necessarie per l'espletamento dei servizi di gestione del ciclo dei rifiuti *non* è essa stessa gestione del ciclo dei rifiuti»¹²).

Come illustrato negli studi economici in materia (il più completo dei quali è presente nell'indagine conoscitiva dell'AGCM del 2016¹³), la privativa comunale relativa ai rifiuti urbani e assimilati, con questi limiti, trova ancora oggi un solido ancoraggio non solo nelle tradizionali ragioni di tutela dell'igiene e del decoro urbano, ma nella tutela dell'ambiente e anche nelle esigenze di carattere economico: le «economie di densità» realizzabili nelle zone più popolate, e la necessità di garantire il servizio secondo i medesimi parametri di accessibilità e qualità, nelle zone meno popolate. Peraltro la lettura economica evidenzia la caratteristica di «bene pubblico» sia per la raccolta (si pensi alla raccolta nei cassonetti) che per lo smaltimento in discarica, con la conseguente necessità di una regolamentazione volta a garantire la migliore qualità, riducendo al massimo le esternalità negative per l'ambiente¹⁴.

¹² Così Cass. Sez. un., 30 settembre 2013, n. 22317, che evidenzia la natura privata dell'attività per affermare la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie relative.

¹³ Si tratta dell'indagine conoscitiva dell'AGCM sui rifiuti solidi urbani, IC49, del 21 gennaio 2016, in cui sono prese in considerazione le caratteristiche del mercato dei rifiuti nelle sue diverse componenti e articolazioni, al fine di vagliarne le criticità e promuovere un miglioramento della regolazione del settore.

¹⁴ Ancora una volta l'indagine conoscitiva dell'AGCM rimane il riferimento di maggiore interesse per un'analisi economica, a fondamento della lettura del regime giuridico del servizio rifiuti. Sui significati della municipalizzazione oggi si cfr. F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *federalismi.it*, n. 14, 13 luglio 2016; G. PIPERATA, *I servizi pubblici locali tra rimunicipalizzazione e demunicipalizzazione*, in *Munus*, n. 1, 2016, p. v.

3. L'aspirazione all'integrazione verticale e orizzontale del servizio, nel quadro di una governance complessa

Come per il resto dei servizi locali di rilevanza economica (trasporti, idrico, gas), anche per la gestione del ciclo dei rifiuti il quadro normativo, formatosi a partire dagli anni Novanta, evidenzia l'aspirazione al superamento della frammentazione gestionale mediante la riorganizzazione per Ambiti ultracomunali che dovrebbero incrementare l'economicità e l'efficienza della gestione, considerata in modo integrato.

In particolare con il decreto Ronchi si è introdotto il concetto di «gestione integrata dei rifiuti», per comprendere *l'integrazione verticale* delle diverse attività in cui lo stesso si articola (dalla raccolta allo smaltimento) e che possono costituire oggetto di un unico affidamento, ove ne sussista la convenienza. Il codice dell'ambiente ne ha ripreso la nozione, ancorandola al più generico concetto di «complesso delle attività ... volte a ottimizzare la gestione dei rifiuti»¹⁵ (art. 183, c. 1, lett. ll), e soprattutto alla riorganizzazione del servizio secondo Ambiti territoriali ottimali (art. 200), delimitati dal piano regionale, nella prospettiva di un'*integrazione orizzontale* delle attività, al fine di ridurre la frammentazione e incrementare l'economicità e l'efficienza del servizio.

Nessuno dei due tipi di integrazione è assolutamente vincolante: quanto a quella verticale, la non obbligatorietà è stata sottolineata dalla giurisprudenza, attenta nel riconoscere la specificità delle condizioni locali (ad esempio se sussistono impianti di smaltimento privati fuori dalla privativa o se la gestione degli impianti debba essere integrata)¹⁶. Quanto all'integrazione orizzontale del servizio, le singole Regioni possono decidere di organizzare il servizio a prescindere dalla definizione degli Ambiti (secondo lo stesso art. 200, c. 7, del codice dell'ambiente), e in tal caso la gestione dei servizi continua a far capo ai Comuni che ne hanno la privativa (questa è, ad esempio, la scelta fatta dalla Regione Lombardia, che, peraltro, registra elevati livelli di efficienza del servizio).

La riorganizzazione secondo Ambiti territoriali ottimali si inserisce in un quadro di *governance* molto complessa, che vede coinvolti i diversi livelli territoriali con funzioni che, in vario modo, interagiscono tra loro. Il sistema è, nel suo complesso, difficilmente intellegibile, se non lo si legge nella chiave della tutela ambientale, che identifica la finalità prima del sistema di interazione tra pubblici poteri.

¹⁵ Così la definizione di «servizio integrato di gestione» secondo l'ARERA (ai sensi del provvedimento 443-19all del 2019): esso «comprende il complesso delle attività volte ad ottimizzare la gestione dei rifiuti urbani, (indipendentemente dalla classificazione che assumono durante il loro percorso) vale a dire: l'attività di raccolta e trasporto; l'attività di trattamento e smaltimento dei RU; l'attività Allegato A 5 di trattamento e recupero; l'attività di spazzamento e lavaggio strade, nonché l'attività di gestione tariffe e rapporto con gli utenti» (art. 1.1, all.A).

¹⁶ Così, *ex multis*, Tar Puglia, Bari, Sez. I, 24 marzo 2011, 474, secondo la quale «la vigente normativa non postula un legame necessario e inscindibile tra attività di raccolta, trasporto, conferimento o loro smaltimento finale, ben potendo le diverse fasi del complessivo servizio essere svolte da imprese diverse (specie lo smaltimento rispetto al resto)».

