

DECLARATORIA SULLA TESI DI DOTTORATO

La sottoscritta

COGNOME | CORBETTA

NOME | SERENA

Matricola di iscrizione al Dottorato | 1612373

Titolo della tesi:

Servizi pubblici, ambiente e concorrenza. Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera della gestione integrata dei rifiuti.

Dottorato di ricerca in | Diritto dell'impresa

Ciclo | XXVII

Tutor del dottorando | Prof. Federico Ghezzi

Anno di discussione | 2015

DICHIARA

sotto la sua responsabilità di essere a conoscenza:

- 1) che, ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, N. 445, le dichiarazioni mendaci, la falsità negli atti e l'uso di atti falsi sono puniti ai sensi del codice penale e delle Leggi speciali in materia, e che nel caso ricorressero dette ipotesi, decade fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici previsti dalla presente declaratoria e da quella sull'embargo;
- 2) che l'Università ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Decreto Ministeriale 30 aprile 1999, n. 224, di curare il deposito di copia della tesi finale presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze, dove sarà consentita la consultabilità, fatto salvo l'eventuale embargo legato alla necessità di tutelare i diritti di enti esterni terzi e di sfruttamento industriale/commerciale dei contenuti della tesi;
- 3) che il Servizio Biblioteca Bocconi archiverà la tesi nel proprio Archivio istituzionale ad Accesso Aperto e che consentirà unicamente la consultabilità on-line del testo completo (fatto salvo l'eventuale embargo);
- 4) che per l'archiviazione presso la Biblioteca Bocconi, l'Università richiede che la tesi sia consegnata dal dottorando alla Società NORMADEC (operante in nome e per conto

dell'Università) tramite procedura on-line con contenuto non modificabile e che la Società Normadec indicherà in ogni piè di pagina le seguenti informazioni:

- tesi di dottorato: *Servizi pubblici, ambiente e concorrenza. Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera della gestione integrata dei rifiuti;*
- di *Corbetta Serena;*
- discussa presso l'Università commerciale Luigi Bocconi – Milano nell'anno 2015;
- La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche). Sono comunque fatti salvi i diritti dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte;

5) che la copia della tesi depositata presso la NORMADEC tramite procedura on-line è del tutto identica a quelle consegnate/inviate ai Commissari e a qualsiasi altra copia depositata negli Uffici dell'Ateneo in forma cartacea o digitale e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;

6) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale realizzata dal sottoscritto e non compromette in alcun modo i diritti di terzi (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche), ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura, civile, amministrativa o penale e sarà dal sottoscritto tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi;

7) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati; non è oggetto di eventuali registrazioni di tipo brevettuale o di tutela, e quindi non è soggetta a embargo;

Data 22 gennaio 2015

COGNOME | CORBETTA

NOME | SERENA

ABSTRACT

Il problema dei rifiuti in Italia viene normalmente ricondotto quasi in via esclusiva nell'alveo del diritto dell'ambiente (ponendo attenzione soprattutto alle tematiche di protezione dell'ambiente e tutela della salute). Il confronto con discipline di tipo economico, quali il diritto della concorrenza o l'analisi economica del diritto, non costituisce il centro dell'analisi del giurista che decide di occuparsi di questa tematica, ma rappresenta, al più, un approfondimento di contorno.

Il presente contributo, invece, nell'illustrare le problematiche presenti lungo la filiera della gestione integrata dei rifiuti urbani adotta una prospettiva prettamente *concorrenziale*, pur non tralasciando le numerose problematiche interdisciplinari che implicano l'applicazione del diritto dell'ambiente, del diritto dei servizi pubblici e del diritto europeo.

Metodologicamente, l'analisi proposta scompone la filiera della gestione integrata dei rifiuti in tre mercati di riferimento: il mercato dell'organizzazione dei sistemi di raccolta, il mercato della raccolta e il mercato a valle della raccolta. Per ciascun mercato vengono approfondite le singole problematiche concorrenziali non limitandosi ad una loro considerazione isolata, ma inserendole all'interno di una logica di sistema, nel tentativo di coglierne la reale portata e di apprezzarne l'impatto economico su tutto il settore di riferimento. Ad esito di ogni considerazione teorica, il testo contiene suggerimenti e proposte operative aventi lo scopo di stimolare una riflessione volta ad individuare delle possibili soluzioni migliorative del settore.

A conclusione del lavoro, la tesi che emerge è la seguente: occorre un ripensamento dell'intero sistema di gestione dei rifiuti globalmente inteso. Tale revisione organica della disciplina deve garantire al contempo la semplificazione normativa, il coordinamento delle diverse discipline che interessano il settore, nonché l'adozione di una vera e propria politica di gestione dei rifiuti che si prefigga chiari obiettivi da raggiungere e predisponga gli strumenti adeguati a tale scopo.

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.
Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"
di CORBETTA SERENA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

INDICE

PARTE I Profili introduttivi.....	9
CAPITOLO I Illustrazione delle principali problematiche interdisciplinari.....	9
1. Introduzione.	9
2. Protezione dell’ambiente e concorrenza: natura e rango dei principi.....	10
3. Integrazione del mercato nelle politiche di protezione dell’ambiente.	14
4. Integrazione dell’ambiente nelle politiche della concorrenza.	19
4.1. Perché gli obiettivi ambientali dovrebbero costituire una componente della politica europea della concorrenza.....	25
4.2. Perché la politica europea della concorrenza dovrebbe concentrarsi sul solo obiettivo economico.	29
4.3. Riconciliazione delle due posizioni.....	32
5. Conclusioni.	36
CAPITOLO II Introduzione al ciclo integrato dei rifiuti	37
1. Il problema dell’aumento delle quantità di rifiuti prodotti.	37
2. Rilevanza ambientale, sociale ed economica del settore dei rifiuti.	41
3. Come gestire i rifiuti: indicazioni dall’UE.....	43
3.1. Prevenzione della produzione di rifiuti.	44
3.1.1. Scarsa efficacia delle misure di riduzione dei rifiuti alla fonte.	48
3.2. Recupero e riciclaggio.....	53
4. La raccolta differenziata, ovvero la base delle attività di recupero e riciclaggio.....	55
4.1. La disciplina di settore: la raccolta differenziata dei rifiuti da imballaggio.....	57
5. Gestione integrata dei rifiuti: individuazione dei mercati rilevanti – considerazioni generali.....	59
5.1. (segue) Gestione integrata dei rifiuti: individuazione dei mercati rilevanti – la filiera dei rifiuti di imballaggio.....	63
6. Conclusioni.	68
PARTE II Il mercato dei compliance schemes	71
CAPITOLO I I compliance schemes e problematiche concorrenziali: i casi europei.....	71
1. Compliance schemes: inquadramento sistematico delle problematiche concorrenziali.	71

2. Qualificazione dei compliance scheme: accordi ambientali.....	73
2.1. Accordi orizzontali.....	75
2.2. Accordi verticali.....	78
2.3. Difese.....	78
3. Compliance schemes e art. 102 TFUE.....	79
3.1. Difese.....	82
4. Compliance schemes: analisi comparata dei casi pratici.....	83
4.1. La Germania e il sistema <i>Duales System Deutschland</i> (“DSD”).....	83
4.1.1. Organizzazione e funzionamento del sistema DSD.....	86
4.1.2. Problematiche concorrenziali: abuso di posizione dominante.....	89
4.1.3. (segue) Problematiche concorrenziali: intese.....	93
4.2. La Francia e il sistema privatistico su base volontaria di Eco-Emballages.....	98
4.2.1. Organizzazione e funzionamento del sistema Eco-Emballages.....	100
4.3. L’Austria e il sistema Alstoff Recycling Austria SG (“ARA”).....	104
4.4. L’Inghilterra, il sistema Valpak e gli altri sistemi minori.....	111
CAPITOLO II I compliance schemes e problematiche concorrenziali: il caso italiano.....	115
1. L’Italia e il sistema consortile CONAI.....	115
2. Organizzazione e funzionamento del sistema CONAI e dei consorzi di filiera.....	121
3. Analisi dei livelli contrattuali del sistema CONAI.....	123
3.1. Statuto e Regolamento.....	124
3.1.1. Composizione del Consiglio di Amministrazione di CONAI e dei Consorzi di filiera.....	127
3.1.2. Recesso del socio e procedura di riconoscimento di un sistema alternativo.....	129
3.2. Il contratto di licenza per l’uso del marchio CONAI.....	135
3.3. Accordo ANCI-CONAI.....	135
3.3.1. L’acquisizione da parte dei consorzi di filiera della proprietà dei rifiuti conferiti.....	138
3.4. L’assegnazione dei materiali raccolti a riciclatori e recuperatori.....	139
PARTE III Il mercato della raccolta.....	143
CAPITOLO I Inquadramento sistematico delle questioni.....	143

1. Premessa.	143
2. I servizi pubblici quale banco di prova dell'impianto concorrenziale di un ordinamento.	144
3. Ma cos'è esattamente un servizio pubblico?	145
3.1. Conseguenze della qualificazione di un servizio come pubblico: l'art. 106 TFUE...153	
4. Il regime di privativa.....	156
4.1. Ricostruzione storica dell'istituto.....	156
4.2. La classificazione dei rifiuti: la base della privativa.	159
4.3. La pratica dell'assimilazione.....	163
4.4. Transitorietà della privativa.	171
5. Conclusioni.	172
CAPITOLO II Il problema dell'affidamento.....	175
1. Premessa.	175
2. Le forme di affidamento dei servizi previste a livello comunitario.....	177
2.1. L'affidamento mediante procedure ad evidenza pubblica.	178
2.2. Il partenariato pubblico privato.	182
2.3. L'in-house providing.....	188
2.3.1. Il controllo analogo.....	189
2.3.2. La destinazione prevalente dell'attività.	191
3. La disciplina nazionale.	193
3.1. Il previgente regime: prima e dopo l'avvento dell'art. 23-bis.....	193
3.1.1 Le critiche all'23-bis.....	197
3.2. L'attuale regime: analisi della normativa e della giurisprudenza dopo l'abrogazione dell'art. 23bis.....	200
4. Conclusioni.	207
PARTE IV Il mercato del trattamento.....	215
CAPITOLO I Le fasi della filiera dei rifiuti a valle della raccolta.....	215
1. Introduzione.	215
2. Quali sono esattamente i mercati a valle della raccolta?	217
3. Il fenomeno aggregativo.	228

3.1. Aggregazione come esito dell'applicazione della normativa ambientale.	231
3.1.1. ATO e integrazione orizzontale.....	231
3.1.2. Gestore unico e integrazione verticale.....	235
3.2. La “forza espansiva” della privata.	239
4. Coordinamento fra il mercato della raccolta e i mercati a valle della raccolta.....	243
4.1. Superare i colli di bottiglia: analisi critica delle scelte del legislatore.	245
5. Conclusioni.	250
CONCLUSIONI.....	253
BIBLIOGRAFIA.....	259

PARTE I Profili introduttivi

CAPITOLO I Illustrazione delle principali problematiche interdisciplinari

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2. – Protezione dell’ambiente e concorrenza: natura e rango dei principi. 3. – Integrazione del mercato nelle politiche di protezione dell’ambiente. 4. – Integrazione dell’ambiente nelle politiche della concorrenza. 4.1. – Perché gli obiettivi ambientali dovrebbero costituire una componente della politica europea della concorrenza. 4.2. – Perché la politica europea della concorrenza dovrebbe concentrarsi sul solo obiettivo economico. 5. – Conclusioni.

1. Introduzione.

Lo studio dei servizi pubblici locali c.d. ambientali dal punto di vista delle problematiche concorrenziali non può prescindere da un’analisi, seppur sommaria e preliminare, dei rapporti intercorrenti fra il diritto della concorrenza e il diritto dell’ambiente. Tale approfondimento, infatti, risulta utile ed opportuno ai fini di meglio comprendere la complessità del settore che risulta interessato da entrambe le discipline¹ e, per questa ragione, terreno ideale per valutare le implicazioni, tutt’altro che teoriche, delle conclusioni che si raggiungeranno.

La tematica delle relazioni fra diritto dell’ambiente e diritto della concorrenza rientra nel più ampio dibattito dottrinario che ha avuto luogo attorno alla individuazione delle “*finalità*” o “*obiettivi*” perseguiti e perseguibili dal diritto della concorrenza e alla determinazione del ruolo che altri “*valori*”, diversi da quelli economici e di mercato, potrebbero o dovrebbero avere nella valutazione della rilevanza concorrenziale delle singole condotte delle imprese.

Per dirlo in altre parole: oltre al “*consumer welfare*”, ci sono altri obiettivi che il diritto della concorrenza può o deve perseguire? Se sì, in quale misura e con quali modalità?

Tale dibattito nasce e si sviluppa per via del fatto che il Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (“TFUE”) e quello sull’Unione Europea (“TUE”) tutelano numerosi principi e perseguono svariati obiettivi fra loro in potenzialmente confliggenti, senza tuttavia individuare fra questi una gerarchia, né fornire alcuno strumento specifico che possa venire in soccorso dell’interprete nella risoluzione delle possibili situazioni di conflitto. In particolare, potrebbe accadere che l’applicazione delle norme a tutela della concorrenza (art. 101 ss. TFUE) entri in conflitto, o comunque interagisca con gli obiettivi principe del TUE quali, ad esempio, l’occupazione, il progresso sociale o la tutela dell’ambiente (art. 3 TUE)².

¹ Oltre che dalla disciplina amministrativa di cui ci si occuperà dettagliatamente *infra* Parte III, Capitoli I e II.

² UBERTAZZI L.C., et al., *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, 5 ed., Padova, CEDAM, 2012, p. 2480.

Nel presente capitolo si cercherà di rispondere ai quesiti sopra esposti sia in termini generali che con specifico riferimento al rapporto fra ambiente e concorrenza, illustrando le diverse posizioni della dottrina e l'evoluzione che queste hanno avuto nel tempo.

Le conclusioni che si raggiungeranno al termine dell'analisi, propendono per l'interpretazione secondo cui protezione dell'ambiente e tutela della concorrenza, in un'ottica di armonizzazione, più che confliggenti, sono in grado di supportarsi vicendevolmente, favorendo l'una lo sviluppo e il consolidamento dell'altra.

In particolare, si arriverà ad affermare, senza prescindere dal considerare le principali correnti dottrinali sul tema, che la prevalenza della componente ambientale su quella concorrenziale o viceversa non sia in alcun modo individuabile a livello normativo proprio perché il Trattato non prevede una gerarchia fra i principi. Semmai essa potrà e dovrà essere stabilita a livello di "*public policy*". Di conseguenza, ciclicamente, la relazione così individuata potrà e dovrà mutare, a seconda degli sviluppi che nel tempo avranno caratterizzato condizioni economiche, ambientali, lavorative, sociali dello specifico settore di volta in volta considerato. In generale, comunque, i rapporti fra i due set di principi debbono essere regolati, come si vedrà di seguito, entro la cornice del principio di integrazione e nel rispetto del principio di proporzionalità.

2. Protezione dell'ambiente e concorrenza: natura e rango dei principi.

Per poter ragionare sulle reciproche relazioni fra le politiche di protezione dell'ambiente e quelle di tutela della concorrenza occorre anzitutto stabilire con precisione quale sia la "posizione" da esse occupata all'interno della gerarchia delle fonti del diritto comunitario.

Mentre la tutela della concorrenza ha una sua specifica collocazione sin dalla prima versione del Trattato di Roma del 1957³, la protezione dell'ambiente ha fatto ufficialmente ingresso nella normativa europea grazie all'Atto Unico Europeo del 1986.

³ Per la precisione, nella versione originale del Trattato di Roma (1957), l'art. 2 individuava "i compiti" della Comunità Economica Europea: "*La Comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano*" e il successivo art. 3 elencava una serie di "attività" mediante le quali raggiungere tali compiti. Fra queste attività, già si menzionava "*la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune*" (art. 3, lett. f). Il trattato di Maastricht del 1992, rinominava i "compiti" di cui all'articolo 2 come "obiettivi" e il Trattato di Amsterdam introduceva espressamente l'obiettivo di perseguire "*un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici*". In seguito, il Trattato di Roma del 2004 prevedeva la concorrenza sia fra gli "obiettivi" dell'Unione: "*L'Unione offre ai suoi cittadini un'area di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne e con un mercato interno in cui la concorrenza è libera e non è falsata*" (art. I-3, punto 2), che fra le "competenze" dell'Unione: "*L'Unione ha competenza esclusiva nelle seguenti aree: definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno*" (articolo I-13, punto 1, b). Infine, il Trattato di Lisbona del 2007, da un lato, espungeva dagli "obiettivi" dell'Unione il riferimento alla concorrenza: "*L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente*"; e dall'altro, manteneva la "*definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno*" fra le "competenze" esclusive dell'Unione (articolo 2(b) al punto 1, b). Inoltre, sopperiva alla perdita della qualifica di "obiettivo" con

L'AUE ha modificato per la prima volta il Trattato di Roma rivedendo le regole relative al funzionamento delle istituzioni europee e ha ampliato le competenze di queste ultime estendendole ad alcune materie precedentemente non contemplate, fra le quali compare appunto l'ambiente, cui era stato dedicato il nuovo Titolo VII, costituito da tre articoli: 130R⁴, 130S⁵ e 130T^{6 7}. Con

l'introduzione del Protocollo n. 27, dedicato a "mercato unico e concorrenza". Tale Protocollo, tuttavia, si limitava a precisare che "il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata" e che "a tal fine l'Unione adotta, se necessario, misure in base alle disposizioni dei trattati, ivi compreso l'articolo 352 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea". Si veda in dettaglio MONTI G., *EU competition law from Rome to Lisbon – Social market economy*, in HEIDE-JORGENSEN C., ET AL., *Aims and values in competition law*, Copenhagen, DJØF, 2013, pp. 28 ss. Secondo l'A., il cambiamento strutturale apportato dal Trattato di Lisbona non modificherebbe nella sostanza il ruolo occupato nei Trattati dalla tutela della concorrenza, si veda sul punto il paragrafo terzo del citato capitolo ("*The fate of competition*") che giunge alla seguente conclusione (p. 44): "... the place of competition in the treaties has not changed: the Union's task/competence is to institute a regime to ensure competition in the internal market is not distorted, and the ultimate aim of the operation of this regime is of course, the well being of the European Union". Analogamente anche LIBERTINI M., voce *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto - Annali III*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 194 dove riduce la portata dell'intervento del legislatore europeo al solo "rifiuto di posizioni liberistiche estreme" e GHIDINI G., AREZZO E., *La tutela della concorrenza nella costituzione economica comunitaria e nazionale*, in RABITTI BEDOGNI C., BARUCCI C., a cura di, *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Tomo I, Torino, Giappichelli, 2010, p. 221: "La eliminazione della previsione di cui all'art. 3, lett. g), TCE [...] non modifica nella sostanza la posizione costituzionale delle regole comunitarie di concorrenza". Si esprime invece nel senso di un possibile (seppur ancora non provato) indebolimento delle politiche della concorrenza a seguito della loro ricollocazione nel Protocollo 27, TOWNLEY C., *Is there (still) room for non-economic arguments in article 1010 TFEU cases?*, in HEIDE-JORGENSEN C., et al., *Aims and values in competition law*, Copenhagen, DJØF, 2013, par. *The removal of competition as an Article 3 EC activity*, p. 140, dove afferma che: "It is still too early to tell, but there is some evidence that balancing is increasingly appropriate in article 101, and that competition may have less weight in that balance". Rispetto alla modifica in parola, qualche perplessità è stata espressa anche da S. Kingston, che, tuttavia, conclude nello stesso senso di Monti, ossia sostiene che la modifica non abbia concrete ripercussioni rispetto all'interazione delle politiche ambientali. Si veda KINGSTON S., *Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition Isn't Special*, in *European Law Journal*, vol. 16, n. 6, 2010, p. 16: "Although, at the time, Commissioner Kroes and other high-level Commission officials—naturally—sought to play down the significance of this change as being pure semantics, there is a risk that the competition acquis will be weakened by this development, in combination with the excision of former Article 3(1)(g) from the Lisbon Treaty and given the EU courts' use of teleological interpretation and reliance on Article 3(1)(g) in the past. Nonetheless, this risk should not be exaggerated, particularly as Article 119 TFEU specifies that the Union's economic policy is to be conducted 'in accordance with the principle of an open market economy with free competition', and given that protocols, just as treaty provisions, rank as primary EU law. On balance, therefore, this development should not affect the interplay between the EU's competition and environmental policies as set out above". Infine, pur sostenendo che le modifiche apportate dal trattato di Lisbona non siano state sostanziali, anche altri autori riconoscono che, tuttavia, in quell'occasione, il ruolo della concorrenza è stato quantomeno messo in discussione. Si veda, LIANOS I., *Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law*, CLES Working Paper Series, n. 3, 2013, par. B.1 – *The evolving legal framework of the Treaty for competition law*: "Despite the relative minor modifications brought in the substantive provisions of EU competition law, the negotiation and the conclusion of the Treaty of Lisbon marked the first time in the chronicles of European integration that the role of competition law in the structure of the Treaties has been questioned".