Nel disegno del codice dell'ambiente, infatti, coerentemente con gli obiettivi delle direttive europee di cui quelle norme sono il recepimento, acquistano una posizione di centralità i criteri ambientali di cui all'art. 179, ordinati secondo la gerarchia per cui la gestione dei rifiuti deve privilegiare la prevenzione, la preparazione per il riutilizzo, il riciclaggio, il recupero (in particolare energetico) e solo in ultimo lo smaltimento. Ciò implica un radicale ripensamento dello stesso modello di produzione e consumo (coerentemente con l'approccio del modello di economia circolare), che fa del ciclo dei rifiuti un sistema a stretta regolazione e guida pubblica, anche laddove lo stesso si apre al mercato (con riferimento ai rifiuti speciali¹⁷ e alle attività di recupero e di riciclaggio di quelli urbani), coerentemente all'art. 177 che qualifica la gestione dei rifiuti come «attività di pubblico interesse» (c. 2) e la *governance* pubblica che lo governa come «sistema compiuto e sinergico» (c. 6).

Rispetto a questi obiettivi generali, il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (spesso di concerto con quello della salute) ha un ruolo fondamentale di conformazione del sistema di gestione complessivo dei rifiuti (ivi incluse le attività a mercato o quelle riservate), attraverso una fitta trama di norme secondarie o di programmi, che sarebbero diretti a favorire il rispetto della gerarchia dei rifiuti, incentivandone la prevenzione della produzione e le pratiche di compostaggio (art. 180); promuovendo il riutilizzo e il riciclaggio (art. 181) tramite imprese appositamente qualificate dal sistema pubblicistico dell'Albo nazionale dei gestori ambientali (art. 181, c. 5)¹⁸.

Alle già rilevanti funzioni previste dal codice, il d. lgs. 116/2020 ha aggiunto una ridefinizione della funzione programmatoria e pianificatoria del Ministero dell'ambiente, con le quali si vorrebbe supplire alle inadempienze regionali: il Programma nazionale di gestione dei rifiuti (nuovo art. 198 bis) e il Programma nazionale di prevenzione dei rifiuti (nuovo art. 179)

La necessità di conformare il sistema ai principi enunciati implica anche una relevantissima attività di controllo e monitoraggio dei flussi di rifiuti (anche speciali)¹⁹ e di enunciazione di specifiche responsabilità in capo ai produttori o detentori dei rifiuti²⁰, oltre che di individuazione della c.d. *end of waste* (la cessazione

¹⁷ Lo stesso art. 179, c. 4, prevede che con decreti del Ministro dell'ambiente, di concerto con quello della salute, «possono essere individuate, con riferimento a singoli flussi di rifiuti specifici, le opzioni che garantiscono ... il miglior risultato in termini di protezione della salute umana e dell'ambiente», in coerenza con gli enunciati principi di gerarchia dei rifiuti.

¹⁸ È molto importante quanto disposto dall'art. 181 c. 5, secondo il quale è sempre ammessa la libera circolazione sul territorio nazionale delle frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata destinate a riciclaggio e al recupero (sia pure con attenzione privilegiata al principio di prossimità degli impianti di recupero), tramite, appunto, enti o imprese iscritti nell'Albo nazionale gestori ambientali.

¹⁹ Si pensi al sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti (SISTRIS), e ai puntuali obblighi connessi alla tenuta dei registri di carico e scarico, di cui agli articoli 188-bis e seguenti del codice.

²⁰ Il riferimento va alla responsabilità del produttore iniziale o di altro detentore dei rifiuti in ordine al trattamento, secondo la nuova disciplina del d.lgs. 3 settembre 2020, n. 116.

della qualifica di rifiuto, con conseguente fuoriuscita del bene dal sistema di regolazione e vigilanza pubblica).

La rete degli impianti acquista una rilevanza che supera i confini locali, secondo una logica chiaramente di tipo sussidiario tra mercato e intervento pubblico, dal momento che non è enunciata alcuna espressa riserva pubblica in materia, ma si prescrive che, in particolare il recupero e lo smaltimento dei rifiuti urbani non differenziati debba avvenire secondo una «rete integrata e adeguata di impianti», al fine di realizzare l'autosufficienza nello smaltimento e trattamento dei rifiuti urbani non pericolosi all'interno degli Ambiti territoriali ottimali, nonché il rispetto del principio di prossimità (al fine di ridurre la movimentazione) (art. 182-bis). Quindi (come si è visto) laddove manca l'iniziativa privata e sia carente la rete di impianti, attivabili secondo la formazione di prezzi «di mercato», la costruzione e gestione degli impianti stessi viene attratta nell'orbita della gestione integrata del ciclo dei rifiuti. In particolare si prevede che in sede di Conferenza unificata e con d.p.c.m. siano individuati impianti di recupero e smaltimento di preminente interesse nazionale «da realizzare per la modernizzazione e lo sviluppo del paese», secondo criteri di equilibrio socio-economico fra le aree del territorio nazionale, e secondo una quantificazione di risorse pubbliche da inserire nei documenti di programmazione finanziaria nazionale (art. 195, c. 1, lett. f). La rafforzata programmazione nazionale acquista un ruolo centrale sotto questo profilo²¹.

In questo contesto, il senso ultimo e complessivo della fitta trama di competenze che il codice attribuisce allo Stato sembra essere quello di conformare il sistema in direzione degli obiettivi ambientali, e secondo la gerarchia di azioni, che sono posti nel recepimento delle norme comunitarie, indirizzando, altresì, l'attività pianificatoria delle Regioni e realizzando condizioni uniformi sotto il profilo della normativa tecnica, dei contenuti autorizzatori, della disciplina di forme di semplificazione riguardanti gli oneri amministrativi connessi ad attività da incentivare e da aprire al mercato (come il recupero).

In questa visione in cui l'attività di gestione dei rifiuti è conformata dai pubblici poteri (sia che si tratti di attività in privativa o in regime di mercato), le Regioni hanno una funzione importante, non solo per il compito di definire gli Ambiti territoriali ottimali, ma anche per la formulazione dei piani regionali di gestione dei rifiuti (nel vincolo di quelli nazionali), in cui quegli stessi intenti volti a realizzare la «società del riciclaggio» si calano in un'analisi territoriale che misura l'esistente (anche in termini di flussi delle diverse tipologie di rifiuti) e indirizza alle politiche da sviluppare, anche in termini di localizzazione di nuovi impianti (di trattamento o di smaltimento). L'attività di valutazione regionale è ad alto tasso di discrezionalità, tanto che la Corte costituzionale ha escluso che la stessa possa essere sostituita dal

²¹ Il nuovo centralismo a livello programmatico, funzionale all'effettivo perseguimento dei nuovi obiettivi di tutela ambientale, si sposa con la tendenza all'accentramento legato alle esigenze di risanamento economico finanziario, ben evidenziata da R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. Paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016, p. 411 ss.

legislatore regionale, mediante una definizione dei contenuti del piano per legge²². Al tempo stesso il piano dovrebbe creare i presupposti anche le attività di mercato, a partire dal nodo fondamentale dello sviluppo (e della localizzazione) degli impianti. Sotto questo profilo la giurisprudenza amministrativa ha posto in evidenza la centralità del piano per le autorizzazioni uniche ambientali, configurate come autorizzazioni costitutive (quindi svincolate da qualsiasi diritto preesistente) di attività, in sé, non libere (come può essere la realizzazione di una discarica)²³.

In questo quadro complesso (comprendente anche le province), il disegno del codice dell'ambiente mantiene in capo ai Comuni importanti funzioni di regolazione del servizio, pur trasferendo agli Enti di governo di ambito (ove istituiti) i poteri di organizzazione e affidamento della gestione dello stesso.

Nella dimensione della costituzione di Ambiti ottimali, i Comuni vedono eroso il proprio potere esclusivo e «concorrono» alla regolazione e alla gestione dei rifiuti urbani. Ai sensi dell'art. 198 spettano ai regolamenti comunali (che all'interno degli Ambiti dovranno essere armonizzati, anche se in base a modalità non esplicitate dalla norma) scelte importanti, come quelle relative alle modalità del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani (porta a porta, luoghi di raccolta, cassonetti esterni...); alle modalità di raccolta differenziata, ivi comprese la promozione del recupero; fino all'individuazione dei rifiuti assimilati agli urbani.

All'interno degli Ambiti ottimali i Comuni sono tenuti a cooperare (pena l'attivazione dei poteri sostitutivi da parte della Regione) per la gestione unitaria del servizio, come già affermato dalla Corte costituzionale nell'interregno in cui le Autorità d'ambito erano state soppresse dalla legge²⁴. È significativo come la Corte abbia, a diverse riprese, sottolineato l'irragionevolezza di un semplice ritorno ad uno scenario di frammentazione gestionale del servizio e abbia pienamente avallato l'obbligatorietà delle forme associative, dove previste, lasciando intendere che l'organizzazione dei servizi locali di interesse economico (rifiuti inclusi) implichi oggi una necessaria aggregazione comunale, in nome dei principi della concorrenzialità e dell'economia di spesa²⁵.

²² Si v., in particolare, Corte cost. 13 giugno 2019, n. 142, che censura una legge regionale sostitutiva di dell'atto amministrativo che codifica le scelte strategiche regionale.

²³ Si v., per la sua particolare significatività, la sentenza Tar Puglia, Bari, Sez. II, del 4 marzo 2019, n. 283, in *Giust. amm.*, marzo 2020, che evidenzia questi contenuti con un approccio sistematico di particolare interesse.

²⁴ Infatti le Autorità d'Ambito (istituite per effetto delle diverse leggi di settore) sono state soppresse con la legge n. 191/2009, in vista della realizzazione di risparmi di spesa pubblica. All'indomani di questa riforma, la Corte costituzionale ha affermato che un ritorno al modello di una frammentazione gestionale «sarebbe in contrasto con i principi di ragionevolezza, sussidiarietà e adeguatezza» (Corte cost. 4 aprile 2011, n. 128), di fatto sostenendo la necessità di una organizzazione per Ambiti territoriali ottimali dei servizi locali di rilevanza economica.

²⁵ La Corte, che già in occasione del sindacato sulle norme riguardanti le forme obbligatorie di gestione associata delle funzioni fondamentali dei piccoli Comuni ha, a più riprese, affermato che non esiste una «riserva costituzionale di esercizio individuale delle funzioni» da parte dei Comuni stessi (Corte cost. 4 marzo 2019, n. 33), ha altresì ricondotto alle competenze statali in materia di concorrenza, principi fondamentali di coordinamento finanza pubblica e tutela dell'ambiente, la disciplina volta al superamento della frammentazione verticale delle gestioni dei servizi locali economici

Una compiuta individuazione delle funzioni attribuite agli Enti di governo di Ambito è possibile attraverso la lettura congiunta delle norme del codice dell'ambiente e quelle vigenti in materia di servizi locali a rete, a contenuto economico (art. 3 bis d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. dalla l. 14 settembre 2011, n. 148): ad essi spettano in via esclusiva le funzioni di organizzazione del servizio, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza (per quanto di competenza), di affidamento della gestione e del relativo controllo²⁶. Spetta all'Ente di Governo di ambito la formulazione della relazione giustificativa della scelta della forma di affidamento prevista, a cui deve essere allegato un piano economico finanziario recante la proiezione, per l'intero periodo di affidamento, dei costi, ricavi, investimenti e relativi finanziamenti, relazione asseverata da un istituto di credito. Secondo la prospettazione dell'ARERA, spetta agli Enti di governo di ambito anche una fondamentale attività di validazione dei dati e di aggiornamento del PEF, trasmesso dal gestore del servizio²⁷.