⁴ Articolo 130 R: "1. L'azione della Comunità in materia ambientale ha l'obiettivo: — di salvaguardare, proteggere e migliorare la qualità dell'ambiente; — di contribuire alla protezione della salute umana; — di garantire un'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali. 2. L'azione della Comunità in materia ambientale è fondata sui principi dell'azione preventiva e della correzione, anzitutto alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio «chi inquina paga». Le esigenze connesse con la salvaguardia dell'ambiente costituiscono una componente delle altre politiche della Comunità. 3. Nel predisporre l'azione in materia ambientale la Comunità terrà conto: —

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.

Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"

di CORBETTA SERENA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

tale intervento, dunque, il legislatore europeo ha inteso attribuire all'ambiente lo status di vera e propria “politica” della Comunità rispetto alla quale ha anche stabilito il triplice obiettivo di salvaguardare, proteggere e migliorare la qualità dell'ambiente; contribuire alla protezione della salute delle persone; e assicurare un impiego prudente e razionale delle risorse naturali. Infine, ha espressamente previsto che “*le esigenze connesse con la salvaguardia dell'ambiente costituiscono una componente delle altre politiche della Comunità*”.

La scelta di elevare la politica ambientale al rango degli altri obiettivi della Comunità europea, inserendola formalmente all'interno del Trattato in luogo di continuare a garantirne la protezione in maniera indiretta mediante l'interpretazione in combinato disposto di altre disposizioni⁸, ha segnato l'avvenuto riconoscimento dell'importanza del tema ambiente e della necessità di garantirgli una tutela pari a quella prevista per i tradizionali obiettivi economici e di mercato⁹.

dei dati scientifici e tecnici disponibili; — delle condizioni dell'ambiente nelle varie regioni della Comunità; — dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione; — dello sviluppo socio-economico della Comunità nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle sue singole regioni. 4. La Comunità agisce in materia ambientale nella misura in cui gli obiettivi di cui al paragrafo 1 possano essere meglio realizzati a livello comunitario piuttosto che a livello dei singoli Stati membri. Fatte salve talune misure di carattere comunitario, gli Stati membri assicurano il finanziamento e l'esecuzione delle altre misure”.

⁵ Articolo 130 S: “*Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, decide in merito all'azione che deve essere intrapresa dalla Comunità. Il Consiglio stabilisce, secondo le condizioni previste nel comma precedente, ciò che rientra nelle decisioni che devono essere adottate a maggioranza qualificata*”.

⁶ Articolo 130 T: “*I provvedimenti di protezione adottati in comune in virtù dell'articolo 130 S non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere e di prendere provvedimenti, compatibili con il presente trattato, per una protezione ancora maggiore*”.

⁷ Tale collocazione viene modificata con i seguenti interventi: i. con il Trattato di Maastricht il titolo dedicato all'ambiente diviene il XVI; ii. con il Trattato di Amsterdam gli articoli 130R, 130S e 130 T vengono spostati nel Titolo XIX e rinumerati come articoli 174, 175 e 176; iii. infine, il Trattato di Lisbona si ha l'ultima revisione del testo del Trattato e quindi, gli articoli sono rinumerati come 191, 192 3 193 del Titolo XX.

⁸ Ed infatti, prima dell'Atto Unico Europeo, la politica ambientale europea trovava la sua base giuridica sul combinato disposto degli articoli 100 e 253 del Trattato di Roma. Si veda KINGSTON S., *Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition Isn't Special*, in *European Law Journal*, vol. 16, n. 6, 2010, p. 784: “*The rather uncertain status of Community environmental policy was formalised by Article 25 of the Single European Act (SEA) 1986, which inserted a new Title VII on the Environment into the Treaty, making environmental protection an express objective of the Community. While it was clear that this remained an ancillary, flanking, policy to the primary Community task of achieving the internal market, the Title nonetheless contained a specific legal basis for environmental legislation (Article 130s), making it unnecessary to find an economic justification for the legislation or to use the catch-all Article 308 (ex 235) EC provision*”.

⁹ Sul progressivo “upgrade” del valore ambiente, si vedano anche: JACOBS F., *The role of the European Court of Justice in the protection of the environment*, in *Journal of Environmental Law*, vol. 18, n. 2, 2006 p. 186; CASEY D., *Disintegration: environmental protection and article 81 EC*, in *European Law Journal*, n. 3, 2009, p. 15; WILK B.S., *The application of environmental policies to competition law. What can be the influence of environmental and ecological economics in the balancing of art. 101(3) TFEU? Assessment on the example of energy savings, waste disposal, and natural resources cases*, Master thesis, Utrecht University, 2013, available at: http://www.uu.nl/SiteCollectionDocuments/REBO/REBO_RGL/REBO_RGL_ISEP/Bartlomiej%20Wilk%20law%20and%20sustainability%20research%20paper.pdf, par. 2, *Goals of the EU Environmental Law*, p. 6 ss.; DHONDT N., *Integration of environmental protection into other EC policies*, Groningen, Europa Law Publishing, 2003, p. 106: “*The introduction of the integration clause is a logical consequence of the fact that new objectives were added to the main objectives of the EC. The function of the horizontal clauses might be seen to lie in ensuring that more recently*

La Commissione, già nella *XXII relazione annuale sulla concorrenza* del 1992, faceva proprio tale nuovo orientamento affermando che: *“La politica in materia di ambiente consacrata dall’Atto Unico Europeo è una politica fondamentale della Comunità. Il nuovo articolo 130R del trattato dispone infatti esplicitamente che l’azione della Comunità in materia ambientale ha l’obiettivo di salvaguardare, proteggere e migliorare la qualità dell’ambiente. Inoltre, le problematiche ambientali, per l’importanza che hanno assunto nella nostra società e per i vincoli giuridici che ne conseguono, costituiscono una sfida importante, dalle conseguenze finanziarie considerevoli, che le imprese devono integrare nella struttura dei loro costi, nella loro politica in materia di prezzi ed infine nella loro politica generale. È dunque normale che la politica di concorrenza e le questioni ambientali si influenzino a vicenda”*.

Dopo l’Atto Unico Europeo, il Trattato di Roma ha subito ulteriori modifiche e rimaneggiamenti, sempre in un’ottica di ampliamento delle competenze comunitarie e di progressiva identificazione di quelli che autorevole dottrina¹⁰ ha definito *“non-market objectives”*.

In particolare, il Trattato di Maastrich del 1992 e, ancora di più, il Trattato di Amsterdam del 1997 hanno previsto l’inserimento di numerosi altri obiettivi *“non-economici”* con ciò mostrando l’ormai raggiunta consapevolezza degli stati Membri circa la necessità di non ridurre il dibattito attorno alle sole problematiche economiche tradizionali, ma di prendere nella dovuta considerazione anche altri obiettivi¹¹.

Nello specifico, il Trattato di Amsterdam ha modificato il settimo considerando del TUE inserendo un esplicito riferimento ai concetti di *“progresso sociale”*, *“sviluppo sostenibile”* ed alla necessità di attuare politiche volte a garantire che l’integrazione economica sia accompagnata da *“paralleli progressi in altri settori”*¹².

A seguito di tale diversificazione degli obiettivi perseguiti dal Trattato, si è manifestata la necessità di garantirne la coerenza interna dei contenuti. Il legislatore comunitario è intervenuto in tale direzione introducendo apposite *“cross-sectional clauses”*, o *“policy-linking clauses”*, o ancora

introduced (often non-economic) Community objectives are given the same ‘weight’ as the much older (economic) objectives. They are to be placed at the same level as the old objectives. In other words, the integration principle may be regarded as means for the environmental objectives to ‘catch up or level with’ the original (general) objectives of the Community”.

¹⁰ MONTI G., *EU competition law from Rome to Lisbon – Social market economy*, in HEIDE-JORGENSEN C., et al., *Aims and values in competition law*, Copenhagen, DJØF, 2013, pp. 32 ss.

¹¹ *Id.*, p. 32: *“It is particularly from Amsterdam (1997) that the Member states show some awareness that only market-talk might be a bit alienating so the seventh recital to the TEU is rewritten with references to social progress and sustainability and a determination to implement policies ensuring that advances in economic integration are accompanied by parallel progress in other fields”*.

¹² Trattato di Amsterdam (1997), art. 1, punto 2): *“L’attuale settimo punto del preambolo è sostituito dal testo seguente: «Determinati a promuovere il progresso economico e sociale dei loro popoli, tenendo conto del principio dello sviluppo sostenibile e nel contesto della realizzazione del mercato interno e del rafforzamento della coesione e della protezione dell’ambiente, nonché ad attuare politiche volte a garantire che i progressi compiuti sulla via dell’integrazione economica si accompagnino a paralleli progressi in altri settori”*”.

“*clausole trasversali*”, progettate proprio per favorire la gestione coerente di obiettivi diversi e fra loro potenzialmente confliggenti¹³.

Accanto alla clausola generale contenuta nell’art. 7 TFEU a mente della quale: “*L’Unione assicura la coerenza tra le sue varie politiche e azioni, tenendo conto dell’insieme dei suoi obiettivi e conformandosi al principio di attribuzione delle competenze*”, si contano altre sette diverse clausole trasversali rispettivamente dedicate alle politiche di impiego, cultura, salute pubblica, protezione dei consumatori, coesione economica e sociale, politica dello sviluppo e ambiente¹⁴. La clausola trasversale dedicata all’ambiente, meglio nota come “*principio di integrazione*” è stata introdotta con il Trattato di Amsterdam nell’allora articolo 3(c), oggi articolo 11 TFEU, e prevede che: “*Le esigenze connesse con la tutela dell’ambiente devono essere integrate nella definizione e nell’attuazione delle politiche e azioni dell’Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile*”.

Riducendo il campo di analisi al solo rapporto fra politiche ambientali e della concorrenza, occorre ora stabilire come queste possano integrarsi fra loro e, soprattutto, se e in che modo una delle due debba prevalere in caso di conflitto.

3. Integrazione del mercato nelle politiche di protezione dell’ambiente.

Agli albori della normativa ambientale il legislatore europeo per garantire la tutela dell’ambiente ricorreva principalmente allo strumento della c.d. “*regolazione diretta*” (o “*command and control*”): così è avvenuto negli anni ’60 per la disciplina delle sostanze pericolose e negli anni ’70 per quella di numerosi altri problemi ambientali¹⁵ fra i quali rientravano anche i rifiuti¹⁶.

In tale epoca, infatti, il mercato veniva considerato nemico dell’ambiente¹⁷: posto che le imprese non procedevano autonomamente a farsi carico delle c.d. esternalità negative¹⁸ generate dalla loro

¹³ *Id.*, p. 32: “*The need to manage conflicting objectives begins to emerge as early as the Single European Act in Title VI, which charts an industrial policy for the EU and where the tension between common research and development and competition is noted. And when industrial policy is placed on a firmer footing by the Maastricht Treaty (1992) in article 130EC, what action may be taken is to be ‘in accordance with a system of open and competitive markets’ (Article 130(1)EC); furthermore, ‘this Title shall not provide a basis for the introduction by the Community of any measure which could lead to a distortion of competition (Article 130(1)(2)EC)’.*”

¹⁴ TOWNLEY C., *Is anything more important than consumer welfare (in article 81 EC)? Reflections of a community lawyer*, in *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.*, 2007-2008, p. 352: “*Policy-linking clauses demand that their objectives be considered whenever other Community policies or activities are implemented. There are seven policy-linking clauses in the Treaty. They relate to environmental protection, employment, culture, public health, consumer protection, economic and social cohesion, and development policy*”.

¹⁵ Ad esempio la tutela della biodiversità e la protezione delle specie in pericolo di estinzione.

¹⁶ Diffusamente KINGSTON S., *Greening*, cit., p. 42 ss.

¹⁷ CLARICH M., *La tutela dell’ambiente attraverso il mercato*, relazione presentata al convegno dell’Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo su “Analisi economica e diritto amministrativo”, Venezia, 29.09.2006, disponibile su http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Clarich_Ambiente_mercato.htm#_ftn5

¹⁸ Le esternalità negative ambientali sono quei costi sociali derivanti dallo sfruttamento delle risorse ambientali e da eventuali danni ambientali riconducibili alla produzione di beni o servizi che non si riflettono nel meccanismo di formazione del prezzo e che pertanto non sono sopportati dal soggetto che li causa, ma sono appunto esternalizzati, ossia posti a carico della società. Si veda VEDDER H., *Competition law and the use of environmental agreements: the*

attività produttiva, l'intervento regolatorio da parte dello Stato veniva considerato il modo più efficace per gestire tale fallimento di mercato.

L'applicazione degli strumenti di regolazione diretta alla tutela dell'ambiente consisteva, da un lato, nella introduzione di un "comando" che poteva concretizzarsi nella individuazione di standard ambientali qualitativi o quantitativi; nella imposizione di permessi/licenze/autorizzazioni obbligatorie per l'esercizio di determinate attività; nell'imposizione di divieti (es. divieto di utilizzo di determinate sostanze o divieto di svolgimento di determinate attività) o di limiti (es. limiti massimi di emissione di inquinanti); e, dall'altro, nella previsione di un "controllo", ossia nella individuazione di autorità deputate all'*enforcement* (monitoraggio e verifica del rispetto) dei diversi obblighi e alla contestuale applicazione di meccanismi sanzionatori in caso di inosservanza delle disposizioni di legge¹⁹.

Questo tipo di interventi, mentre risulta adatto a regolare alcune specifiche problematiche ambientali quali la determinazione di limiti all'inquinamento (ad esempio nel caso delle emissioni) o la tutela della biodiversità, non si è dimostrato altrettanto valido per il perseguimento di obiettivi quali ad esempio lo sviluppo sostenibile, la crescita economica, lo sviluppo tecnologico o l'innovazione, situazioni queste in cui strumenti economici *puri* sono più efficaci²⁰.

Gli strumenti command and control, infatti presentano alcuni limiti quali 1. la necessità di continue revisioni degli standard o dei target individuati (in considerazione dello sviluppo tecnologico ed al fine di favorire lo sviluppo tecnologico), 2. la presenza di inevitabili asimmetrie informative fra il soggetto regolatore e gli operatori del mercato, 3. la dipendenza dei risultati della regolazione dal grado di *enforcement* della medesima, 4. il rischio di cattura del regolatore da parte dei maggiori gruppi di interesse²¹.

experience in Europe, an example for the United States?, in VAN CALSTER G., DEKETELAERE K., *The use of voluntary agreements*, cit., p. 250: "Because environmental costs are external costs, there is no reason for any economically rational actor to voluntarily internalize environmental costs. Because environmental benefits constitute an often intangible benefit to the whole society, and yet represent actual costs to the polluter wishing to improve its environmental performance, there is a strong incentive for individual economic actors to free ride".

¹⁹ Enciclopedia Treccani, Dizionario di economia e finanza (2012), voce *Command and control*, disponibile su [http://www.treccani.it/enciclopedia/command-and-control_\(Dizionario-di-Economia-e-Finanza\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/command-and-control_(Dizionario-di-Economia-e-Finanza)/). Si vedano anche CAFAGNO M., FONDERICO F., *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in DELL'ANNO P., PICOZZA E., diretto da, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, CEDAM, 2012, par. 2 – *Gli strumenti di comando e controllo e i loro limiti*, p. 496 ss., FRACCHIA F., *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in CROSETTI A., et al., *Diritto dell'ambiente*, Bari, Laterza, 2008, in particolare, par. 11 – *I procedimenti amministrativi con riferimento ai meccanismi di «command and control» e agli strumenti di tutela attraverso il mercato; in particolare, gli interventi di correzione di domanda e offerta e la creazione di mercati*, p. 276-295.

²⁰ KINGSTON S., *Greening*, cit., p. 49. Per strumenti economici puri si intendono tasse ambientali, sussidi alla riduzione delle emissioni, ecc. Per un'analisi degli strumenti economici (ammassi, incentivi economici, accordi volontari, controlli e autocertificazioni di qualità ambientale, ecc.), si rinvia a DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, 4 ed., Padova, CEDAM, 2003, p. 242 ss. e CAFAGNO M., FONDERICO F., *Riflessione economica*, cit., par. 3 – *Gli strumenti di mercato: manovre sulla qualità* e par. 4 – *Gli strumenti di mercato: manovre sul prezzo*, p. 502 ss.