4. L'attribuzione delle funzioni di regolazione del ciclo dei rifiuti urbani ad ARERA

Rispetto al complesso quadro così formulato, l'attribuzione delle funzioni regolatorie ad ARERA (così denominata proprio in tale occasione) con riferimento al ciclo di rifiuti urbani e assimilati, ha segnato un indubbio e significativo mutamento di scenario. Nonostante, infatti, la riforma tragga origine da uno scarno articolato (introdotto, secondo una prassi non commendevole, da un comma di articolo di una

(nella fattispecie idrico), dichiarando l'illegittimità di leggi regionali volte a definire sub Ambiti (Corte cost. 4 maggio 2017, n. 93). In nome del necessario superamento della frammentazione delle gestioni, la Corte ha dichiarato infondate le censure di incostituzionalità sollevate verso l'art. 3 bis del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, con riferimento alla previsione di partecipazione obbligatoria degli enti locali agli organi associativi, eventualmente assistita anche da poteri sostitutivi (Corte cost. 7 luglio 2016, n. 160). Il principio per cui l'autonomia comunale non fosse menomata, in sé, dalla costituzione di enti di governo di ambito ma si esplicasse attraverso la partecipazione all'ente associativo era già stato affermato da Corte cost. 24 luglio 2009, n. 246.

²⁶ La riorganizzazione per Ambiti territoriali ottimali, ricercando una dimensione di erogazione del servizio coerente con i principi di efficienza e di economicità, non può che incidere sulla valutazione dei presupposti economici della titolarità e delle modalità di affidamento del servizio. In dottrina si è infatti prospettata l'ipotesi che la riorganizzazione per Ambiti farebbe venire meno gli stessi presupposti della riserva comunale (G. FONDERICO, *Il comune regolatore. Le private e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, cit., 161) o, addirittura, metterebbe in discussione le condizioni giustificative di forme organizzative del servizio come *Pin house* (M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in E. BRUTI LIBERATI - F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, p. 127). Sulla travagliata vicenda degli Ambiti territoriali ottimali si v. M. DE BENEDETTO, *Gli Ambiti territoriali ottimali e la programmazione locale. Il ruolo delle Autorità di bacino e degli Enti di governo d'ambito. I rapporti con l'Aeegsi*, in *Amministrazione in cammino*, 31 maggio 2017. Segnala l'affievolimento del tasso di democraticità concernente i settori in parola G. BAROZZI REGGIANI, *Servizi di pubblica utilità, Authorities ed Enti di governo di Ambito: tra istanze accentriche e (necessaria) garanzia della rappresentatività*, in *Diritto amministrativo e società civile*, I, Bologna, 2018, p. 305 ss.

²⁷ Così nel provvedimento di ARERA 443-19all, del 2019, in merito al metodo tariffario della gestione integrata del servizio rifiuti.

legge di stabilità²⁸), la stessa incarna un'ulteriore declinazione della regolazione, già affacciata con l'estensione delle funzioni dell'Autorità al servizio idrico²⁹.

Una declinazione che, pur iscritta espressamente nell'alveo della legge n. 481/1995, segna una certa distanza dal modello che aveva ispirato l'istituzione dell'Autorità, nel periodo di avvio dei processi di privatizzazione e liberalizzazione dei servizi pubblici economici nazionali³⁰. Allora la grande questione era rappresentata dalla necessità di creare un'istanza pubblica neutrale a presidio di interessi fondamentali connessi al servizio (primi fra tutti la qualità/accessibilità in condizioni di efficienza e la tutela degli utenti), la cui cura non poteva essere lasciata agli imprevedibili equilibri delle (future) forze del mercato. La decisione di privatizzare le grandi imprese pubbliche nazionali, al di là delle incertezze e contraddittorietà del processo avviato, implicava, perciò, una sorta di «oggettivizzazione» di taluni interessi prima rimessi alla valutazione discrezionale dei gestori pubblici³¹. In tale quadro la regolazione costituiva una risposta al fallimento del (potenziale) mercato nella cura dell'interesse generale, nel presupposto della sua apertura e della riconduzione dei servizi ai canoni propri delle gestioni imprenditoriali private. Il problema era come separare le attribuzioni dell'Autorità rispetto a quelle del Ministero, e, in fondo, come concepire il carattere neutrale della stessa attività di regolazione rispetto all'attività di indirizzo politico³².

²⁸ Si tratta del cit. art. 1, c. 527, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, che riproduce l'art. 16 dello schema di decreto legislativo recante il testo unico sui servizi locali di interesse economico generale, di cui si è detto (*supra* nota 4). Il riferimento al testo è significativo per capire la logica entro la quale si iscriveva il trasferimento all'Autorità delle funzioni regolatorie in materia di ciclo dei rifiuti. La riforma interveniva dopo che il d. lgs 16 gennaio 2008, n. 4, introducendo l'art. 206 bis nel testo unico ambiente, aveva attribuito funzioni di vigilanza sul sistema dei rifiuti ad un Osservatorio nazionale, funzioni poi trasferite al Ministero dell'Ambiente, (per effetto dell'art. 29 della l. 28 dicembre 2015, n. 221)

²⁹ Nel documento di accompagnamento dello schema di decreto recante il testo unico in materia di servizi locali di interesse economico generali espressamente si afferma che nell'enucleazione dei nuovi compiti di ARERA in materia di ciclo dei rifiuti si è tenuto presente le funzioni già esercitate con riferimento ai servizi idrici e individuate con dpcm 20 luglio 2012.

L'attribuzione delle funzioni regolatorie del settore idrico all'Autorità era avvenuta in base all'art. 21, c. 19 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 13 maggio 2011, n. 70 (funzioni della Commissione nazionale per la vigilanza delle risorse idriche, di cui all'art. 161 del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 transitate nell'Agenzia nazionale per la regolazione e vigilanza in materia di acqua ai sensi dell'art. 70, c. 11, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla legge 12 luglio 2011, n. 106).

³⁰ Si v. G. MORBIDELLI, *Introduzione*, in F. MERUSI - S. ANTONIAZZI (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata dei servizi pubblici locali*, Torino, 2017, che definisce la legge 14 novembre 1995, n. 481 quale «legge generale della regolazione». Si v. anche i rilievi critici di S. CASSESE, *La legge n. 481/1995. Crisi delle autorità indipendenti*, in *Energia*, n. 4, 2015, p. 10.

³¹ All'origine l'istituzione dell'Autorità aveva risposto alla necessità codificata dall'art. 1 bis della legge 30 luglio 1994, n. 474, di far precedere l'effettiva dismissione delle partecipazioni pubbliche nelle società, dalla creazione di «organismi indipendenti per la regolarizzazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico». Il venir meno delle imprese pubbliche monopolistiche del passato, naturali depositarie della tutela degli interessi generali connessi al servizio, doveva essere, perciò, assistito dalla creazione di organismi indipendenti che vigilassero sull'erogazione dei servizi, limitando o orientando l'attività di impresa dei nuovi gestori privati e offrendo una tutela rafforzata agli utenti.

³² Sul ruolo delle Autorità amministrative, in termini di carattere discrezionale o meno delle scelte ai fini del sindacato giurisdizionale, si v. F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze di mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 257 ss; sulla neutralità della funzione svolta e sulla presunta indipendenza delle stesse si v. G. DELLA CANANEA, *Funzioni pubbliche neutrali e*

Nel settore dei rifiuti urbani, come già per l'idrico, la prospettiva è rovesciata: l'esigenza della regolazione nasce non in occasione della liberalizzazione del servizio, ma in ragione del mantenimento di un'area in privativa pubblica, sia pure ridefinita per effetto dell'apertura di nuovi mercati connessi (si pensi alle attività industriali di recupero dei rifiuti); gli interlocutori della regolazione non sono primariamente i gestori privati ma gli enti territoriali chiamati a organizzare il servizio; la struttura della *governance* pubblica non è semplicemente binaria (Autorità/Ministero) ma estremamente articolata e frammentata, comprendendo, come si è visto, tutti i livelli di governo territoriale locale.

Si affacciano, così, interrogativi inediti riguardanti l'estensione dei poteri dell'Autorità, all'interno di una riconsiderazione dello stesso scenario costituzionale in cui gli stessi si iscrivono: se in origine la questione era addirittura quella di ricercare una base legittimante dell'operato dell'Autorità (in ragione, appunto, della sua indipendenza) ora la questione è capire a quale titolo (e con quali limiti) l'Autorità può farsi interprete della *policy* europea e statale in materia di rifiuti, nel rapporto con le Regioni ed gli altri enti territoriali, vincolandone e indirizzandone l'attività (si pensi anche al tema delle infrastrutture strategiche)³³.

In questa prospettiva non è privo di fondamento leggere la funzione dell'Autorità nei termini di ciò che la teoria economica indica come correzione dei *government failures* (come in altra sede si è ipotizzato³⁴), con ciò intendendo, in modo pressoché speculare ai fallimenti del mercato, gli ambiti in cui l'intervento pubblico locale «fallisce» nella regolazione dei servizi a contenuto economico. La regolazione «quadro» che l'Autorità è chiamata a svolgere copre, infatti, aree riconducibili all'implementazione di una qualità del servizio omogenea a livello nazionale (quantomeno per contenuti essenziali) contro la percezione frammentata della stessa, con le relevantissime disparità oggi osservabili; alla strutturazione di un modello tariffario e di un sistema di separazione contabile idonei a supportare la razionalità economica del decisore pubblico locale, anche in tal caso superando la tendenza locale a far prevalere visioni politiche a quelle di mera efficienza economica; a rileggere il regime amministrativo delle attività economiche soggette al servizio in modo da aprire al mercato, anche in tal caso incidendo sugli ordinari strumenti (di carattere autorizzativo o concessorio) di cui gli enti locali dispongono.

La lineare semplicità che deriva dall'inquadrare le funzioni dell'Autorità secondo questa chiave di lettura, anche nell'innesto con le competenze del complesso sistema di *governance* analizzato, si scontra con un

procedimento amministrativo, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2, 1997, 1125; ID., *Autorità indipendenti?*, in *Diritto amministrativo e società civile*, cit., 2018, p. 199 ss.

³³ Per una comprensione del cambiamento di ruolo cui è chiamata, in modo specifico, l'ARERA, per effetto dell'ordinamento comunitario, si v. le osservazioni di grande interesse (anche se riferite al settore energetico) di E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in *Riv. reg. mercati*, n. 1, 2014.

³⁴ Il riferimento è al citato saggio *Disciplina europea e regolazione dei servizi pubblici locali tramite autorità indipendenti*.

assetto che richiede soluzioni differenziate, anche in ragione della diversità dei contesti in cui effettivamente può essere aperto al mercato (tutto il tema delle tariffe al cancello risente, ad esempio, di questa diversa configurazione dei territori)³⁵. Peraltro i compiti dell'Autorità si fronteggiano con le vischiosità del sistema pubblicistico, che solo una ridefinizione legislativa potrebbe contribuire a superare: si pensi alla perdurante sussistenza della Tari³⁶ e alla necessità di definire con maggiore chiarezza la reale efficacia dei provvedimenti dell'Autorità (si pensi alla questione della mancata approvazione delle tariffe fissate dagli Enti di governo di ambito o dai Comuni), nel suo inserimento in procedimenti già normati, ma che non ne contemplavano la presenza. In ultimo, il d.lgs. 116/2020 ha riformato il sistema privilegiando la polarità delle competenze ministeriali e quasi ignorando l'Autorità (richiamata solo in due norme, con riferimento alla definizione dei costi efficienti): ulteriore segnale di un assetto in cui la strada della regolazione sembra essere stata imboccata con non piena consapevolezza dei potenziali effetti che un suo potenziamento potrebbe invece comportare.