²¹ DE MICHELE A., *Gli accordi in materia ambientale*, in MASTRAGOSTINO F., *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p.136: "Tuttavia non mancano evidenti punti di debolezza: l'approccio in esame [command and control] non è sempre in grado di inseguire la rapida evoluzione delle tecnologie e del contesto economico; sconta difficoltà connesse alla conoscenza e alla conoscibilità delle materie da

A ciò si aggiunga che l'individuazione del "migliore" standard o target applicabile è operazione assai complessa in quanto regole uniformi non ammettono differenze di trattamento di situazioni geografiche locali, né lo sviluppo di specificità per singoli impianti produttivi. Al contrario, invece, l'introduzione di standard individuali rischia di far perdere di vista la valutazione complessiva degli impatti ambientali e, in generale, vincoli troppo stringenti scoraggiano l'investimento²².

Proprio a causa di tali limiti, nel corso degli anni '90²³ sono stati sviluppati altri strumenti di intervento fondati su principi economici: i c.d. *market-based instruments* che, in attuazione del principio generale "chi inquina paga", permettono la cosiddetta *internalizzazione* dei costi ambientali nei processi decisionali dei vari operatori del mercato²⁴.

Le tipologie di strumenti market-based maggiormente utilizzate in Europa sono l'imposizione di imposte e tasse ambientali, l'incentivazione di attività c.d. "environment-friendly" (attraverso la detassazione o l'incentivo fiscale), la previsione di aiuti di stato, gli audit ambientali e le responsabilità ambientali²⁵.

Dal punto di vista del ruolo dello Stato, inoltre, gli strumenti market-based possono essere distinti in due categorie: quelli totalmente indipendenti da qualsiasi intervento di tipo autoritativo (ad esempio le certificazioni aziendali di qualità, tipo EMAS o ISO e marchi di qualità ecologica, tipo ECOLABEL, ma anche gli accordi ambientali, nonché le iniziative volontarie rientranti nell'ambito della c.d. "corporate social responsibility"²⁶) e quelli che invece necessitano, per ga-

regolare; tende a ignorare la compresenza di una pluralità di interessi pubblici e privati, individuali e collettivi, spesso in conflitto fra loro nelle fattispecie da regolare; non favorisce la ricerca da parte delle imprese di soluzioni realmente efficaci (sotto il profilo del perseguimento degli obiettivi indicati) ed efficienti (sotto il profilo del rapporto costi-benefici), poiché esse tendono ad appiattirsi sul rispetto delle prescrizioni imposte".

²² CLARICH M., *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, cit.

²³ NESPOR, S., *I contratti ambientali: una rassegna critica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2003, pp. 962-973.

²⁴ A livello europeo, sono numerosi i documenti dedicati all'argomento. Si vedano, ad esempio COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde sugli strumenti di mercato utilizzati a fini di politica ambientale e ad altri fini connessi*, COM(2007)140 definitivo, PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del 24 aprile 2008 sul Libro verde sugli strumenti di mercato utilizzati a fini di politica ambientale e ad altri fini connessi (2007/2203(INI))*, (2009/C 259 E/16), COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione recante una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010) 2020 definitivo, p. 17, box *Iniziativa faro: "Un'Europa efficiente sotto il profilo delle risorse"*, dove si legge: "A livello dell'UE, la Commissione si adopererà per [...] potenziare il quadro per l'uso degli strumenti basati sul mercato (scambio di quote di emissione, revisione della fiscalità energetica, quadro per gli aiuti di Stato, promozione di un maggiore uso degli appalti pubblici verdi, ecc.)".

²⁵ KINGSTON S., *Greening*, cit., p. 56 ss., dove l'A. fornisce un esame dettagliato delle principali misure market-based.

²⁶ Un importante strumento mediante il quale le imprese attuano la Responsabilità Sociale dell'Impresa (RSI), ossia "l'integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate" sono i c.d. "Codici di comportamento" o "Codici di condotta". Si tratta di strumenti mediante i quali uno o più soggetti si autoimpongono una determinata disciplina ed assumono degli impegni che vanno al di là dei loro obblighi giuridici nei confronti della società e dell'ambiente. Trattandosi di strumenti a base volontaria, vincolano solamente i soggetti che vi hanno espressamente aderito, ma non per questo la loro efficacia e utilità viene azzerata: al contrario, si ritiene che, se applicati seriamente, possano avere importanti ricadute positive per le imprese e per la loro competitività. Il tema è ritenuto di particolare importanza da parte della Commissione che vi ha dedicato numerose comunicazioni, la più recente delle quali definisce l'approccio strategico da adottare per il triennio 2011-2014. Si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14*

rantire una efficace tutela dell'ambiente attraverso il mercato, dell'intervento diretto di autorità pubbliche con misure cogenti. Gli strumenti facenti parte di questa categoria si suddividono a propria volta in due sottogruppi: da un lato ci sono gli strumenti che operano su mercati già esistenti (quali ad esempio gli appalti verdi), dall'altro, ci sono quelli che, introducendo una domanda indotta dalla necessità per alcune imprese di ottemperare a determinati obblighi di legge, creano nuovi mercati, o "mercati artificiali". Interessante esempio di quest'ultimo gruppo è dato dagli strumenti market-based introdotti dagli operatori a seguito dell'intervento del legislatore europeo nel settore dei rifiuti: in tale ambito, l'emanazione delle direttive in materia di "end-of-life vehicles", di "waste of electric and electronic equipments" e di rifiuti di imballaggio²⁷ è stata determinante per favorire la nascita di nuovi mercati e per stimolare lo sviluppo di nuovi strumenti economici che hanno contribuito alla protezione dell'ambiente in maniera innovativa²⁸. Analogamente lo sviluppo ha avuto il mercato delle "quote di inquinamento" grazie alla emanazione della direttiva *Emission Trading* n. 87/2003/CE che ha creato i presupposti perché i meccanismi di mercato fossero resi funzionali al perseguimento di obiettivi di politica ambientale²⁹.

Occorre precisare, tuttavia, che anche gli strumenti market-based presentano alcuni limiti: infatti, vi sono situazioni in cui il mercato potrebbe non funzionare o non essere adatto a raggiungere gli obiettivi prefissati (come ad esempio nel caso della protezione delle specie in via di estinzione o della tutela della biodiversità), in altri casi, la quantificazione del "valore dell'ambiente" potrebbe non essere effettuata correttamente e, in generale, alcuni commentatori muovono critiche negative a tale operazione di "porre un prezzo sull'inquinamento" in quanto ritengono che riduca l'ambiente a merce di scambio ed accostano il principio del risarcimento del danno ambientale ad una sorta di "diritto ad inquinare" (considerazione dalla quale sorgono diverse preoccupazioni di tipo etico), in altri casi ancora, gli strumenti di mercato possono originare problemi di partecipazione o di tipo distributivo (si parla di *environmental injustice* o *environmental inequality* in quanto spesso accade che gli effetti negativi di determinate condotte si producano in aree differenti da quelle in cui si trova il *polluter* o colui che usufruirà delle risorse sottratte all'ambiente)³⁰.

in materia di responsabilità sociale delle imprese, Comunicazione al Parlamento Europeo e al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, 25.10.2011, COM(2011)681 def.

²⁷ Rispettivamente Direttiva 2000/53/CE, Direttiva 2002/96/CE e Direttiva 1994/62/CE.

²⁸ Si pensi, ad esempio, al meccanismo delle aste per la vendita sul mercato dei materiali (materie prime seconde) ricavabili dai rifiuti raccolti. Approfondimenti sul punto verranno effettuati *infra* Parte II, Capitolo II.

²⁹ CLARICH M., *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, cit.

³⁰ Si veda diffusamente sul punto KINGSTON S., *Greening*, cit., p. 54 ss. L'A. individua i seguenti limiti degli strumenti market-based: "The market does not always works properly, which may mean that environmental goods are priced wrongly. [...] In addition, a market structure is not considered suitable for certain environmental aims, such as the preservation of the biodiversity of protected or endangered species. [...] putting a price on environmental goods can be seen as giving a right to damage such goods to those who can afford to pay. [...] Participation and distributions concerns may also arise. [...] Finally it is not the case that economic instruments can work without any regulatory frame work, rather, at least in the EU's vision, they require a careful supervision by regulators and the setting of the broad frame work for their operation. [...] In sum, it is clear that economic instruments in themselves cannot provide all the regulatory answers, and need to be used in combination with – not to replace – direct regula-

In definitiva, dunque, dal punto di vista della tutela dell'ambiente, gli strumenti di mercato, pur presentando alcuni vantaggi, non sono in grado di sostituirsi completamente alla regolazione diretta. Tuttavia, una loro integrazione in quest'ultima, ossia il loro uso combinato spesso costituisce il metodo più efficace per garantire il raggiungimento degli obiettivi ambientali stabiliti dalla normativa³¹. È pertanto corretto affermare che il policy maker ha oggi a propria disposizione una molteplicità di strumenti, o "policy-mix", fra i quali scegliere di volta in volta quello maggiormente adatto al singolo caso concreto: "*The policy maker disposes of a number of alternative policy instruments that can be categorised under the headings 'regulatory', 'market-based' (e.g. taxes or tradeable emission permits), 'voluntary approaches', 'financial support' (environmental subsidies) and 'market enhancing' (such as provision of information, training). All these instruments have different properties in terms of environmental effectiveness, economic efficiency and implementation feasibility, which should be taken into account when choosing a policy instrument to tackle an environmental problem in a cost-effective way*"³².

Questa conclusione potrebbe essere vista quale diretta conseguenza del fatto che il diritto dell'ambiente non è mai stato impermeabile a valutazioni di carattere economico: tale caratteristica è esemplificata nel principio dello sviluppo sostenibile dove la componente ambientale e quella economica (oltre, ovviamente, a quella sociale) sono considerate egualmente importanti³³.

tion". Sulla necessità di dover ricorrere in alcuni casi agli strumenti di regolazione diretta, anche OECD, *Environmental regulation and competition*, 17.11.2006, DAF/COMP(2006)30, p. 9: "*However, it must be recognised that it may not always be possible to secure public environmental benefits without affecting the degree of competition in the market. For instance, many of the markets in which environmental concerns are significant (e.g. waste management, municipal wastewater, etc.) are subject to indivisibilities and economies of scale. In such settings competitive markets may be inefficient, and economic (i.e., not just environmental) regulation will be necessary to secure efficiency. In other cases, natural resource stocks may be better conserved by restricting access to the resource to selected agents. It is well-understood, for example, that competition for resource will lead to over-exploitation of a commons, such as a fishing ground or a forest, unless incentives are put in place to prevent it. In settings where such incentives are hard to establish, or enforce, restricting access to the commons may be desirable*".

³¹ GROSSMAN P.Z., COLE D.H., *When is Command-and-Control Efficient? Institutions, Technology and the Comparative Efficiency of Alternative Regulatory Regimes for Environmental Protection*, in *Wisconsin Law Review*, 1999, reprinted in *Land Use and Environmental Law Review*, n. 31, 2001. In tale contributo, finalizzato a sfatare la convinzione sviluppata da molti autori nel corso degli anni '90 tendente ad azzerare completamente il valore dell'approccio command and control, gli autori affermano che l'efficacia degli strumenti utilizzati dipende da fattori istituzionali e tecnologici e non si dovrebbe calcolare in termini assoluti. Specificamente sulla complementarità delle diverse forme di intervento volte a garantire la tutela ambientale, COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde sugli strumenti di mercato*, cit., p. 3, dove si legge che gli strumenti di mercato "*non sono una panacea per tutti i mali. Essi hanno bisogno di un quadro normativo chiaro per funzionare, e vengono spesso utilizzati in un mix di politiche assieme ad altri strumenti*". Il concetto di "mix" di strumenti regolatori e non viene ripreso anche da KINGSTON S., *Developments in EU law: Environment*, in *International and comparative law quarterly*, vol. 59, n. 4, 2010, par. B. *Climate Change and the Use of Market-based Regulatory Instruments*, p. 1130 ss.

³² COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo sugli accordi ambientali*, 27.11.1996, COM(96) 561 definitivo, par. 13.

³³ MASTRAGOSTINO F., LUGARESÌ N., *Principi di diritto amministrativo dell'ambiente e strumenti economici consensuali*, in MASTRAGOSTINO F., *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 6 ss.

A (parzialmente) diversa conclusione si giunge con riferimento al problema opposto dell'integrazione dell'ambiente nelle politiche della concorrenza che, come si vedrà nel prossimo paragrafo, secondo un'importante parte della dottrina vengono invece considerate impermeabili a valutazioni esorbitanti l'aspetto economico.

4. Integrazione dell'ambiente nelle politiche della concorrenza.

Osservando l'evoluzione delle dinamiche concorrenziali nei settori a rilevanza ambientale si nota come queste risultino fortemente condizionate e interdipendenti dall'architettura della legislazione e delle politiche ambientali³⁴: entrambe le tipologie di intervento analizzate nel paragrafo precedente della regolazione diretta e degli strumenti market-based, infatti, comportano importanti conseguenze concorrenziali tanto positive, quanto negative.

Sul primo versante, è innegabile che la regolazione abbia favorito la nascita di nuovi mercati³⁵ e che gli strumenti market-based, data la loro flessibilità, si siano rivelati particolarmente adatti a incentivare l'innovazione e lo sviluppo di nuove tecnologie.

Sul secondo versante, si rileva che, in generale, la regolazione ambientale tende a innalzare o rafforzare le barriere all'ingresso dei mercati (ad esempio aumentando i costi di gestione delle attività produttive o subordinandone l'esercizio all'ottenimento di permessi o autorizzazioni); se eccessivamente stringente (ad esempio prevedendo standard troppo elevati), può favorire la concentrazione dei mercati o la nascita o il consolidamento di situazioni di sostanziale potere di mercato (riducendo in vario modo il numero di operatori presenti sul mercato); se frutto della cattura del regolatore potrebbe ingiustamente favorire alcuni attori a scapito di altri (ad esempio gli operatori storici che hanno "ereditato" posizioni di monopolio in passato)³⁶. Inoltre, la regolazione diretta

³⁴ KINGSTON S., *Greening EU competition law and policy*, Cambridge University Press, 2012, p. 93 ss.: "It has long been evident that the choice and architecture of environmental policy instruments can have major implications for competition analysis".

³⁵ In tal senso, VEDDER H., *Competition law and the use of environmental agreements: the experience in Europe, an example for the United States?*, in VAN CALSTER G., DEKETELAERE K., *The use of voluntary agreements*, cit., p. 251: "However competition and environmental protection are not intrinsically opposed [...]. The inclusion of environmental concerns may actually intensify competition as a new field of economic activity is created where competition is possible. This is true for static conceptions of economic competition, but it is even more significant when dynamic aspects of competition are considered".

³⁶ OECD, *Environmental regulation and competition*, paper, 17.11.2006, DAF/COMP(2006)30, *Executive summary*, p. 9: "Environmental regulation can raise barriers to entry. It is frequently asserted that particular environmental regulations can advantage firms in an industry versus those outside. As with other barriers to entry they can provide shelter behind which incumbent firms can make supernormal profits. Environmental regulations can impact entry (and exit) conditions directly. There are at least three broad channels through which this can happen. First, environmental regulations can increase sunk (unrecoverable) costs associated with entry. Second, they can generate cost differentials between entrants and incumbents, putting prospective entrants at an obvious competitive disadvantage and therefore deter entry. These might, for example, be due to learning about how to comply with complex regulations. Third, they can slow down the process of entry and exit: In many settings red-tape and procedural consideration – licensing, certification etc. – can impose not just a monetary cost on prospective entrants, but also slow down the speed at which entry can occur. At a minimum this can delay the time at which the benefits from competition are derived, but may also serve to diminish entry incentives. Because of the above effects, in addition to its effects on abatement costs, environmental rules can also raise prices to consumers by reducing the degree of competition in the market. Any assessment of the costs and benefits of an existing or proposed environmental rule is therefore incom-

potrebbe facilitare la nascita di schemi predatori ed essere utilizzata dagli operatori per attuare pratiche di *raising rival costs*³⁷.

Analogamente, anche gli strumenti market-based possono favorire la collusione fra gli operatori in termini di innalzamento delle barriere all'ingresso, divisione delle quote di mercato, di scambio di informazioni o di coordinamento (si immagina il caso degli accordi ambientali³⁸).

Proprio rispetto a queste conseguenze negative o di conflitto si pone il problema di come conciliare la governance ambientale con i principi della concorrenza.

Con riferimento alla regolazione diretta, uno strumento per la valutazione e limitazione degli effetti negativi da essa derivanti è la “*analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza*” o “AIRC”, ossia quella costola della “*analisi di impatto della regolazione*”³⁹ che si propone di valutare la proporzionalità delle restrizioni derivanti dalla regolazione rispetto agli obiettivi perseguiti dall'intervento normativo, al fine di fornire ai decisori politici elementi utili a confrontare assetti di mercato alternativi, valutare l'opportunità di un intervento di regolazione e decidere tra le diverse opzioni regolatorie disponibili⁴⁰, scegliendo quella meno impattante dal punto di vista della concorrenza⁴¹. Il soggetto deputato alla risoluzione di eventuali conflitti è dunque il regolatore che deve effettuare un bilanciamento degli interessi coinvolti, sulla base di una valutazione

plete without an analysis of the costs generated by any resulting reduction in competition” e p. 17: “*There are convincing bases in economic theory, and evidence from case study and econometric analyses, to conclude that, depending upon their design, environmental regulations can constitute substantial barriers to entry in some markets, can provide a basis for predatory behaviour in some markets and can be harmful to competition and welfare through a variety of other channels*”.

³⁷ OECD, DAF/COMP(2006)30, *Executive summary*, p. 10: “*Environmental regulation can also give rise to anti-competitive practices. They can be misused in predatory schemes to exclude or disadvantage rivals and also facilitate price-fixing and other collusive schemes. Environmental regulation can provide a platform for predation. [...] More generally, there is concern that firms will affirmatively seek to encourage new environmental rules that will have a disproportionate effect on their rivals, raising rivals' costs more than their own and therefore conferring a competitive advantage. Or, alternatively, attempt “cheap exclusion” obtaining monopoly power through processes that are relatively inexpensive and that have no plausible efficiency justifications. Exclusionary conduct featuring the misuse of governmental rules is relatively cheap to the firm, since it does not require investment in business capability and benefits from the presence of government authority to enforce it*”.

³⁸ Per un approfondimento sul tema, *infra* Parte II, Capitolo I.