5. L'affidamento del servizio nella prospettiva dell'Agcm e dell'Anac

Il regime del servizio relativo al ciclo dei rifiuti urbani risulta anche variamente conformato dai plessi normativi riguardanti l'antitrust e la disciplina in materia di appalti, come dimostrano le copiose pronunce dell'Agcm e dell'Anac.

Quanto ai vincoli del quadro normativo in tema di scelta della modalità di gestione del servizio, occorre premettere che il codice dell'ambiente non individua un'unica modalità possibile, pur lasciando trasparire la preferenza per la modalità di gara³⁷, coerente con la qualificazione dell'operazione come «affidamento del servizio». Ciò significa che, a prescindere dalla modalità di gestione scelta (che deve essere giustificata in base alle condizioni di erogazione territoriale del servizio), il rapporto tra Ente di governo d'ambito (o Comuni, dove l'ente di governo non c'è) e gestore è un rapporto di «affidamento», regolato dal contratto

³⁵ La stessa ARERA, nelle premesse del documento di consultazione riguardante gli *Orientamenti per la copertura dei costi efficienti di esercizio e di investimento del servizio integrato dei rifiuti per il periodo 2018-2021* (351/2019/R/rif), del 30 luglio 2019, evidenzia come «un settore poliedrico nelle criticità, nelle competenze e nelle potenzialità, non può essere regolato secondo metodi omogenei di intervento. Le evidenze emerse suggeriscono piuttosto la necessità di impiegare strumenti regolatori che prevedano *gradualità* nell'implementazione e *asimmetria* nelle soluzioni prospettate».

³⁶ La Tari è relativa al finanziamento dei costi del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti, a carico dell'utilizzatore dell'immobile (in base alle previsioni della legge 27 dicembre 2013, n. 147, art. 1 c. 639). La Tari è commisurata in base a tariffa per anno solare, il cui calcolo avviene secondo il metodo normalizzato di cui il dpr n. 27 aprile 1999, n. 158 o, in alternativa a criteri improntati al principio del «chi inquina paga» di cui all'art. 14 della dir. 2008/98/CE. Si distingue una Tari-tributo da una Tari-tariffa, a seconda delle scelte operate dal Comune nel regolamento relativo. Il diverso regime tariffario implica conseguenze non irrilevanti ove lo si componga con il metodo di copertura dei costi introdotto dall'ARERA. Il sistema Tari è ancorato al Piano finanziario del servizio di gestione dei rifiuti urbani, predisposto dal gestore e approvato dal Consiglio comunale, secondo un meccanismo di ripiano a consuntivo, non di tipo budgettario.

³⁷ Ciò a seguito dell'abrogazione dell'art. 202, c. 1, del codice dell'ambiente, secondo il quale l'Autorità d'ambito «aggiudica il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante gara...», fatta salva la parte in cui si individua la competenza dell'Autorità d'Ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione.

di servizio, in cui le condizioni di erogazione del servizio e di compensazione economica sono rigidamente predeterminate in un documento sottoscritto dalle parti «a monte» dell'erogazione (secondo i contenuti stabiliti dal contratto di servizio tipo formulato dall'Arera, ai sensi della l. 205/2017, art. 1, c. 527, lett. e).

Le attività ascrivibili al servizio pubblico dei rifiuti urbani devono quindi essere collocate in un quadro regolatorio che, nei suoi vari livelli, deve contemperare le valutazioni di risposta al bisogno delle collettività territoriali servite con quelle delle condizioni di mercato in cui le attività stesse sono calate per il fatto di essere attività economiche, potenzialmente ascrivibili a politiche industriali che superano la dimensione territoriale del servizio.

In questo senso è di specifico interesse la disanima delle pronunce dell'Agcm e dell'Anac riferite al servizio rifiuti, poiché contribuiscono a rileggere il regime dell'attività di servizio pubblico correlata, nel bilanciamento con il principio di concorrenza «nel» o «per» il mercato³⁸.

Il dato è particolarmente significativo con riferimento all'attività dell'Agcm relativo al ciclo dei rifiuti, costantemente orientata a commisurare le condizioni di organizzazione e di erogazione del servizio alla valutazione concernente le condizioni di mercato del territorio interessato. Ciò è particolarmente significativo a partire dalle indagini conoscitive dell'Autorità riguardanti il settore dei rifiuti, idonee a offrire la giustificazione per il mantenimento di aree di esclusiva o piuttosto per scardinare i presupposti economici delle stesse, consentendo l'apertura al mercato³⁹.

Ma, attraverso l'attività di segnalazione, lo scrutinio dell'Autorità tocca anche la valutazione del carattere o meno restrittivo della concorrenza delle leggi regionali, laddove definiscono gli Ambiti territoriali ottimali in modo difforme dai criteri della normativa nazionale⁴⁰; individuano la dimensione ottimale per la gestione del servizio o piuttosto laddove conformano i diritti esclusivi dei gestori del servizio⁴¹.

³⁸ È noto che con l'espressione «concorrenza nel mercato» si intende la valutazione di apertura di un'attività economica al mercato, in termini di liberalizzazione della stessa (cioè di possibilità effettiva di molteplici operatori che forniscano il servizio in condizioni di concorrenzialità); con l'espressione «concorrenza per il mercato» il riferimento va all'affidamento tramite gara di un servizio, che implica l'apertura al mercato nella fase di aggiudicazione di un servizio che non può essere svolto in condizioni di concorrenza tra una pluralità di operatori, sia perché non ne sussistono le condizioni di mercato, sia perché il servizio è coperto da un diritto speciale ed esclusivo.

³⁹ Si v. l'indagine relativa al *Mercato dei rifiuti di imballaggio* (3 luglio 2008, IC26) e, soprattutto, l'indagine relativa al *Mercato della gestione dei rifiuti solidi urbani* (21 gennaio 2016, IC49), entrambe nel sito dell'Autorità.

⁴⁰ Così nella segnalazione del 29 novembre 2016, AS1323, riguardante la gestione integrata del ciclo di rifiuti in Sicilia, ove addirittura si ipotizza la necessità che gli Ambiti ottimali a valle della raccolta, relativi alle attività di trattamento e smaltimento in discarica, siano più ampie rispetto a quelli concernenti la raccolta stessa, consentendo l'inclusione di diversi soggetti in concorrenza tra loro, con effetti benefici per l'utenza.

⁴¹ Così nella segnalazione dell'8 settembre 2017, AS1432, in cui l'Autorità reputa contrario al principio di concorrenza l'articolo della legge regionale dell'Emilia Romagna n. 16/2017 che include le attività di recupero nell'ambito del diritto esclusivo del concessionario (riservandogli di fatto il 70% dell'attività, contro il 30% conferibile a terzi).ti

La considerazione del regime di mercato obbliga a rileggere anche i principi organizzativi legati alla collocazione geografica dell'impianto in senso non restrittivo della partecipazione degli operatori ai fini della partecipazione alle gare, ad esempio statuendo che il principio di prossimità stabilita per il recupero dei rifiuti non possa tradursi in una ragione di esclusione, ma converga direttamente nella valutazione delle offerte tecniche, secondo un principio di proporzionalità «in modo da preferire l'impianto più vicino *ceteris paribus*»⁴².

La percentuale maggiore di attività consultiva dell'Autorità riguarda le modalità di affidamento del servizio, con specifico riferimento ai presupposti legittimanti l'organizzazione del servizio tramite società *in house*⁴³ ovvero tramite società mista, con scelta del socio tramite gara. In quest'ultimo caso l'Autorità ha sottolineato a più riprese come l'affidamento sia rispettoso della concorrenza se la gara, oltre che il socio, riguardi le condizioni economiche del servizio e il periodo temporale di affidamento⁴⁴; ovvero come la costituzione di società miste con riferimento ad attività a valle della raccolta dei rifiuti, non comprese nella privativa, si giustifichi solo in presenza di un effettivo deficit impiantistico, quindi come risposta al fallimento del mercato⁴⁵. Lo scrutinio delle norme antitrust è funzionale anche a verificare il corretto funzionamento dei meccanismi di gara, attraverso la sanzione degli abusi di posizione dominante da parte di ex gestori che ostacolano, attraverso il loro comportamento, la corretta partecipazione di altri operatori⁴⁶; o piuttosto verificando che i casi di gara deserta non siano imputabili a intese collusive tra gli operatori esistenti⁴⁷.

L'ambito del controllo delle gare è oggetto specifico della vigilanza dell'Anac, ai sensi del codice dei contratti pubblici, che con le proprie delibere a più riprese ha sanzionato la prassi di proroghe contrattuali

⁴² Si v. la segnalazione del 16 luglio 2019, AS1617, recante il parere sulla documentazione di gara concernente il conferimento di rifiuti solidi urbani non pericolosi. È interessante perché l'Autorità interpreta in modo compatibile con il principio di massima partecipazione degli operatori economici alle gare quello secondo il quale il recupero deve essere fatto privilegiando la prossimità degli impianti di recupero (art. 181, c. 5, del codice ambiente), nel senso di imputare i costi di trasporto derivanti dall'ubicazione degli impianti integralmente a carico dell'offerente. In tal modo l'ubicazione dell'impianto, anziché diventare motivo di esclusione, entra nelle caratteristiche dell'offerta.

⁴³ Ad es. si v. il parere 20 luglio 2016, AS1300, in cui si specifica che la scelta deve essere motivata nell'apposita relazione di cui all'art. 34, c. 20 del d.l. 179/2012, e che i requisiti per l'*in house* devono sussistere al momento dell'affidamento e non dopo, non potendo sussistere un atto con valore sanante in questo ambito.

⁴⁴ Parere del 21 luglio 2010, AS753.

⁴⁵ Così nel parere del 18 dicembre 2019, AS1642.

⁴⁶ È il caso della decisione del 14 marzo 2012, A433, riguardante l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti solidi urbani nel Comune di Messina, con cui l'Autorità ha dichiarato come abuso di posizione dominante il comportamento del gestore uscente volto a non comunicare in modo completo le informazioni relative all'organizzazione del servizio (in modo specifico con riferimento al personale), tanto da ostacolare la partecipazione alla gara da parte di operatori terzi.

⁴⁷ Così nel caso di cui alla decisione del 20 dicembre 2019, I831, relativa alle gare AMA del servizio di smaltimento dei rifiuti, con cui l'Autorità ha dichiarato non sussistente alcun accordo collusivo tra operatori del settore volto a impedire la corretta celebrazione della gara di affidamento del servizio da parte di AMA.

per gli affidamenti ovvero procedere a affidamenti tramite provvedimenti di urgenza⁴⁸. L'assetto regolatorio della gestione dei rifiuti è posto sotto la vigilanza dell'Anac anche sotto il profilo specifico della lotta alla corruzione, con conseguente segnalazione delle disfunzioni del sistema che, a partire dalla definizione degli Ambiti territoriali, dalla definizione dei piani regionali per la gestione dei rifiuti, fino all'operatività degli enti di governo, contribuiscono a determinare il quadro di forti disomogeneità esistente⁴⁹.

6. Osservazioni conclusive: il nucleo ancora attuale del servizio pubblico

L'analisi del complesso regime del servizio dei rifiuti urbani offre spunti di interesse significativi nell'aggiornamento della teoria dei servizi pubblici a contenuto economico.