³⁹ Legge n. 246/2005, *Semplificazione e riassetto normative per l'anno 2005*, in GU del 1 dicembre 2005, n.280 e DPCM n. 170/2008 relativo al *Regolamento recante disciplina attuativa dell'analisi dell'impatto della regolamentazione (“AIR”)*, *si sensi dell'art. 14, co. 5, della legge 246 del 2005*, in GU del 3 novembre 2008, n. 257, Allegato A, sez. 6 e, da ultimo, si veda anche art. 34 del d.l. 201/2011, *Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*, in GU del 6 dicembre 2011, n. 284, Suppl. Ordinario n. 251, convertito con modifiche, da legge 22 dicembre 2011, n. 214, *Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*, in GU del 27 dicembre 2011, n. 300, suppl. Ordinario n. 276 (meglio noto come “decreto Salva-Italia”). Circa i rapporti reciproci delle normative citate, si rinvia a HEIMLER A., *L'autorità garante della concorrenza e del mercato e i decreti del Governo Monti*, in MATTARELLA B. G., NATALINI A., *La regolazione intelligente – un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Collana Libri di Astrid, Firenze, Passigli Editori, 2013, p. 73-83.

⁴⁰ CAVALLO L., *L'Analisi dell'Impatto della Regolazione sulla Concorrenza*, Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione, aprile 2010, disponibile su http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2009/08/OsservatorioAIR_paper_AIRC.pdf.

⁴¹ LAGUNA DE PAZ J.C., *Protecting the Environment Without Distorting Competition*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 3, n. 3, 2012, par. IV., *Regulation should minimise its impact on competition*, p. 250 ss.

fondamentalmente di tipo politico, (preferibilmente) coordinandosi con le autorità antitrust e tenendo conto delle loro valutazioni circa gli impatti sulla concorrenza delle nuove regolazioni⁴².

Collocandosi al di fuori dell'ambito di applicazione dei principi concorrenziali e costituendo una materia del tutto autonoma da questi, un approfondimento ulteriore del tema esula dagli scopi del presente contributo⁴³.

Per quanto riguarda la composizione dei conflitti derivanti dal ricorso agli strumenti market-based invece, non è altrettanto chiaro come debba avvenire la valutazione degli interessi in gioco. Ed infatti, se è pacifico che lo scrutinio dei comportamenti delle imprese debba essere effettuato dalle autorità nazionali o europee della concorrenza, non è altrettanto condiviso fra i commentatori quali siano gli obiettivi che tali organi debbano perseguire applicando i principi concorrenziali⁴⁴.

Sul punto si sono sviluppate due scuole di pensiero: la prima afferma che l'uso degli strumenti di mercato per il raggiungimento degli obiettivi ambientali avrebbe ampliato gli scopi del diritto della concorrenza all'area della governance ambientale⁴⁵ e pertanto, gli organi decidenti, nell'analisi concorrenziale delle condotte delle imprese, dovrebbero tener conto anche dei fattori ambientali; la seconda, invece, sostiene che il diritto della concorrenza dovrebbe perseguire esclusivamente l'efficienza economica⁴⁶.

⁴² OECD, DAF/COMP(2006)30, *Executive summary*, p. 11: “*Environmental policies should be designed to achieve their aims without unnecessary restrictions of competition. Competition authorities should help environmental agencies and legislatures find ways to achieve environmental objectives which are least restrictive of competition*”.

⁴³ La letteratura in tema di AIR e AIRC è molto vasta. A titolo esemplificativo ci si limita ad indicare i seguenti contributi: a livello internazionale, si veda OECD, *Manuale per la valutazione dell'impatto concorrenziale della regolazione*, Volume I: I Principi, Volume II: Linee guida, Versione 2.0, 2011. A livello nazionale, SENATO DELLA REPUBBLICA, *Analisi di impatto della regolamentazione – Là dove funziona: il Regno Unito*, Servizio per la qualità degli atti normativi, XVI legislatura, fascicolo n. 5, 2008.

⁴⁴ VEDDER H., *Competition law and environmental protection in Europe: towards sustainability?*, Groningen, Europa Law Publishing, 2003, p. 39: “*Even though it is commonly accepted that competition is not an end in itself, but only an instrument to achieve objectives such as allocative and dynamic efficiency, economic welfare or welfare in a more general sense, the choice of these objectives is all but universal*”.

⁴⁵ KINGSTON S., *Greening*, cit. p. 95: “*Fundamentally, however, the use of market mechanisms to achieve environmental aims, and the centrality of private market actors in this process, has opened up the scope of the application of EU competition law to large areas of environmental policy where, had direct regulation been used, it would not have applied*”.

⁴⁶ MOTTA M., POLO M., *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2005, edizione originale, MOTTA M., *Competition policy: theory and practice*, New York, Cambridge University Press, 2004, p. 29: “*Un certo numero di obiettivi ha ispirato e ispira le politiche della concorrenza. Dal punto di vista dell'analisi economica, appare naturale identificare l'obiettivo fondamentale della massimizzazione del benessere sociale economico [...]*”; LIBERTINI M., *Le intese illecite*, in RESCIGNO P., GABRIELLI E., diretto da, *Trattato dei contratti*, Vol. 15, I contratti nella concorrenza, Torino, UTET, 2011, par. 4 – *L'interpretazione dell'art. 101.1 TFUE alla luce del nuovo inquadramento sistematico*, p. 100: “*La necessità di bilanciamento di effetti diversi ha fatto dire a qualche autore che l'autorizzazione è frutto di discrezionalità amministrativa, e non di mera discrezionalità tecnica. Questa opinione – che si riconduce a concezioni generali della politica antitrust che attribuiscono alla stessa funzioni di giustizia sociale, non necessariamente coincidenti con quelle di efficienza economica – non può condividersi, perché la discrezionalità amministrativa implica una valutazione comparativa di interessi diversi ed un giudizio di maggior meritevolezza di un interesse rispetto ad un altro. Nel nostro caso, invece, il criterio di valutazione è stabilito dal legislatore e l'interesse da tutelare è uno solo: quello della migliore funzionalità del mercato*”; LIANOS I., *Some Re-*

La contrapposizione delle due correnti è divenuta particolarmente forte a seguito del processo di modernizzazione del diritto della concorrenza avvenuto con l'introduzione del Libro bianco del 1999⁴⁷, del Regolamento n. 1 del 2003⁴⁸, delle linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81(3) del 2004⁴⁹ e, poi, attuato dalla Commissione nelle decisioni successive al 1 gennaio 2004⁵⁰.

Modifiche sostanziali introdotte nel corso di questa revisione del diritto europeo della concorrenza sono: 1) il decentramento delle competenze e del potere di esecuzione in favore delle autorità antitrust e dei giudici nazionali con conseguente concentrazione della Commissione sui casi più importanti e sui settori di attività in cui essa può agire in modo più efficace rispetto agli organismi nazionali al fine di reprimere le infrazioni gravi (ad esempio i casi concernenti i cartelli e gli abusi di posizione dominante di rilevanza comunitaria)⁵¹; e 2) l'adozione da parte della Commissione di un metodo "più economico"⁵² di quello seguito sino a quel momento⁵³, traducibile

flections on the Question of the Goals of EU Competition Law, CLES Working Paper Series, n. 3, 2013: "To summarize a long and complex debate there is an opposition between, on the one side, those advancing the existence of a plurality of objectives for competition law and, on the other side, those supporting the thesis of one aim/objective: economic welfare or more broadly welfare".

⁴⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 96 del Trattato CE*, Programma della Commissione n. 99/027, in GUCE 1999/C 132/01.

⁴⁸ CONSIGLIO EUROPEO, *Regolamento n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in GUCE 4.1.2003 L 1/1.

⁴⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 del Trattato*, Comunicazione, in GUUE 2004/C 101/08.

⁵⁰ Per una dettagliata analisi dell'evoluzione dell'art. 101, SUFRIN B., *The evolution of Article 81(3) of the EC Treaty*, in *Antitrust Bull.*, vol. 51, n. 4, 2006, p. 915-981.

⁵¹ A mente del punto 12 della sintesi del Libro bianco: "La riforma proposta prevede l'abolizione del sistema di notifica e di esenzione e la sua sostituzione mediante un regolamento del Consiglio che renderebbe le disposizioni in materia di esenzione, di cui all'articolo 85 paragrafo 3, direttamente applicabili senza previa decisione della Commissione. L'articolo 85 nella sua integralità verrebbe applicato dalla Commissione, dalle autorità nazionali garanti della concorrenza e dai giudici nazionali, come già accade per l'articolo 85, paragrafo 1 e l'articolo 86". Si veda anche LIBERTINI M., *Le intese illecite*, cit., p. 90: "La scelta politica di fondo del Reg. CE n. 1/2003 è stata quella di consentire alla Commissione di evitare gran parte del lavoro di routine, per potersi dedicare ad interventi repressivi mirati sui grandi cartelli e sui monopoli di dimensione sovranazionale".

⁵² L'espressione "più economico" era comparsa nel libro bianco del 1999, si veda par. 78: "Per l'esame dei casi individuali, la Commissione adotterà un approccio più economico nell'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1, e ciò limiterà la portata di tale disposizione alle sole imprese che detengono un certo potere di mercato. Per di più, l'applicazione del diritto comunitario della concorrenza da parte delle autorità e dei giudici nazionali sarà rinforzata in modo da accelerare il processo di convergenza dei diritti nazionali e del diritto comunitario, semplificando così per le imprese la determinazione della propria politica commerciale. Infine, esisteranno meccanismi preventivi e correttivi per assicurare un'applicazione coerente e uniforme del diritto comunitario da parte delle autorità e dei giudici nazionali". Sulla definizione dei contenuti del nuovo approccio, si veda GERBER D.J., *Global competition: law, markets, and globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 191: "The substantive modernization process includes two components [...]. One includes the significant narrowing of the goals of competition law [...] ie 'consumer welfare' as understood by neoclassical economics. The second [...] posits that neoclassical economics provides not only the goals of competition law, but also its standards and methods [...]. This package has come to be referred to in Europe as 'the more economic approach'". Precedentemente l'A. aveva considerato l'evoluzione del diritto della concorrenza in GERBER D.J., *The Transformation of European Community Competition Law*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 35, n. 1, 1994, pp. 97-147.

⁵³ COMMISSIONE EUROPEA, *Linee direttrici*, p. 97, punto 5: "Le presenti linee direttrici stabiliscono un quadro di analisi per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3. Il loro scopo è quello di mettere a punto una metodologia

nell'interpretazione restrittiva del concetto di "consumer welfare", sostanzialmente fatto coincidere con il benessere economico.

In particolare, il *Libro bianco*⁵⁴ (ri)definisce lo scopo dell'art. 81(3) come: "quello di fornire un quadro giuridico alla valutazione economica delle intese e non quello di permettere di evitare l'applicazione delle regole di concorrenza in base a considerazioni politiche" e le Linee direttrici della Commissione⁵⁵ ulteriormente precisano che: "Gli obiettivi perseguiti da altre disposizioni del trattato possono essere presi in considerazione nella misura in cui possano essere fatti rientrare nelle quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3".

A seguito di queste modifiche, la corrente dottrinale che nega la possibilità di tener conto anche di obiettivi diversi da quello economico nello scrutinio della concorrenzialità delle condotte delle imprese è divenuta prevalente. Tuttavia, l'intervento della Commissione non è bastato a sopire definitivamente la questione interpretativa⁵⁶: permangono infatti talune voci discordanti, di cui si darà conto nel prossimo paragrafo.

Prima di procedere con l'analisi delle appena accennate teorie, occorre fare una precisazione: come si noterà, la maggior parte degli autori che si sono cimentati nello studio di questa "big question" del diritto della concorrenza, hanno incentrato le loro considerazioni attorno all'art. 101 TFUE nelle sue diverse componenti (in particolare in relazione ai rapporti fra comma primo e terzo).

per l'applicazione di questa disposizione del trattato. Questa metodologia si basa su di un approccio economico, già introdotto e sviluppato nelle linee direttrici sulle restrizioni verticali, sugli accordi di cooperazione orizzontale e sugli accordi di trasferimento delle tecnologie. La Commissione seguirà le presenti linee direttrici che forniscono indicazioni più precise sull'applicazione delle quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 rispetto alle indicazioni già contenute nelle linee direttrici sulle restrizioni verticali, sugli accordi di cooperazione orizzontale e sugli accordi di trasferimento delle tecnologie, anche per quel che riguarda la valutazione degli accordi menzionati da queste ultime linee direttrici".

⁵⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco*, p.17, par. 57.

⁵⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Linee direttrici*, p. 103, punto 42.

⁵⁶ MONTI G., *Art. 81 an EC competition policy*, cit., p. 1095: "the consideration of non-competition factors in competition law is legitimate and significant, and the Commission's suggestion to narrow the scope of art. 81(3) is undesirable, not least because in certain recent decisions the Commission has in fact widened the role of public policy considerations that are considered under art. 81(3)". HEIDE-JORGENSEN C., *The relationship between article 101(1) TFEU and article 101(3) TFEU*, in HEIDE-JORGENSEN C., et al., *Aims and values in competition law*, Copenhagen, DJØF, 2013, p. 113: "From the very beginning EU competition law has had multiple goals. The economization of EU competition law has with no doubts in many ways meant at better enforcement of the EU competition rules based on more economic thinking and the economic rationale behind the rules. But the pure economic approach has not been completely accepted by the European Courts". Si veda anche MONTI G., *EC competition law: the dominance of economic analysis?*, in ZÄCH R., et al., *The development of competition law – global perspectives*, ASCOLA competition law series, Edward Elgar Edition, Cheltenham (UK) - Northampton (US), 2010, pp. 27: "[...] economics does not yet dominate competition policy, and thus the use of economics in EC competition law is problematic. If economic dominated, a total welfare standard would apply [...]. As things stand, the EC applies a consumer welfare standard [...]. Furthermore, an unspecified range of non-competition considerations may impact on the assessment of the behavior of firms".

Probabilmente, la scelta di concentrarsi sull'articolo 101 TFUE è favorita dalla sua particolare struttura che, prevedendo al suo interno un meccanismo di bilanciamento, risulta particolarmente esposto a considerazioni più ampie di quelle strettamente economiche⁵⁷.

Secondo altra ipotesi, invece, la ragione sarebbe da ritrovare nel fatto che nella maggior parte dei casi di abuso di posizione dominante e merger il bilanciamento fra fattori concorrenziali e anti-concorrenziali è destinato a fallire sin dall'inizio⁵⁸. Infatti, spesso il potere di mercato delle imprese costituisce un indice di anticoncorrenzialità talmente forte da ridurre drasticamente le possibilità di una difesa fondata sul perseguimento di obiettivi non concorrenziali, o "public policy defence"⁵⁹.

Tuttavia, è bene sapere che il quesito relativo al ruolo dei fattori non-concorrenziali può porsi in termini del tutto analoghi anche con riferimento alle altre figure sintomatiche del diritto della concorrenza e quindi, alle ipotesi di abuso di posizione dominante di cui all'art. 102 TFUE (rispetto al quale considerazioni relative a fattori non-concorrenziali possono trovare sviluppo sotto la "objective justification defence"⁶⁰), ma anche nell'ambito dei merger e degli aiuti di stato (do-

⁵⁷ KOMNINOS A.P., *Non-competition concerns*, cit., par. III: "We should also stress that this general question is by no means limited to Article 81 EC. It may also affect the enforcement of Article 82 EC.31 What makes, however, Article 81 EC more "inviting" to the introduction of non-competition concerns, and thus more vulnerable from an antitrust point of view, is its bifurcated structure (prohibition-exception). This structure makes it tempting for some authors to argue that it must entail some inherent distinction between the substance of the first and that of the third paragraph, otherwise it would never have existed in the first place. Some of those authors would welcome the introduction of noncompetition concerns in Article 81(3) EC, as this would provide for an ex post justification of that bifurcated structure".

⁵⁸ VAN DER VIJVER T., *Article 102 TFEU: how to claim the application of objective justification in the case of prima facie dominance abuses?*, in *Journal of European Competition law & Practice*, vol. 4, n. 2, 2013, p. 122 dove l'A. afferma che, sebbene costituisca un'ipotesi rara, l'*objective justification* non è da escludere in radice: "The third [source of objective justification] consists of public interest considerations where a non-efficiency goal can trump the application of article 102 TFEU. [...] in every article 102 TFEU case to date the EU courts have rejected a justification plea. Although this outcome undeniably indicates that the objective justification will not be easily accepted, it does not follow that it is a meaningless legal concept".

⁵⁹ WITT A.C., *Public policy goals under EU competition law- now is the time to set the house in order*, in *European Competition Journal*, n. 3, 2012, p.463: "This may be a consequence of the fact that any objective justification or balancing act must achieve a result that is proportionate. Under the competition rules, more specifically, the danger to competition must be weighed against the benefits to be gained from the anticompetitive conduct. The Commission and the Court take the view that the danger to competition resulting from anticompetitive conduct increases with the degree of market power of the undertaking. Article 102 TFEU and the substantive merger test have always required the existence or creation of a dominant position, which means that the chances of a public policy defence succeeding were negligible from the outset. By contrast, Article 101 TFEU does not explicitly require the presence or creation of market power, and it is only with the introduction of the more economic approach that the Commission has read this condition into Article 101(1) TFEU. This may explain why the Commission had previously been relatively willing to take other policy aims into consideration under Article 101(1) TFEU, but not under Article 102 TFEU or the Merger Regulation".

⁶⁰ Per un completo approfondimento sul concetto di *objective justification defence*, ROUSSEVA E., *Rethinking exclusionary abuses in EU competition law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, cap. 7 – *The concept of objective justification: scope and application*, par. 2.2. – *Public policy considerations as an objective justification*, p. 266 ss., in particolare p. 268: "[in the Wouters judgment], public policy considerations took precedence over the pure competition concerns and the sacrifice of competition concerns was allowed only to the extent necessary for the attainment of a legitimate public interest, that is, only subject to the principle of proportionality. The Wouters case has inevitable impli-

ve, proprio con riferimento ai fattori ambientali, sono state considerate specifiche esenzioni all'applicazione della disciplina generale)^{61 62}.

4.1. Perché gli obiettivi ambientali dovrebbero costituire una componente della politica europea della concorrenza.

Principali sostenitori della prima posizione dottrinale sono S. Kingston e C. Townley.