Ciò è vero a partire dalla dimensione organizzativa⁵⁰, poiché l'analisi esplicita la spinta centripeta che tende a ridefinire i servizi locali di interesse economico secondo ambiti di area più ampia rispetto ai confini dei singoli comuni, che pure mantengono la titolarità della privativa per legge. Le relazioni organizzative connesse alla gestione associata, con tutte le problematiche questioni di raccordo tra Comuni e Enti di governo di ambito, rappresentano oggi il terreno sul quale si misurano (e si consumano) discrezionalità e vincolo della scelta politica locale legata all'erogazione del servizio.

Sotto questo profilo emerge anche la crescente rilevanza della programmazione pubblica sottesa al servizio, che appartiene ad ambiti di governo non coincidenti, anch'essi, con il livello dell'ente locale titolare della privativa, ma ancorati a finalità di interesse generale di più ampio confine. Nel caso dei rifiuti, il terreno di prova più significativo è rappresentato proprio dal recepimento delle direttive europee in materia di economia circolare, che ha rafforzato la competenza programmatica ministeriale, nell'intento di conformare in misura diretta le stesse scelte pianificatorie regionali e degli enti locali al loro interno.

In ultimo, la tensione tra dimensione locale del servizio e dinamiche che ne trascendono i confini emerge anche con riferimento al ruolo delle Autorità indipendenti, e in particolare dell'Autorità regolatrice, le cui funzioni sembrano radicarsi nella necessità di superare la frammentarietà del servizio locale, in direzione

⁴⁸ Si v., ad esempio, la delibera del 10 luglio 2019, n. 642, relativamente ad una visita ispettiva nel comune di Cagliari, ai sensi del d. lgs. 50/2016; nonché la delibera del 13 novembre 2019, n. 1065, relativamente al riordino delle partecipazioni societarie afferenti alla gestione del servizio integrato nel comune di Pisa.

⁴⁹ Si v. citato il testo dell'Audizione del Presidente Cantone del 30 gennaio 2019; si v. altresì, le relazioni annuali dell'Autorità: in quella dell'anno 2018 (del 6 giugno 2019), ad esempio, i tempi lunghi e le rilevate difficoltà nella predisposizione dei piani regionali per la gestione dei rifiuti, sono l'occasione per l'Autorità di indicare quali contenuti i piani stessi dovrebbero presentare, stabilendo criteri tecnici per la localizzazione degli impianti per lo smaltimento, trattamento, recupero dei rifiuti, che dovrebbero essere definiti puntualmente individuando fattori escludenti (preclusivi della localizzazione), fattori penalizzanti e fattori preferenziali per l'idonea localizzazione, in modo da superare anche le resistenze locali (p. 67).

⁵⁰ N. AICARDI, *La sussidiarietà nella funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali tra norme generali e di settore*, in *Diritto amministrativo e società civile*, I, cit., 69 ss.

della definizione di un'offerta pubblica che presenti, su tutto il territorio nazionale, una conformità a principi di qualità ed economicità coerenti con la natura economica del servizio e con l'essenzialità dei bisogni che ne sono connessi.

Se dunque il nucleo del servizio pubblico di rilevanza economica, rispetto alle mere attività di mercato, ancora oggi è rappresentato dalla valutazione pubblica che è sottesa alla lettura della domanda del servizio (specie nelle sue componenti di fragilità) e alla formulazione dell'offerta (in rapporto agli obiettivi di sviluppo e di tutela ambientale che ne sono connessi), l'evoluzione dell'ordinamento manifesta una sempre più marcata discrasia tra livello di governo al quale è imputata la privativa (che in passato sommovava gran parte delle funzioni) e i livelli di governo titolari delle funzioni di programmazione e organizzazione, oltre che tra il primo e l'autorità nazionale titolare della regolazione del servizio⁵¹.

La retorica del mercato come migliore assetto realizzativo degli interessi degli utenti⁵², che chiede di ridurre gli spazi della privativa pubblica, cede oggi il passo ad una valutazione molto più complessa circa la coerenza dell'assetto di competenze pubbliche deputate a conformare quello stesso mercato, al di là dell'opposizione privativa/libera concorrenza. Non è casuale che, nel caso emblematico dei rifiuti, il ruolo del servizio pubblico esca rafforzato dai decreti di recepimento delle direttive in materia di economia circolare, sia perché sono più stringenti gli obiettivi di interesse pubblico da raggiungere attraverso una conformazione diretta delle attività coinvolte, sia perché lo stesso sviluppo di sistemi autonomi di organizzazione del servizio (legati alla responsabilità estesa del produttore) richiedono pur sempre un'attività pubblica di soddisfazione dei bisogni in ultima istanza, specie in caso di fallimento degli stessi. Nel panorama di politiche ambientali auspicabilmente sempre più incisive (all'insegna del *Green New Deal*), i servizi locali sono chiamati a strutturarsi in modo da incrementare la capacità di reazione all'emergenza (come ha dimostrato la crisi sanitaria) ma anche in modo da valorizzare l'ambiente come risorsa⁵³; in questa prospettiva agli enti locali si chiedono nuove professionalità e un'inedita capacità di fungere da anello di raccordo tra le molteplici istanze pubbliche sempre più incisivamente coinvolte.

⁵¹ Determinante è l'influenza dell'ordinamento comunitario in tale contesto. Si v. M. CAFAGNO, *Vincoli europei e modelli di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Coordinate generali*, in *Munus*, 2016, n. 3, 565 ss.

⁵² Così la lettura critica di B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto di regolazione*, in *Riv. reg. mercati*, n. 1, 2014.

⁵³ Su questa problematica si v., da ultimo, A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, n. 2, 2020, p. 32 ss.