La tesi elaborata dalla Kingston ed espressamente concentrata sul problema della integrazione delle politiche ambientali nelle politiche economiche europee, afferma che sacrificare i valori ambientali in nome della purezza del diritto della concorrenza sarebbe fondamentalmente sbagliato e che le politiche della concorrenza non costituiscono una speciale area sottratta al principio di integrazione, ma vi sono a tutti gli effetti vincolate⁶³.

ation for article 82. In my view, the case seeks to resolve not just a conflict between article 81 and public policy concerns, but a conflict between those concerns and competition law in general. [...] thus, after the ruling in Wouters it might be argued that public policy considerations, although in very rare circumstances and provided that the principle of proportionality is strictly applied, may comprise an objective justification. [...] There are similarities between the public policy considerations and the other factors considered above as an objective justification in the sense that both types of considerations apply irrespective of whether the undertaking is dominant or not, and both are beyond the undertaking's control. This review of the case law under article 82 and the way the concept of objective justification is used by the community Courts shows that this concept relates to objective factors or considerations which are beyond the control of undertakings and apply irrespective of the particular position of the undertakings or their economic performance". Nel paragrafo 4.3.2. – Efficiency considerations in article 86(2), l'A. considera anche il ruolo ricoperto da fattori non economici nell'applicazione dell'art. 86(2): "[...] the traditional understanding of the concept of objective justification affirmed in the classical case law under article 82 and in other areas of EC law, is quite narrow in scope. In area of article 82 it includes only two types of considerations: (i) purely objective factors beyond the control of the undertakings (not only dominant ones) which prevent those undertakings from carrying out their normal course of conduct; and (ii) public policy considerations which are generally of a non-economic nature, but which, in particular circumstances (for example, where there is a need to provide efficient service to the public) may be given an economic dimension", per concludere affermando che nei casi analizzati (ex art. 86(2) o di restrizioni imposte da associazioni): "the non-economic interest and the economic interest coincided, which explains why the concept of objective justification apply. However, the economic interest in those cases did not refer to an efficiency-enhancing policy, but rather concerned the minimum efficient performance necessary to guarantee the provision of a service. Thus, the objective justification was not applied as an efficiency justification".

⁶¹ Ed infatti S. KINGSTON, *Greening*, cit., articola la parte II della propria opera dedicandosi non solo all'art. 101 TFEU, ma verificando l'applicabilità delle considerazioni generali precedentemente elaborate nella parte I anche all'art. 102 TFEU, alla disciplina dei merger e a quella degli aiuti di stato.

⁶² WITT A.C., *Public policy goals under EU competition law - now is the time to set the house in order*, in *European Competition Journal*, n. 3, 2012, part C – *The more economic approach*, p. 455: "Under the more economic approach, the Commission now considers efficiencies a precompetitive factor that needs to be taken into account in the overall assessment of a proposed merger, under the proviso that they benefit consumers, are merger specific and verifiable. Under Article 102 TFEU, the Commission uses the concept of an objective justification. [...] In other words, the Commission applies the conditions of Article 101(3) TFEU in analogy to both Article 102 TFEU and the Merger Regulation".

⁶³ KINGSTON S., *Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition Isn't Special*, in *European Law Journal*, vol. 16, n. 6, 2010, p. 804 ss.: "This article has sought to argue that it is fundamentally wrong to regard EU competition law as a "special" area of EU law insulated from environmental considerations. [...] environmental benefits and damage flowing from goods and services should be taken into account by EU competition decision makers [...]. EU competition enforcers will be increasingly be forced to consider this approach to environmental factors. This article has argued that it would be wrong for them to ignore such factors out of misguided concern for the purity of competition law ". Le riportate conclusioni circa la relazione fra politiche ambientali e

A sostegno di questa conclusione, l'autrice apporta tre differenti argomenti: un argomento legale-sistematico, un argomento di governance e un argomento economico.

Secondo l'argomento legale-sistematico, i trattati devono essere considerati come componenti di un sistema coerente e, pertanto, le loro disposizioni debbono essere interpretate in maniera da supportarsi e non ostacolarsi le une con le altre. In caso di conflitto, la riconciliazione dei principi ambientali con quelli concorrenziali potrebbe essere raggiunta in due modi: a) mediante il combinato disposto degli articoli 3(3) TUE e 11 TFUE, interpretando l'art. 11 come un mezzo per raggiungere l'obiettivo dello sviluppo sostenibile⁶⁴; b) adottando un approccio comparativo secondo il quale le regole sulla concorrenza devono essere interpretate conformemente a quelle sul mercato interno ed in particolare a quelle relative alla libera circolazione⁶⁵. Nello specifico, l'autrice sostiene che poiché la protezione dell'ambiente costituisce una valida giustificazione a che gli Stati adottino certe misure che altrimenti risulterebbero in violazione della libertà di circolazione dei beni, in linea di principio, un ragionamento analogo dovrebbe giustificare misure altrimenti valutabili come anticoncorrenziali⁶⁶.

Secondo l'argomento di governance, gli obiettivi ambientali sono rilevanti per le politiche europee della concorrenza per due ragioni: a) per il principio del "buon governo" o "good governance", in base al quale un sistema che persegue una molteplicità di obiettivi risulta efficiente laddove le singole componenti del sistema, tenendo conto le une delle altre, originano un apparato coerente⁶⁷; b) per la considerazione in base alla quale non sarebbe realistico ipotizzare che le autorità della concorrenza escludano sistematicamente dalla loro analisi i fattori ambientali⁶⁸.

Infine, con l'argomento economico, l'autrice sostiene che il dichiarato approccio "maggiormente economico" adottato dalla Commissione dopo il 2004 non esclude automaticamente i fattori ambientali dall'analisi concorrenziale delle condotte: infatti, l'ormai ampia letteratura in materia di

della concorrenza sono state ulteriormente approfondite dall'A. in successivi contributi. In particolare, la tesi anticipata nel 2010 viene ripresa e trattata estensivamente in KINGSTON S., *Greening EU competition law and policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, Part I – *Should environmental goals play a role in EU competition law and policy?*, pp. 7-193 a cui si rinvia per maggiori approfondimenti.

⁶⁴ KINGSTON S., *Integrating*, p. 786: "[art.11 TFEU] is a means to achieving the sustainable development goal. However, its nature is fundamentally different to that of sustainable development. By its terms, it imposes a concrete obligation on all those 'implementing and defining' the EU's policies and activities to integrate environmental requirements", p. 787: "[...] the integration principle in its art. 11 TFEU form represents a specific expression of the goal of sustainable development, and one directed at those defining and implementing all EU 'policies and activities'".

⁶⁵ *Id.*, p. 783: "where possible, and where treaty provisions are sufficiently opened-textured to be open to interpretation, they should be interpreted so as to help, and not to hinder, the EU's other policy objectives".

⁶⁶ *Id.*, p. 791: "[The internal comparative approach] posits that the treaty competition rules should, where possible, be interpreted consistently with the treaty internal market (free movement) rules. As environmental protection is a valid justification for proportionate Member State measures otherwise restrictive of free movements of goods, this implies that it should, in principle, be possible to justify otherwise anti-competitive restrictions on similar grounds".

⁶⁷ *Id.*, p. 794: "[...] in a system with multiple policy objectives such as the TEU and TFEU, the goals of the system overall will be more efficiently and more effectively achieved where the governance of one part of the system takes the aims of another part of the system into account".

⁶⁸ *Id.*, p. 795: "it is unrealistic to think that EU's competition enforcers would, in practice, consistently exclude environmental considerations from their analysis. This will be termed as 'realist's argument'".

“environmental economics” ha sviluppato molteplici modalità, anche molto sofisticate, in base alle quali i valori ambientali possono essere tradotti in termini compatibili con il calcolo economico alla base delle decisioni delle autorità antitrust⁶⁹.

In conclusione, dunque, Kingston sostiene che le autorità antitrust siano tenute a considerare i fattori ambientali e che lo saranno sempre di più in futuro, indipendentemente dalle teorie sulla purezza del diritto della concorrenza.

Chris Townley sostiene una tesi ancora più apertamente in favore dell'ingresso dei fattori non economici nello scrutinio delle autorità antitrust.

Nella sua produzione scientifica⁷⁰, l'autore assume l'efficienza (economica) come una delle “componenti” del più ampio concetto non tanto di “welfare”, quanto di “general well-being” o “benessere generale”, di talché limitare le considerazioni concorrenziali all'efficienza sarebbe una scelta, da un lato, non desiderabile, posto che la completa realizzazione del benessere presuppone anche la considerazione di obiettivi non economici (che l'autore definisce “public policy goals”) e dall'altro, rischiosa, in quanto il perseguimento dell'efficienza in maniera “isolata” potrebbe addirittura nuocere ai public policy goals⁷¹.

Per evitare tali esiti negativi, l'inserimento dei public policy goals nel percorso argomentativo degli organi decidenti si rende necessario. Tale conclusione, peraltro, sarebbe supportata sia da una lettura olistica del Trattato (che impedisce di escludere i public policy goals dagli obiettivi perseguiti dall'Unione)⁷² che da una interpretazione teleologica delle sue disposizioni⁷³, sia dalla presenza delle clausole trasversali (che creerebbero un obbligo di considerare gli obiettivi in esse contenuti ogniquale volta si dia attuazione a politiche o attività dell'Unione)^{74,75}. Infine, gli even-

⁶⁹ *Id.*, p. 799: “[...] toward a ‘more economic approach’, the Commission should not necessarily mean the exclusion of environmental factors. [...] the rich literature on environmental economics should be applied in the context of EU competition policy”. Si veda anche SUFRIN B., *The evolution of Article 81(3) of the EC Treaty*, cit., p. 965: “Although the guidelines demand substantiation of efficiencies this does not preclude environmental gains, for example, being proved and valued”.

⁷⁰ TOWNLEY C., *Is anything more important than consumer welfare (in article 81 EC)? Reflections of a community lawyer*, in *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.*, 2007-2008, p. 345-381; TOWNLEY C., *Article 81 EC and public policy*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2009; TOWNLEY C., *Which goals count in article 101 TFEU?: Public policy and its contents*, in *ECLR*, n. 9, 2011, p. 441-448; TOWNLEY C., *Is there (still) room for non-economic arguments in article 101 TFEU cases?*, in HEIDE-JORGENSEN C., ET AL., *Aims and values in competition law*, Copenhagen, DJØF, 2013, p. 115-177.

⁷¹ TOWNLEY C., *Article 81 EC and public policy*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2009, p. 21: “[competition law intervention cannot be said to] make society better off unless one considers the effect on wider public policy goals too”, p. 29: “the pursuit of consumer welfare might seriously undermine environmental considerations in a specific case, and yet, if this were the sole goal, the effect on the environment would be considered irrelevant when applying competition law (although it could be considered in an environmental law, for example)”.

⁷² TOWNLEY C., *Article 81 EC*, cit., p. 3

⁷³ *Id.*, chapter 2, *Competition policy and public policy objectives in a community law framework*, p. 47 ss., also TOWNLEY C., *Is anything more important than consumer welfare (in article 81 EC)?*, *passim*.

⁷⁴ TOWNLEY C., *Article 81 EC*, cit., p. 50: “policy-linking clauses [...] demand that their objectives be considered whenever other Community policies and activities are implemented”.

⁷⁵ TOWNLEY C., *Is anything more important than consumer welfare (in article 81 EC)? Reflections of a community lawyer*, in *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.*, 2007-2008, p. 371: “As an interim conclusion, one might say that the

tuali conflitti che dovessero sorgere fra i diversi obiettivi dovrebbero essere risolti procedendo al loro “bilanciamento”, metodo che fra quelli messi a disposizione dalle norme del Trattato⁷⁶, risulta essere maggiormente adatto a garantire il soddisfacimento delle esigenze di benessere.

Le convinzioni dell’A. non sono state in alcun modo scalfite dall’intervento della c.d. modernizzazione del diritto della concorrenza.

Ed infatti, l’A. ritiene che gli strumenti utilizzati dalla Commissione nel processo di modernizzazione, ossia il Libro bianco del 1999⁷⁷, il Regolamento 1 del 2003⁷⁸, le linee direttrici sull’applicazione dell’art. 81(3) del 2004⁷⁹ e le numerose decisioni della Commissione successive al 1 gennaio 2004, non siano in realtà mezzi idonei a modificare le disposizioni sostanziali del Trattato, né a rimuovere le considerazioni non-economiche dal procedimento argomentativo previsto dall’art. 101 TFEU⁸⁰: *“if [the Commission] wants to change the rules of the game, there are legitimate mechanism that it can use. Lobby the Member States for treaty change etc”*.

In conclusione, dunque, secondo l’A. nulla sarebbe cambiato nemmeno a seguito della modernizzazione che altro non avrebbe fatto se non ingenerare incertezza negli operatori: *“the EC Courts are the ultimate arbiters on whether or not public policy considerations are relevant in article 101 TFEU. The EC Courts have spoken, regularly and clearly on this issue. Public policy goals*

policy-linking clauses seem designed to ensure that action under the treaty (including art. 81EC) takes into account a plurality of relevant public policy goals, as opposed to merely competition”.

⁷⁶ *Id.*, p. 354 ss. L’A. analizza i quattro metodi per la risoluzione di conflitti: il metodo dell’esclusione (*“the Treaty expressly allows some values to exclude (ignore) others – this is rare. For example, article 296(1)(b)”*); il metodo del bilanciamento (*“the Treaty most common method of conflict resolution is a balancing process (compromise)”*); il metodo delle clausole trasversali (*“most of the policy-linking clauses demand that specific policy in question, such as environmental policy (article 6 EC), be taken into account in both the ‘definition and implementation’ of other policies. Although the policy-linking clauses express no explicit preference, logically they must favour compromise”*); e il metodo del silenzio. Si veda anche LIANOS I., *Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law*, CLES Working Paper Series, n. 3, 2013, nota 238 in cui riprende l’analisi di VAN ROMPUY, *Economic Efficiency: The Sole Concern of Modern Antitrust Policy? Non-efficiency Considerations under Article 101 TFEU*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012: *“[...] a distinction must be made between two general approaches to resolve potential conflicts between competition considerations and non-efficiency considerations in the context of Article 101 TFEU. The first approach is to resolve the conflict external to Article 101 TFEU, by exclusion. Under this approach, non-efficiency considerations are not integrated in the substance of antitrust analysis. The conflicting interests trump Article 101 TFEU as a whole. In other words, the scope of application of Article 101 TFEU is delimited for the purpose of accommodating non-efficiency considerations. The second approach is to resolve the conflict within Article 101 TFEU, by compromise. Under this approach, non-efficiency considerations are integrated in the substance of antitrust analysis. As part of the assessment under Article 101(1) or 101(3) TFEU, the competition concerns are balanced against conflicting non-efficiency considerations. The mechanism of “balancing” refers here to the balancing of conflicting values to identify an optimal equilibrium. Balancing also has a second meaning in EU antitrust law”*.

⁷⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l’applicazione degli articoli 85 e 96 del Trattato CE*, Programma della Commissione n. 99/027, in GUCE 1999/C 132/01.

⁷⁸ CONSIGLIO EUROPEO, *Regolamento n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in GUCE 4.1.2003 L 1/1.

⁷⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Linee direttrici sull’applicazione dell’articolo 81, paragrafo 3 del Trattato*, Comunicazione, in GUUE 2004/C 101/08.

⁸⁰ TOWNLEY C., *Is there (still) room for non-economic arguments in article 101 TFEU cases?*, in HEIDE-JORGENSEN C., ET AL., *Aims and values in competition law*, Copenhagen, DJØF, 2013, par. 3.2.: *Can the Commission change substantive EC law through modernization?*, p. 140 ss.

*are legitimate considerations there. The Commission's use of the guidelines to advocate a position contrary to that of the EC Courts is not appropriate. They create uncertainty and confusion amongst undertakings and their legal adviser [...]. The Commission may be under the legal duty to amend its guidance as quickly as possible*⁸¹.

4.2. Perché la politica europea della concorrenza dovrebbe concentrarsi sul solo obiettivo economico.

Principale esponente della seconda corrente di pensiero, in massima parte supportata dagli economisti, è O. Odudu che nella sua attività scientifica⁸² ha fermamente sostenuto che gli obiettivi non concorrenziali, o “non-competition goals”, che vengono considerati nel Trattato debbano essere fra loro bilanciati a livello costituzionale (lasciando questo compito agli amministratori politici e non alle autorità antitrust) sulla base della convinzione per cui l'applicazione dell'art. 101 TFEU non sia adatta a tali scopi⁸³.

Più precisamente, l'A. argomenta avverso la possibilità che il diritto della concorrenza possa considerare obiettivi ulteriori all'efficienza sia in termini di legittimità che in termini di efficacia.

Quanto al primo profilo, sarebbe illegittimo estendere lo scopo del diritto della concorrenza oltre l'efficienza economica per almeno tre ragioni: in primo luogo, il bilanciamento fra obiettivi di efficienza ed obiettivi differenti comporterebbe il trasferimento su soggetti privati di funzioni che dovrebbero essere in realtà svolte dallo Stato e quindi provocherebbe una non corretta allocazione delle attività e una applicazione distorta della normativa⁸⁴; in secondo luogo, tale bilanciamento attribuirebbe alle clausole trasversali del Trattato un effetto diretto che, secondo l'A. queste in realtà non avrebbero⁸⁵; in terzo luogo, potendo far retrocedere l'efficienza in favore di altri obiettivi

⁸¹ *Id.*, p. 170.

⁸² ODUDU O., *The boundaries of EC competition law. The scope of article 81*, New York, Oxford University Press, 2006; BARNARD C., ODUDU O., *The outer limits of European Union law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2009; ODUDU O., *The Wider Concerns of Competition Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, n. 3, 2010, p. 606.

⁸³ ODUDU O., *The boundaries of EC competition law. The scope of article 81*, cit., p. 174: “*The balancing of article 81 EC against other Treaty goals is properly external to the competition law assessment. The Treaty contains express provisions that structure an enquiry into whether other Treaty goals trump article 81 EC. Absent express provision, the situation is more uncertain. Though the courts has resolved the issue of conflict between national and community norms, it has done little to resolve issues of conflict between Treaty norms. The problem is a constitutional rather than competition problem and it is at the constitutional level that resolution is required*”.

⁸⁴ *Id.*, pp. 164-165.

⁸⁵ In altre parole, l'A. sostiene che non avendo effetto diretto, le clausole trasversali non introdurrebbero una obbligatezza legale circa il raggiungimento di un determinato obiettivo e quindi non sarebbero sufficienti a giustificare una deroga al principio generale della concorrenza. ODUDU O., *The boundaries of EC competition law*, cit., pp. 166-167 e ODUDU O., *The Wider Concerns of Competition Law*, cit., p. 607: “[...] both the Court of Justice and the Advocate General Kokott suggest that public policy objectives may only be considered to allow a derogation from a Union objective when there is a legal obligation on the party infringing the Union law to achieve the particular policy objective. This requires, in the terminology of Union law, the policy-linking clause to have a direct effect, rather than to exist as a legal base requiring legislative implementation. However, Townley is unable to show that the policy-linking clauses are directly effective”. Ritieni che le clausole trasversali siano prive di effetto diretto anche KOMNINOS A.P., *Non-competition concerns: resolution of conflicts in the integrated art. 81 EC*, Working paper(L), n. 8, 2005, Oxford centre for competition law and policy, available at <http://intranet.law.ox.ac.uk/ckfinder/userfiles/files/CCLP%20L%2008-05.pdf>, par. VII: “*The Treaty provisions that*

tramite il bilanciamento, si renderebbero superflue le previsioni del Trattato che prevedono espressamente tale possibilità⁸⁶.

Quanto al secondo profilo, il tentativo di perseguire una molteplicità di obiettivi ridurrebbe grandemente il livello di efficacia dell'art. 101 TFEU. Da un lato, metterebbe in discussione il principio di certezza del diritto⁸⁷ e, dall'altro, ridurrebbe la giustiziabilità della norma⁸⁸.

La certezza del diritto verrebbe minata in quanto inserendo obiettivi diversi dall'efficienza nel "calcolo" degli elementi pro-concorrenziali e anti-concorrenziali, si forzerebbe l'organo decidente a bilanciare elementi sostanzialmente diversi fra loro e non più *like-to-like* e quindi il rapporto obbligazione-deroga verrebbe meno⁸⁹.

Allo stesso tempo, la molteplicità di obiettivi lascerebbe in capo all'autorità il compito di decidere "caso per caso" le priorità⁹⁰. Tali decisioni, risultando soggettive, non legali e di valore⁹¹ risulterebbero "non giustiziabili" e pertanto dovrebbero appartenere all'arena politica⁹².

Per altro verso, poiché, a seguito del processo di modernizzazione e decentralizzazione del diritto della concorrenza, molte competenze sono state trasferite direttamente alle autorità antitrust ed ai giudici nazionali, un così ampio contemporaneo di interessi potrebbe originare problemi anche in termini di uniformità delle decisioni⁹³.

refer to such (non-competition) policies are only addressed to the Commission and to the Community at large, therefore lacking direct effect and, in any case, they cannot be applied as between individuals horizontally. Individuals are not intended by the Treaty to be the direct enforcers or formulators of the Community environmental or employment policies".

⁸⁶ ODUDU O., *The boundaries of EC competition law*, cit., p. 167 ss: "The approach to conflicting goals suggested is that absent express derogation it is to be assumed that competition is in the public interest. The same approach is taken in the EC Treaty: when the Treaty intended to remove certain activities from the ambit of competition rules, it made an express derogation to that effect [...]. If it were legitimate to balance competing goals within article 81 EC these provisions would be otiose".

⁸⁷ *Id.*, p. 171: "the claim is that to pursue [various goals] within article 81 EC is detrimental to legal certainty. Legal certainty is also linked to the corollary principle [of the legitimate expectation]".

⁸⁸ *Id.*, p. 172.

⁸⁹ *Id.*, p. 171: "When other goals are considered, the express conditions of article 81 EC cease to be determinative and the link between the obligation and the derogation is broken".

⁹⁰ *Id.*, p. 172: "Balancing competing goals within article 81 EC requires the decision maker to decide how much competition to sacrifice in favour of a series of vaguely specified goals".

⁹¹ ODUDU O., *The Wider Concerns of Competition Law*, cit., p. 612: "[...] in such situations, the decision maker is in reality making subjective, non legal, value judgments. As such the question is non-justiciable and belongs in the political arena".

⁹² Nega la possibilità di valutazioni di tipo "morale" anche KOMNINOS A.P., *Non-competition concerns: resolution of conflicts in the integrated art. 81 EC*, Working paper(L), n. 8, 2005, Oxford centre for competition law and policy, available at <http://intranet.law.ox.ac.uk/ckfinder/userfiles/files/CCLP%20L%2008-05.pdf>, par. IV: "The Commission, for its part, must only enforce the policies that have been entrusted to it. It must not, and indeed cannot, resolve conflicts of a constitutional nature, which can only be resolved in a court of law". Analogamente anche MOTTA M., *Competition policy: theory and practice*, New York, Cambridge University Press, 2004, p. 30: "[...] as an economist, my role is to stress which measures are aligned with the objective of increasing economic welfare and which are instead in contrast with it. It will be up to others, be they politicians or judges or sociologists, to decide whether to give priority to economic or other considerations when conflict arises".

⁹³ LIANOS I., *Competition law in the EU after the Treaty of Lisbon*, in ASHIGABOR D., LIANOS I., et al, *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 269/270: "[...] Second, an ad-

Odudu inoltre critica, in maniera molto diretta, le teorie di Townley, definendo i suoi sforzi per giustificare l'inclusione di obiettivi non economici nello scrutinio delle autorità antitrust come: “*a laudable aim and an interesting reading of competition law in the context of the European Union. However, [...] there are reasons to be skeptical*”⁹⁴.

In particolare, l'A. ritiene che il concetto di “well-being” adottato da Townley sia eccessivamente esteso rispetto alle sue originarie finalità: la scuola di Chicago, infatti, pur considerando l'efficienza come un buon indice rivelatore del benessere, non aveva l'ambizione di ricomprendere nella valutazione tutti gli altri elementi che concorrono a costituire il benessere generale dell'essere umano⁹⁵.

In punto di diritto, peraltro, Odudu rileva come tale ampia interpretazione degli obiettivi del diritto della concorrenza estenda eccessivamente le competenze dell'Unione, rischiando di farne venire meno la legittimazione: ed infatti, l'A. ricorda che l'efficienza è la sola politica pubblica protetta dal diritto della concorrenza ed è la sola attribuita all'Unione a seguito di un processo democratico, politico e legislativo⁹⁶.

Odudu conclude per la irrilevanza delle considerazioni non economiche nell'ambito dell'art. 101 TFEU anche per via del fatto che queste non avrebbero alcuna rilevanza ai fini della determinazione di una violazione: “*if public policy is a legitimate concern, why is a diminution in a relevant non-efficiency goal not relevant to the infringement?*”⁹⁷.

*ditional difficulty for adopting a social welfare function model is the increasing involvement of national courts in the interpretation and application of Articles 101 and 102 TFEU. The decentralization of the decision-making process and the inevitable focus of national courts on local costs and benefits, as opposed to inter-Member State effects, makes any effort to broaden the competition assessment under Articles 101 and 102 profoundly problematic. One could also add the complexity of performing the sophisticated quantitative analysis required by CBA for non-specialized courts. The Commission and National Competition Authorities (NCAs) are better equipped for this task, although ne could object that they lack adequate resources (and information) to perform this holistic analysis systematically”. Si veda anche KOMNINOS A.P., *Non-competition concerns*, cit., par. III: “*This question [whether art. 81 EC allows for the taking into account concerns that are extraneous too competition law and economic progress, but are expressive of other policies] becomes more relevant under the new system of enforcement because of the fear that the abolition of the Commission’s monopoly of exemption may be an open invitation to national competition authorities and courts to introduce into the tests of Article 81 EC such non-competition aims or the pursuit of the parochially seen public or national interest. This was also a concern during the post-White Paper period leading to the adoption of Regulation 1/2003. The argument went that if non-competition issues were read into Article 81(3) EC, the whole thesis as to that provision’s direct effect and justiciability would be weakened. If things like the environment, employment policy, culture, or industrial policy had to be balanced under Article 81(3) EC, then that provision would not be sufficiently precise so as to have direct effect and to be justiciable. If, on the other hand, only competition concerns have to be examined under the four-test rule of that provision, then courts could indeed apply the latter*”.*

⁹⁴ ODUDU O., *The Wider Concerns of Competition Law*, cit., p. 606.

⁹⁵ *Id.*, p. 608: “*Whilst the Chicago approach takes efficiency to be a good measure of well-being, since it results in more and cheaper goods, and new and better goods, which improve our standard of living, it does not claim to capture all the forms of human flourishing and all that a good life entails*”.

⁹⁶ *Id.*, p. 609: “*efficiency is the public policy protected by competition law, such protection having achieved through the democratic, political and legislative process: as such, non-efficiency cannot be considered within competition law*”.

⁹⁷ *Id.*, p. 611.

In ogni caso, vale la pena di precisare che questa seconda scuola di pensiero non mette in dubbio l'importanza dei "public policy objectives" e neppure il fatto che siano meritevoli di una tutela, semplicemente afferma che tale protezione possa e debba essere garantita in maniera più efficiente facendo ricorso ad altri strumenti, diversi dal diritto della concorrenza⁹⁸.

4.3. Riconciliazione delle due posizioni.

Alla spaccatura dottrinale appena illustrata corrisponde un'identica contrapposizione di vedute fra Commissione e Corte di Giustizia⁹⁹. Mentre la prima spinge per una valutazione squisitamente concorrenziale dei casi sottoposti alla sua attenzione, la seconda ha continuato anche dopo il processo di modernizzazione ad interpretare il concetto di consumer welfare in termini più ampi, tali da comprendere anche la valutazione di fattori non economici¹⁰⁰.

⁹⁸ MOTTA M., *Competition policy*, New York, Cambridge University Press, 2004, p. 30: "[...] I have argued that economic welfare is the objective competition authorities and courts should pursue. This brings me to define competition policy as 'the set of policies and laws which ensure that competition in the marketplace is not restricted in such a way as to reduce economic welfare' [...]. This does not imply that objectives or public policy considerations other than economic efficiency are not important, but more simply that if a government wanted to achieve them, it should not use competition policy but resort to policy instruments that distort competition as little as possible". ODUDU O., *The wider concerns*, cit., p. 613: "No claim is made that wider goals should not be pursued; rather, the wider goals must be pursued outwith competition law adjudication. The objection here is that to pursue them within competition law adjudication, absent a clear mandate to do so, seriously undermines the legitimacy of Union competition law".

⁹⁹ WITT A.C., *Public policy goals*, cit., p. 464: "The Court of Justice does not share the Commission's revised view that the legal objective of the competition rules is limited to enhancing material consumer welfare. It defines the function of the EU competition law more broadly as 'preventing competition from being distorted to the detriment of the public interest, individual undertakings and consumers, thereby ensuring the well-being of the European Union'. Consequently it does not share the Commission's new welfare-based concept of competitive harm either".

¹⁰⁰ In tal senso CGCE, sentenza del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval*, in *Raccolta*, 2007, I-11845, par. 105: "Poiché dunque la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato CE relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare, come risulta dall'art. 136 CE, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale". Più recentemente, CGCE, sentenza del 17 febbraio 2011, C-52/09, *Telia Sonera*, in *Raccolta*, 2011, I-527, par. 22: "Tali regole [art. 3 e 102 TFEU], infatti, hanno per l'esattezza la funzione di evitare che la concorrenza sia alterata a danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori, contribuendo in tal modo a garantire il benessere economico all'interno dell'Unione". Da ultimo, causa T-168/01, *GalaxoSmithKline Services v. Commissione*, in *Raccolta*, 2006, II-2969, successivamente appellata, e decisa da CGUE, sentenza del 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, in *Raccolta*, 2009, I-09291. Si veda paragrafi 63 e 64: "63. Da un lato, dalla detta disposizione non emerge minimamente che unicamente gli accordi che privino i consumatori di taluni benefici possono presentare un oggetto anticoncorrenziale. Dall'altro, si deve sottolineare che la Corte ha affermato che l'art. 81 CE, al pari delle altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi di concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale. Pertanto, l'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di un accordo non può essere subordinato alla circostanza che i consumatori finali siano privati dei benefici di una concorrenza efficace in termini di approvvigionamento o di prezzi (v., per analogia, sentenza *T-Mobile Netherlands e a.*, cit., punti 38 e 39). 64. Ne consegue che, subordinando l'esistenza di un oggetto anticoncorrenziale alla prova che le condizioni generali di vendita implicino inconvenienti per i consumatori finali ed escludendo l'esistenza di tale oggetto nelle condizioni medesime, il Tribunale è incorso in un errore di diritto". Commentando il ragionamento della Corte, Monti afferma che: "The CJEU rejected the thinking of consumer welfare as the sole predominant goal of European competition law, and instead pointed to a variety of goals, pointing out that the article 101 TFEU aims not only to protect the interests of competitors and consumers

Entrambe le soluzioni presentano vantaggi e svantaggi.

La posizione seguita dalla Commissione riduce l'ambito di discrezionalità delle autorità antitrust nazionali e, quindi, favorisce una maggiore uniformità nell'applicazione del diritto della concorrenza, inoltre, considerando solamente fattori economici semplifica il calcolo da effettuare per stabilire la prevalenza di elementi pro o anti-concorrenziali. Il retro della medaglia è che tale posizione risulta di difficile riconciliazione con il tenore letterale del Trattato ed, in particolare, con l'esistenza delle clausole trasversali. Al contrario, la posizione della Corte di Giustizia risulta maggiormente consistente con i contenuti generali del Trattato e rappresenta un mezzo di decisione delle controversie più veloce e puntuale al medesimo tempo; tuttavia, lascia aperto il rischio che l'applicazione delle norme a livello nazionale possa degenerare in un sistema parrocchiale e metta in pericolo l'uniformità dell'applicazione delle norme europee¹⁰¹.

Al di là della posizione che si intende sostenere, questa situazione di confusione risulta particolarmente negativa soprattutto considerata la attuale e perdurante crisi economica: gli operatori del mercato dovrebbero infatti poter agire in un contesto maggiormente prevedibile e certo ed è per questo che da più parti viene sollecitato un intervento risolutivo da parte delle istituzioni¹⁰².

Nell'attesa di tale presa di posizione da parte degli organi competenti al fine di risolvere una volta per tutte le contraddizioni ingenerate dall'attuale situazione normativa, pare particolarmente efficace la soluzione proposta da Monti¹⁰³.

L'autore fonda la sua argomentazione sulla presenza nel Trattato delle clausole trasversali che ritiene generino in capo alla Commissione il "dovere" di tenere in considerazione gli altri obiettivi comunitari, ma che non specificano quale "peso" essi debbano avere nel processo decisionale. Il dubbio sarebbe relativo ai rapporti reciproci fra quelli che definisce i "core-values" di cui all'art. 101 TFUE (ossia concorrenza ed efficienza economica) e gli altri valori non concorrenziali. Una

*but also the structure of the market and, in doing so, competition as such. These are very traditional aims of competition law and with the rejection of consumer welfare as the only goal of competition law, the GalaxoSmithKline case illustrates the difficulties of striking the right balance between article 101(1)TFEU and article 101(3)TFEU". L'A. conclude poi affermando che: "The CJEU has in GalaxoSmithKline rejected some very essential thinking behind the modernization and instead referred to more traditional goals of competition law, and some of the case law still seems to allow a balancing of non-competition goals under article 101 TFEU". MONTI G., *EU competition law from Rome to Lisbon*, cit., p. 112 ss. e giurisprudenza ivi citata.*

¹⁰¹ WITT A.C., *Public policy goals*, cit., p. 470.

¹⁰² TOWNLEY C., *Is there (still) room for non-economic arguments*, cit., p. 177: "I believe that the Commission should change the relevant parts of its guidance; they are generating confusion in the EU competition law world. This is particularly important in a time of decentralization; and, when the power of market is urgently needed to help us to deal with the myriad, significant public policy problems facing us today". Analogamente anche WITT A.C., *Public policy goals*, cit., p. 471: "The present economic crisis, with its many implications for economic and social welfare, is the perfect opportunity to re-evaluate and remedy the situation" e SUFRIN B., *The evolution of Article 81(3) of the EC Treaty*, in *Antitrust Bull.*, vol. 51, n. 4, 2006, p. 915-981 che nelle conclusioni afferma che la confusione sia ingenerata dalla esistenza stessa dell'art. 101(3): "the optimum solution to the problem of the meaning, scope, and operation of article 81(3) would be to rewrite article 81 entirely and start again. That seems impossible, but even if it were possible, it would be unlikely to resolve the difficulties of the interaction of competition policy with other Community goals".

¹⁰³ MONTI G., *Art. 81 an EC competition policy*, in *CMLR*, n. 39, 2002, par. 3 – *Competition and other community policies*, p. 1069 ss.

interpretazione *prima facie* delle disposizioni del Trattato indurrebbe a ritenere che i valori non concorrenziali abbiano un “peso” minore rispetto a quelli concorrenziali e che pertanto la Commissione non potrebbe legittimamente ammettere una condotta che persegua valori non concorrenziali, ma non rispetti i core-values di concorrenza ed efficienza. All’estremo opposto, si potrebbe immaginare di considerare tali valori non concorrenziali solo ove un accordo possa già beneficiare di un’esenzione: anche questa seconda soluzione risulta illegittima poiché in tal caso il loro ruolo sarebbe del tutto irrilevante. Parrebbe, dunque, che “il giusto peso” delle altre politiche comunitarie debba collocarsi in una posizione intermedia fra i due estremi appena richiamati¹⁰⁴.

In particolare, Monti afferma che la Commissione possa (e debba) considerare, ai fini dell’esenzione di un accordo, il contributo che questo apporta alla realizzazione di obiettivi non concorrenziali, a condizione che i core-values di concorrenza ed efficienza non siano a loro volta danneggiati: “*the Commission should use an agreement’s contribution to a Community policy as a means of exempting an agreement only when this would not undermine the core values of Article 81. This means that an agreement which contributes to a Community policy but is inefficient, or partitions the common market, should not be exempted*”¹⁰⁵.

In altre parole, secondo Monti, i valori non concorrenziali occuperebbero una posizione sussidiaria rispetto ai valori tradizionali: infatti, non sarebbero mai da soli sufficienti per ottenere un’esenzione, ma potrebbero diventarlo se “combinati” con i core values¹⁰⁶.

Ad una conclusione molto simile si giunge guardando al rapporto fra valori concorrenziali e ambientali non all’interno dell’articolo 101 TFEU, bensì dal punto di vista delle clausole trasversali e, in particolare, partendo proprio dal tenore letterale dell’art. 11 TFUE: “*Le esigenze connesse con la tutela dell’ambiente devono essere integrate nella definizione e nell’attuazione delle politiche e azioni dell’Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile*”. L’espressione “devono essere integrate”, nella versione inglese “*must be integrated*”, può essere interpretata in tre modi¹⁰⁷. Secondo un’interpretazione *molto forte*, il principio di integrazione farebbe del fattore ambientale un “*priority issue*”, di talché il conflitto fra politiche ambientali e altre politiche dovrebbe sempre essere risolto in favore delle prime¹⁰⁸. Secondo un’interpretazione

¹⁰⁴ *Id.*, p. 1070.

¹⁰⁵ Analogamente VEDDER H., *Competition law and the use of environmental agreements*, cit., p. 252: “*The fact that an agreement has purely environmental objective and does not intend to restrict or distort competition does not remove the agreement from the scope of article 81 if it nevertheless has an effect on competition*”.

¹⁰⁶ *Id.*, p. 1078: “*the core values are never undermined, but on the other hand a reduction in competition is tolerated when this contributes to the achievement of a community objective, provided that the agreement also improves efficiency*”.

¹⁰⁷ Si veda estensivamente DHONDT N., *Integration of environmental protection into other EC policies*, Groningen, Europa Law Publishing, 2003.

¹⁰⁸ DHONDT N., *Integration*, cit., par. 8.3. – *Priority interpretation of the integration concept*, p. 86 ss. Un’interpretazione simile era stata ventilata anche da Monti quando accennava al fatto che i valori ambientali avrebbero oramai raggiunto un’importanza tale da affiancarli e anche anteporli ai core-values per via della loro “superiorità normativa” sulle altre politiche europee: “*The most recent decisions in the field of environmental agreements come close to making environmental policy a “core” factor in competition cases. I have suggested that this is so because the Commission is transforming the definition of economic efficiency to include the concept of sustainable develop-*

debole, l'obbligo di integrare si ridurrebbe semplicemente al requisito procedurale di tenere in considerazione i fattori ambientali nella valutazione dei casi concreti, pur non dovendo poi necessariamente vincolarvi la decisione finale o, in altre parole, non imponendo all'organo decidente il dovere di adottare la soluzione maggiormente favorevole all'ambiente a scapito di altre aree¹⁰⁹. Infine, secondo una interpretazione *forte* del principio, l'integrazione implicherebbe l'obbligo di conformarsi ai valori ambientali e, di conseguenza, richiederebbe un necessario bilanciamento fra i diversi interessi in gioco, di modo che l'ambiente non debba prevalere sempre, come avverrebbe applicando l'interpretazione *molto forte*, ma possa farlo in alcuni casi e in presenza di determinate circostanze¹¹⁰.

Fra le tre opzioni quella "più plausibile" sarebbe la terza¹¹¹, la quale, peraltro, ben si allinea con le conclusioni di Monti per cui i fattori ambientali dovrebbero essere valutati e rispettati e la loro

ment. Another possible argument in support of the approach in these cases is that the duty imposed by Article 6 EC to integrate environmental protection in the Community policies and activities referred to in Article 3 EC means that environmental protection is normatively superior to the core values of EC competition law, and may thereby act as a "trump" to justify even anticompetitive environmental agreements if these are necessary to safeguard the environment".

¹⁰⁹ *Id.*, par. 8.4.2. – *Weak interpretation: 'must be taken into account'*, p. 90: "in sum, application of this interpretation in practice would not require that the institutions choose the (most) environmental friendly (no-conflict situation) or the least environmentally damaging way(s)(conflict situation) if achieving policy-specific objectives. The institution would have to evaluate or assess whether a (proposed) measure would cause (significant) environmental damage, but they would not be required to modify or annul the measure in the light of the evaluation or assessment".

¹¹⁰ *Id.*, par. 8.4.3. – *Strong interpretation: 'must be observed'*, p. 93 ss.

¹¹¹ *Id.*, par. 9.1.5. – *Comments: the most plausible interpretation and the underlying idea*, p. 105 ss: "It should be concluded that the strong interpretation is the most plausible one. [...] The institution will not be able to systematically disregard the environmental objectives and principles when formulating and implementing action relating to other policy areas. On the contrary, the environmental objective is to be pursued in a systematic way". Si rileva come anche Kingston, elaborando il primo degli argomenti della sua tesi, quello "legale-sistematico", aveva delineato la medesima triplice lettura del principio di integrazione, concludendo, tuttavia, che l'interpretazione da seguire avrebbe dovuto essere quella *molto forte*. Si veda KINGSTON S., *Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition Isn't Special*, in *European Law Journal*, vol. 16, n. 6, 2010, pp. 789: "Instead, a systematic approach to interpreting Article 11 TFEU demands an approach akin to Interpretation 3 [the strongest interpretation]: policy makers must prioritise environmental protection in defining and implementing EU policies at all stages, including the stage of initial policy formulation. This demands the choice of an environmentally friendly policy option even when the sector's policy objectives mean that such an option would not otherwise normally be considered. This, it is submitted, follows from a systematic interpretation of the integration principle. More broadly, it fits with the message now sent by the overwhelming majority of scientific opinion that, if a 'business as usual' approach is taken by governments, meaning that environmental concerns play only a subsidiary role in their policy making, environmental disaster is imminent. It also fits with the economic perspective that, as sufficient environmental resources are a fundamental prerequisite for our economies to keep functioning, irreversible depletion of such resources will come at a high cost, leaving future generations with the (potentially impossible) task of picking up the bill for the damage. This broader point is at the heart of the argument based on environmental economics outlined below". L'A., tuttavia, precisa che tale approccio sia valido solo nei casi di conflitto apparente, mentre risulti comunque insufficiente a risolvere casi di conflitto "reale" per i quali dovrà ulteriormente intervenire il principio di proporzionalità. Quindi, qualora la politica ambientale in discussione risulti essere l'opzione meno restrittiva della concorrenza in grado di raggiungere l'obiettivo ambientale prefissato, tale politica dovrà essere ammessa: "Where it is possible to interpret the treaty competition provisions in a way that favors environmental protection, and there is a conflict with the goals of competition policy, then the proportionality principle applies. That is, where a (private or

integrazione dovrebbe essere riflessa nella decisione finale, seppur a condizione che la condotta in questione non danneggi o riduca la portata dei core-values di concorrenza ed efficienza.

In altre parole, dunque, attuando l'integrazione delle politiche ambientali in quelle economiche nei limiti individuati da quest'ultima soluzione, pare di poter affermare che concorrenza e ambiente non sarebbero realmente in contrasto fra loro e che, anzi, esisterebbero ampi spazi per un loro reciproco rafforzamento¹¹².

5. Conclusioni.

Con queste considerazioni si conclude l'illustrazione generale del problema della "convivenza" delle politiche ambientali con quelle della concorrenza.

Nei capitoli seguenti si cercherà di mostrare come questa continua tensione fra principi influenzi grandemente la disciplina dei servizi pubblici locali ambientali e sia all'origine della sua complessità e, in buona misura, anche della sua instabilità. Per farlo, si procederà all'esame dei problemi adottando un approccio eminentemente pratico: lo studio delle singole tematiche avrà come filo conduttore l'ormai vasta casistica giurisprudenziale europea e nazionale limitatamente, però, al solo settore della gestione dei rifiuti che, fra i tanti servizi locali ambientali esistenti, è stato selezionato proprio in virtù della sua rilevanza sia dal punto di vista ambientale che da quello economico.

state) measure is suitable to achieve EU's environmental policy objectives, and there is no way of achieving these objectives that is less restrictive of competition, there measure should be allowed under EU competition law".

¹¹² BOUTE A., *Environmental Protection and EC Anti-Trust Law: The Commission's Approach for Packaging Waste Management Systems*, in *RECIEL*, vol. 15, n. 2, 2006, p. 147: "Although the protection of the environment appears at first sight to conflict with the principle of undistorted competition, one can, however, state that theoretically these two fields relate with each other in a mutually reinforcing way'. Provided there is a proper functioning of the market, where all externalities are internalized according to the polluter-pays principle, unrestricted competition would be highly desirable from an environmental point of view. It would impose pressure on enterprises to use and develop less polluting techniques. Once environmental considerations are internalized, competition can then be considered as the following step on the way to sustainability".

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.

Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"

di CORBETTA SERENA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

PARTE I Profili introduttivi

CAPITOLO II Introduzione al ciclo integrato dei rifiuti

SOMMARIO: 1. – Il problema dell’aumento delle quantità di rifiuti prodotti. 2. – Rilevanza ambientale ed economica del settore dei rifiuti. 3. – Come gestire i rifiuti: indicazioni dall’UE. 3.1. – Prevenzione della produzione di rifiuti. 3.1.1. – Scarsa efficacia delle misure di riduzione dei rifiuti alla fonte. 3.2. – Recupero e riciclaggio. 4. – La raccolta differenziata, ovvero la base delle attività di recupero e riciclaggio. 4.1 – Segue: la raccolta differenziata dei rifiuti da imballaggio. 5. – Gestione integrata dei rifiuti: individuazione dei mercati rilevanti. Considerazioni generali. 5.1. – (segue) Gestione integrata dei rifiuti: individuazione dei mercati rilevanti. La filiera dei rifiuti di imballaggio. 6 – Conclusione.

1. Il problema dell’aumento delle quantità di rifiuti prodotti.

La gestione dei rifiuti rappresenta uno dei maggiori problemi delle società moderne¹: principale output del benessere e del consumismo, l’enorme quantità di rifiuti prodotti ogni anno da ciascuno di noi e la loro gestione ambientalmente sostenibile costituisce a detta della stessa Comunità Europea un vero e proprio “grattacapo”² soprattutto in considerazione della sua continua crescita³.

L’incremento delle quantità di rifiuti che caratterizza la società moderna è ricollegabile ad una serie di fattori socioeconomici.

In primo luogo, rileva il modo di rapportarsi ai prodotti: oggi molto spesso si ricorre ai c.d. prodotti monouso o “usa e getta” e, in generale, la vita dei prodotti si è notevolmente ridotta in quan-

¹ Occorre, tuttavia, precisare che la produzione di rifiuti è da sempre una conseguenza ineliminabile di pressoché tutte le attività antropiche, ma solamente in tempi recenti è divenuto un “problema ambientale” in senso stretto, ossia inteso quale fattore di degrado dell’ecosistema nel suo complesso per via 1. delle dimensioni assunte dal fenomeno della produzione dei rifiuti, 2. delle caratteristiche costitutive dei “nuovi” rifiuti, nonché 3. della loro interdipendenza dalla crescita economica. CALISSE A., *La gestione dei rifiuti ed il riciclo dei materiali: tra tutela dell’ambiente e libero mercato*, in PIEROBON A., *Nuovo manuale di diritto e gestione dell’ambiente – analisi giuridica, economica, tecnica e organizzativa*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012, p. 469.

² Si veda <http://ec.europa.eu/environment/waste/>: “As European society has grown wealthier it has created more and more rubbish. Each year in the European Union alone we throw away 3 billion tonnes of waste - some 90 million tonnes of it hazardous. This amounts to about 6 tonnes of solid waste for every man, woman and child, according to Eurostat statistics. It is clear that treating and disposing of all this material - without harming the environment - becomes a major headache”.

³ EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL ENVIRONMENT, *Preparing a Waste Prevention Programme - Guidance document*, October 2012, available at <http://ec.europa.eu/environment/waste/prevention/pdf/Waste%20prevention%20guidelines.pdf>: “Waste is a key environmental, social and economic issue and a growing problem, the amount of waste generated in Europe continuing to rise each year”.

to, rispetto al passato, essi non vengono più pensati per essere “riparati”, ma per essere direttamente sostituiti dopo il loro uso da prodotti equivalenti, ma nuovi⁴.

In secondo luogo, le modifiche socio-culturali intervenute negli ultimi decenni hanno modificato la struttura dei nuclei familiari che, da numerosi che erano, sono passati all’essere molto ristretti, o addirittura unipersonali (basti considerare il fenomeno dei “single”), situazioni queste che l’evidenza empirica dimostra favoriscano la produzione di maggiori quantitativi di rifiuti⁵.

Infine, e soprattutto, il generale miglioramento delle condizioni di vita e la crescita economica che hanno avuto luogo dalla Rivoluzione Industriale sino ad oggi, si sono dimostrati così strettamente collegati alla produzione di rifiuti, tanto da essere ormai divenuti l’uno sinonimo dell’altro. Ben conscia di questa condizione patologica, la Comunità Europea ha inserito la *dissociazione* (anche *decoupling* o *de-linking*) della produzione dei rifiuti dalla crescita economica fra i principali obiettivi della *Strategia dell’Unione Europea per lo sviluppo sostenibile*⁶.

Tale obiettivo viene anche espressamente individuato dalla Direttiva Quadro sui rifiuti n. 2008/98/CE (“Direttiva Quadro”)⁷, il cui articolo 29 a tal proposito prevede l’adozione di appositi piani e programmi di gestione dei rifiuti⁸.

⁴ Per un’interessante analisi sociologica della “questione dei rifiuti”, si rimanda a VIALE G., *Governare i rifiuti – difesa dell’ambiente, creazione dell’impresa, qualificazione del lavoro, sviluppo sostenibile, cultura materiale e identità sociale dal mondo dei rifiuti*, Torino, Bollati Boringhieri, 1999. Nel capitolo secondo dell’opera, l’A., ricercando le motivazioni per cui la questione dei rifiuti ha assunto importanza progressivamente crescente, individua una ragione quantitativa, legata alla magnitudine del problema (“... si producono troppi rifiuti e non si sa più dove metterli. [...] è un problema planetario (in termini ambientali) o globale (in termini economico-sociali). [...] non riguarda solo i rifiuti solidi, [...] ma tutti gli scarti e i residui di attività antropiche: cioè anche i reflui [...] e anche le emissioni”) e una qualitativa, legata alla scarsità delle risorse del pianeta (siano esse risorse rinnovabili o meno) sulle quali preme lo sviluppo economico in quanto esse sono alla base di qualsiasi attività antropica.

⁵ Si veda anche EUROPEAN COMMISSION, *Being wise with waste: the EU’s approach to waste management*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010, p. 4: “Why the rising waste levels? As European society has grown wealthier it has created more and more rubbish. Higher living standards mean that people are buying more products. There are also more single-person households which tend to produce more waste per person than families or groups. Consumption has changed dramatically. Today, consumers have much more choice and products are designed to have shorter lifespans. There are also many more single-use and disposable products. Advances in technology mean that people own and use many more personal devices, and update them more often. These lifestyle changes may have increased our quality of life, but they also mean we are generating more waste than ever before”.

⁶ Si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore - strategia dell’Unione Europea per lo sviluppo sostenibile: Comunicazione della Commissione*, 15.05.2001, COM(2001)264 def., p. 13 che prevedeva il raggiungimento dell’obiettivo della dissociazione mediante lo sviluppo di una *politica integrata dei prodotti in collaborazione con le imprese per ridurre l’utilizzo delle risorse e l’impatto dei rifiuti sull’ambiente*. La strategia europea per lo sviluppo sostenibile del 2001 è stata poi rivista nel 2005 con la *Comunicazione della Commissione Europea al Consiglio, al Consiglio e al Parlamento Europeo sul riesame della strategia per lo sviluppo sostenibile – Una piattaforma d’azione*, 13.12.2005, COM/2005/658 definitivo e completata con il principio di integrazione della problematica ambientale nelle politiche europee aventi un impatto sull’ambiente.

⁷ La direttiva quadro sui rifiuti è intervenuta riorganizzando la legislazione europea in tema di rifiuti in vigore sino a quel momento. In particolare, essa va a sostituirsi (mediante abrogazione) alla direttiva 2006/12/CE (che a propria volta seguiva alla prima direttiva quadro n. 1975/442/CE modificata dalla direttiva 1991/156/CE) e alla direttiva 1991/689/CE concernente i rifiuti pericolosi. Molti dei principi contenuti nella direttiva 2008/98/CE quindi sono mutuati dalla precedente legislazione, tuttavia, per semplicità, ai fini del presente lavoro, non occorre riprendere in dettaglio la normativa che precede quest’ultima direttiva.

Nello stesso senso si orienta l'approccio contenuto nel *Sesto Programma di Azione per l'Ambiente*⁹, recentemente sostituito dal *Settimo Programma di Azione per l'Ambiente*¹⁰, i quali pongono la gestione sostenibile delle risorse e dei rifiuti fra le quattro aree di intervento prioritarie della Comunità Europea (insieme a cambiamento climatico, biodiversità, rapporto ambiente e salute) e si pongono come primario obiettivo proprio “*to decouple waste generation from economic activity*”¹¹.

In conformità con i contenuti di cui al Sesto Programma di Azione per l'Ambiente, infine, la *Strategia tematica per l'uso sostenibile delle risorse naturali*¹² propone il disaccoppiamento di produzione di rifiuti e crescita economica quale fondamentale obiettivo di lungo termine (con un orizzonte di 25 anni), traducendolo in termini pratici nella riduzione degli impatti ambientali per unità di risorsa utilizzata con contestuale miglioramento della produttività delle risorse in tutta l'economia dell'UE.

A livello nazionale, con decreto del 7 ottobre 2013¹³, la dissociazione della crescita economica dagli impatti ambientali connessi alla produzione dei rifiuti è stata posta al centro del *Programma nazionale di prevenzione dei rifiuti* adottato dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Terri-

⁸ L'art. 29 della Direttiva 2008/98/CE recante programmi di prevenzione dei rifiuti, al comma secondo precisa letteralmente che “*lo scopo di tali obiettivi e misure è di dissociare la crescita economica dagli impatti ambientali connessi alla produzione dei rifiuti*”. Il successivo comma terzo, inoltre, stabilisce che gli stati membri possano stabilire appropriati specifici parametri qualitativi o quantitativi per le misure di prevenzione dei rifiuti, adottate per monitorare e valutare i progressi realizzati nell'attuazione delle misure oltre che stabilire propri traguardi e indicatori qualitativi o quantitativi.

⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Ambiente 2010: il nostro futuro, la nostra scelta - Sesto programma di azione per l'ambiente: Comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni sul Sesto programma di azione per l'ambiente della Comunità europea*, 24.01.2001, COM(2001)0031 def., relativo al periodo compreso fra il 22 luglio 2002 e il 21 luglio 2012, e PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, *Decisione n. 1600/2002/CE del 22 luglio 2002 che istituisce il Sesto Programma comunitario di azione in materia di ambiente*.

¹⁰ Il Settimo Programma di Azione per l'ambiente, “*Vivere bene, entro i limiti del nostro pianeta*”, dopo circa un anno di lavori preparatori, è stato licenziato il 20 novembre 2013 con la decisione del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 1386/2013/UE e contiene la strategia europea sullo sviluppo sostenibile sino al 2020 riprendendo gli obiettivi fissati dal sesto programma che non sono stati raggiunti e proseguendo nel percorso di sviluppo sostenibile precedentemente tracciato. PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO EUROPEO, *Vivere bene, entro i limiti del nostro pianeta: Decisione del Parlamento Europeo e del Consiglio su un programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020*, decisione n. 1386/2013/UE del 20.11.2013, in G.U.U.E. L 354/171 del 28.12.2013, EUROPEAN COMMISSION, *European Commission welcomes the 7th Environment Action Programme becoming law*, Brussels, 20.11.2013, MEMO/13/1020, available at http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-1020_en.htm.

¹¹ Si veda <http://ec.europa.eu/environment/waste/>.

¹² COMMISSIONE EUROPEA, *Strategia tematica per l'uso sostenibile delle risorse naturali: Comunicazione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni*, 21.12.2005, COM(2005)670 def.

¹³ Decreto Direttoriale del 7 ottobre 2013, Adozione e approvazione del *Programma Nazionale di Prevenzione dei Rifiuti*, in G.U. del 18.10.2013, n. 245, disponibile su http://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/normativa/dm_07_10_2013_programma.pdf. Il programma è stato adottato conformemente a quanto disposto dall'articolo 180 del d.lgs. 152/2006, comma 1 bis. Si evidenzia come il successivo articolo 199, comma 3, lett. r) del d.lgs. 152/2006, relativo ai piani regionali preveda espressamente che: “*le misure e gli obiettivi [del programma regionale di prevenzione della produzione dei rifiuti] sono finalizzati a dissociare la crescita economica dagli impatti ambientali connessi alla produzione di rifiuti*”.

torio e del Mare (MATTM) al fine di raggiungere entro il 2020 gli obiettivi di riduzione della produzione di rifiuti stabiliti dall'Unione Europea¹⁴.

Nonostante i numerosi interventi citati, l'obiettivo del disaccoppiamento è ancora lontano dall'essere raggiunto¹⁵ probabilmente per via del carattere *trasversale* degli interventi che la realizzazione di tale strategia di prevenzione comporta: la rottura del legame fra crescita economica e produzione di rifiuti presuppone, infatti, l'adozione di misure che travalicano il segmento della filiera che concerne strettamente la gestione dei rifiuti comprendendo anche le fasi a monte e, quindi, coinvolgendo anche altre normative di settore che esulano da quella specificamente dedicata ai rifiuti¹⁶.

¹⁴ Il programma nazionale di prevenzione dei rifiuti fissa i seguenti obiettivi: meno 5% rispetto ai valori registrati nel 2010 per la produzione di rifiuti urbani per unità di PIL; meno 10% rispetto al 2010 per la produzione di rifiuti speciali pericolosi per unità di PIL; meno 5% sempre in riferimento al dato 2010 per la produzione di rifiuti speciali non pericolosi per unità di PIL. Conformemente a quanto indicato nelle linee guida europee, inoltre, il programma individua (par. 5.1. ss.) anche le seguenti misure di carattere generale/orizzontale volte a contribuire al successo delle politiche di prevenzione nel loro complesso: 1. La produzione sostenibile; 2. L'introduzione dei *green public procurements*; 3. Il riutilizzo; 4. L'informazione, sensibilizzazione ed educazione; 5. L'uso di strumenti economici, fiscali e di regolamentazione; 6. Promozione della ricerca. Infine, accanto a queste misure generali/orizzontali, viene sviluppata una strategia focalizzata su alcune tipologie di rifiuti che vengono considerate "prioritarie" per via della loro rilevanza quantitativa rispetto al flusso totale dei rifiuti prodotti o alla loro suscettibilità di essere ridotti con facilità ed in modo efficiente (par. 6.1. ss.). Tra le tipologie prioritarie di rifiuti, come si vedrà più oltre, rientrano anche i rifiuti di imballaggio.

¹⁵ Sulle difficoltà di raggiungere l'obiettivo della dissociazione, si segnalano i seguenti contributi: MAZZANTI M., *Is waste generation de-linking from economic growth? Empirical evidence for Europe*, in *Applied Economics Letters*, 2008, 15, pp. 287-291 e MAZZANTI M., et al., *Municipal waste generation and the EKC hypothesis new evidence exploiting province-based panel data*, in *Applied Economics Letters*, 2009, 16, 719-725. Nel primo contributo, l'A., analizzando una serie di dati relativi al settore dei rifiuti di imballaggio in diversi Stati europei, afferma che l'inversione della relazione fra rifiuti e reddito/consumo in Europa sia ancora lontana dall'essere raggiunta. Secondo l'A., l'assenza di un forte processo di de-linking degli indicatori esaminati sarebbe riconducibile alla mancanza di specifici target relativi alla riduzione dei rifiuti alla fonte e a quella di specifici obiettivi di riciclo. Nel secondo contributo, specificamente dedicato alla produzione di rifiuti urbani in Italia, l'A. afferma che le misure adottate non hanno ancora avuto impatti sulla generazione di rifiuti. Sempre sul tema della dissociazione, si segnala anche SJÖSTRÖM M., ÖSTBLÖM G., *Decoupling waste generation from economic growth — A CGE analysis of the Swedish case*, in *Ecological Economics*, 69, 2010, pp.1545-1552. In questo contributo, gli autori, mettono a confronto due differenti scenari che considerano la relazione rifiuti/crescita economica per il periodo 2006/2030 in Svezia. Nel primo scenario si prevede l'andamento che gli indicatori avrebbero se si applicassero i dati storicamente registrati; il secondo, invece, modifica i dati storici in maniera da garantire l'effettivo decoupling degli indicatori. Dal confronto emerge che per raggiungere tale obiettivo, la riduzione della produzione dei rifiuti dovrebbe raddoppiare rispetto a quanto storicamente avvenuto sino ad oggi.

¹⁶ Si veda *Programma Nazionale di Prevenzione dei Rifiuti*, p. 8, in cui, dopo il richiamo alla definizione di "prevenzione" offerta dalla Direttiva 2008/98/CE, a mente della quale essa comprende "le misure prese prima che una sostanza, un materiale o un prodotto sia diventato un rifiuto, che riducono: a) la quantità dei rifiuti, anche attraverso il riutilizzo dei prodotti o l'estensione del loro ciclo di vita; b) gli impatti negativi dei rifiuti prodotti sull'ambiente e la salute umana; oppure c) il contenuto di sostanze pericolose in materiali e prodotti", si legge: "Da questa definizione emerge sia il duplice aspetto qualitativo e quantitativo della prevenzione, sia il carattere trasversale della stessa rispetto a tutto il sistema economico. Inoltre, la prevenzione si caratterizza per il fatto che, sebbene sia disciplinata all'interno della direttiva 2008/98/CE e della parte IV del d.lgs. 152/2006, in realtà coinvolge le fasi della produzione e del consumo che sono a monte della gestione dei rifiuti. Pertanto, la disciplina della prevenzione dei rifiuti trova una sua articolazione anche con riferimento a normative di settore che esulano da quella specifica sui rifiuti".

2. Rilevanza ambientale, sociale ed economica del settore dei rifiuti.

In termini di rilevanza ambientale, la crescita dei consumi e della produzione di rifiuti pone problemi di eccessive pressioni sugli ecosistemi sfruttati, da un lato, quali fonti di approvvigionamento di materie prime e, dall'altro, quali recettori dei rifiuti prodotti¹⁷. Non solo; i rifiuti sono una delle principali fonti generatrici di sostanze inquinanti che favoriscono il surriscaldamento globale e il cambiamento climatico (in particolare di metano). Infine, molti dei rifiuti prodotti continuano a contenere sostanze pericolose che mettono a rischio la salute pubblica e deteriorano, a volte in maniera irreversibile, l'ambiente¹⁸.

Dal punto di vista economico, si rileva come per millenni, le attività di riuso e riciclo di alcuni materiali (quali ad esempio i metalli rari o preziosi, il vetro, le stoffe, la carta), risultando più vantaggiose rispetto all'impiego di materiali vergini, sono state ampiamente sviluppate, tanto che hanno dato vita a vere e proprie industrie autonome e molto redditizie¹⁹, mentre la gestione delle altre tipologie di rifiuti avveniva quasi esclusivamente ricorrendo alla discarica.

Con la rivoluzione industriale, la produzione dei rifiuti ha subito importanti modifiche lungo le tre direttrici del loro aumento in termini quantitativi, della loro pericolosità e della loro interdipendenza con la crescita economica. Questa evoluzione ha causato la progressiva incapacità di gestire e valorizzare la maggior parte delle tipologie di rifiuti, creando situazioni emergenziali che hanno portato ad attribuire ai rifiuti un valore esclusivamente negativo per via dei costi derivanti dalle problematiche ambientali, sanitarie e sociali ad essi associate²⁰.

Solo negli ultimi anni si sta progressivamente rivisitando il concetto di "rifiuto-risorsa" in chiave moderna, nel tentativo di applicarlo al maggior numero possibile di tipologie di rifiuto e non solo a quelle tradizionalmente valorizzate²¹.

¹⁷ DE LEONARDIS F., *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*, pp. 303- 317, in ROSSI G., a cura di, *Diritto dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2011.

¹⁸ Unitamente alle quantità di rifiuti prodotti, esponenzialmente maggiori rispetto al passato, si denota anche una modifica nella loro composizione: non si tratta più solamente di sostanze organiche, materiali inerti, tessuti, metalli, vasellame e altri elementi facilmente "riassorbibili" dagli ecosistemi, bensì di materiali non biodegradabili (quali plastiche, gomme, fibre), spesso nocivi per la salute e pericolosi per l'ambiente. Sul punto si veda CALISSE A., *La gestione dei rifiuti*, cit., p. 469.

¹⁹ VIALE G., *Governare i rifiuti – difesa dell'ambiente, creazione dell'impresa, qualificazione del lavoro, sviluppo sostenibile, cultura materiale e identità sociale dal mondo dei rifiuti*, Torino, Bollati Boringhieri, 1999 e VIALE G., *Azzerare i rifiuti*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, CALISSE A., *La gestione dei rifiuti*, cit., p. 470 ss: "Per millenni il rifiuto non è stato rappresentato in termini di problema [...]. Il riciclo (o riuso) dei rifiuti (o materiali) compare, quale attività economica autonoma, indipendente da qualsivoglia logica ambientale, prima che il rifiuto divenisse un problema ambientale. Pertanto il "rifiuto-risorsa" non è un concetto moderno, ma un'attività economica storica [...]. Dalla metà dell'Ottocento (Rivoluzione industriale) il rifiuto comincia progressivamente a diventare un problema".

²⁰ In termini economici, infatti: "Waste means something whose market value is lower than zero: its owner is willing to pay in order to get rid of it, and nobody is willing to pay a positive price for having it". Sul punto, si richiama MASSARUTTO A., *The brown side of the green economy: urban garbage and the zero waste utopia*, in *Economics and policy of energy and the environment*, n. 3, 2012, p. 83.

²¹ EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL ENVIRONMENT, *Preparing a Waste Prevention Programme*, cit., par. 1.1., p. 5: "Waste represents resources (energy, paper, oil, precious metals, etc.) of which we have a limited quantity. A new perception of resources is key to tackling the waste problem".

La centralità dell'industria dei rifiuti dal punto di vista economico e sociale nonché il suo dinamismo e la sua costante crescita emergono chiaramente se si confrontano, ad esempio, i dati relativi alle stime di fatturato ed all'occupazione.

Nella *Strategia tematica sulla prevenzione e il riciclaggio dei rifiuti* del 2005, le stime di fatturato del settore superavano i 100 miliardi di Euro per l'UE a 25, mentre in termini occupazionali le proiezioni si assestavano fra 1,2 e 1,5 milioni di posti di lavoro²²; a soli tre anni dalla pubblicazione della strategia tematica sulla prevenzione e il riciclaggio dei rifiuti, stando ai dati rilevati dalla Commissione, il fatturato annuo saliva a 145 miliardi di Euro per un totale di circa 2 milioni di posti di lavoro²³.

Facendo riferimento allo specifico caso italiano, recenti studi dimostrano che, nonostante l'andamento marcatamente negativo del ciclo economico nazionale e il quadro di forte recessione della nostra economia, il settore della gestione dei rifiuti *“riesce a conservare ancora delle marcate caratteristiche anticicliche positive, quali ad esempio il mantenimento dei livelli di occupazione, l'aumento del valore della produzione, l'incremento dei risultati della gestione, la conservazione e lo sviluppo del patrimonio netto e degli assets di settore”*²⁴. In termini numerici, l'importanza del settore dell'igiene urbana nel nostro Paese è fuor di dubbio: al 2012, la produzione complessiva si assestava a 9,43 miliardi di euro, cifra corrispondente allo 0,6% del PIL, il numero delle aziende attive nel settore era di 409 di cui ben il 71% costituito da monoutilities che contavano ben 54.291 addetti, anche se il numero complessivo dei soggetti impiegati nel settore saliva a 68.536 unità considerando il contributo delle multiutilities²⁵.

Le dimensioni sociali ed economiche del settore dei rifiuti portano oggi a ritenerli una risorsa il cui pieno sfruttamento non è ancora stato raggiunto²⁶. Secondo lo studio *Implementing EU Waste Legislation for Green Growth*²⁷, realizzato nel 2011 per conto della DG Environment della Commissione Europea, infatti, la piena attuazione della legislazione europea sui rifiuti consentirebbe di risparmiare 72 miliardi di Euro all'anno, di incrementare di 42 miliardi di Euro il fatturato annuo del settore della gestione e del riciclaggio dei rifiuti e di creare oltre 400.000 posti di lavoro entro il 2020.

²² COMMISSIONE EUROPEA, *Portare avanti l'utilizzo sostenibile delle risorse: una strategia tematica sulla prevenzione e il riciclaggio dei rifiuti: Comunicazione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni*, 21.12.2005, COM(2005)666 def.

²³ Si veda http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-369_it.htm

²⁴ FEDERAMBIENTE, UTILITATIS, *Green book 2014 – aspetti economici della gestione dei rifiuti in Italia*, Noè Edizioni Multimedia, Roma, 2014, sintesi, p. 10 ss.

²⁵ *Id.*

²⁶ Si veda http://ec.europa.eu/italia/attualita/primo_piano/ambiente/sprechi_rifiuti_it.htm

²⁷ MONIER V., HESTIN M., O'CONNOR C., et al, *Implementing EU Waste Legislation for Green Growth*, Final Report prepared for European Commission DG ENV, BIO Intelligence Service, 29.11.2011, available at <http://ec.europa.eu/environment/waste/studies/pdf/study%2012%20FINAL%20REPORT.pdf>, p. 11.

Anche il commissario europeo per l'ambiente, Janez Potočnik, nell'aprile del 2012, ad esito della *Revisione della strategia tematica sulla prevenzione e il riciclaggio dei rifiuti*²⁸, ha dichiarato: “*I rifiuti sono troppo preziosi per essere semplicemente buttati via: con una gestione oculata è possibile reiniettarne il valore nell'economia. In sei Stati membri*²⁹ *uno smaltimento in discarica pari praticamente a zero si associa oggi a percentuali di riciclo elevate. In tal modo questi Stati non soltanto sfruttano il valore dei rifiuti, ma hanno contestualmente creato anche industrie fiorenti e numerosi posti di lavoro. La relazione illustra come ci sono riusciti: aumentando l'attrattiva economica della prevenzione, del riutilizzo e del riciclaggio mediante strumenti economici selezionati. Condividiamo oggi con gli Stati membri e gli enti locali la responsabilità comune di far sì che tali strumenti siano usati efficacemente e diffusi in tutta l'UE. È questo uno degli obiettivi centrali della Tabella di marcia verso l'impiego efficiente delle risorse*”³⁰.

3. Come gestire i rifiuti: indicazioni dall'UE.

Chiarita l'importanza del settore dei rifiuti, è ora possibile passare all'analisi delle metodologie proposte dall'Unione Europea al fine di raggiungere gli obiettivi della loro gestione ambientalmente compatibile e della massimizzazione della loro valorizzazione economica.

In termini generali, i criteri per la gestione dei rifiuti sono individuati dalla citata Direttiva Quadro che stabilisce una vera e propria *gerarchia dei rifiuti*³¹, vale a dire un ordine di priorità fra le diverse alternative disponibili in termini di migliore opzione ambientale³².

A mente dell'art. 4 della Direttiva Quadro, gli Stati membri devono perseguire i target ambientali stabiliti a livello europeo operando in primo luogo sulla *prevenzione* della produzione di rifiuti, in secondo luogo sulla loro preparazione al riutilizzo, in terzo luogo sul loro riciclaggio, in quarto luogo sul loro recupero (prediligendo il recupero di materia al recupero energetico) e, solo in ultima analisi, ricorrendo allo smaltimento.

All'opzione dello smaltimento, peraltro, già con la Direttiva 1999/31/CE relativa alle discariche di rifiuti, venivano preferite la prevenzione, il riciclaggio e la valorizzazione dei rifiuti oltre che l'impiego dei materiali e dell'energia recuperati, metodi che venivano espressamente definiti co-

²⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and social Committee and the Committee of the Regions on the Thematic Strategy on the Prevention and Recycling of Waste*, 19.01.2011, COM(2011)13 final.

²⁹ Si tratta di Belgio, Danimarca, Germania, Austria, Svezia e Paesi Bassi.

³⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Ambiente: l'alchimia dei rifiuti – come alcuni Stati membri li tramutano in risorsa*, Comunicato stampa, 16.04.2012, IP/12/369.

³¹ Direttiva 2008/98/CE, considerando n. 31: “*La gerarchia dei rifiuti stabilisce in generale un ordine di priorità di ciò che costituisce la migliore opzione ambientale nella normativa e politica dei rifiuti, tuttavia discostarsene può essere necessario per flussi di rifiuti specifici quando è giustificato da motivi, tra l'altro, di fattibilità tecnica, praticabilità economica e protezione dell'ambiente*”.

³² GIAMPIETRO F., *Commento alla direttiva 2008/98/CE sui rifiuti. Quali modifiche al codice dell'ambiente*, Wolters Kluwer Italia, 2009, cap. 9, *Gerarchia dei rifiuti*, pp. 236 ss. La disposizione europea è recepita dall'art. 179 d.lgs. 152/2006 recante *criteri di priorità nella gestione dei rifiuti*.

me opportuni e da incoraggiare³³. Con particolare riferimento ai rifiuti biodegradabili, inoltre, sempre la direttiva 1999/31/CE collegava espressamente la riduzione della quantità di rifiuti collocati in discarica all'aumento della raccolta differenziata, della cernita di genere e delle attività di recupero e riciclaggio³⁴.



Grafico tratto da
<http://ec.europa.eu/environment/waste/framework/>

3.1. Prevenzione della produzione di rifiuti.

Conformemente alle indicazioni del legislatore comunitario, dunque, il primo strumento al quale ricorrere è quello della riduzione dei rifiuti alla fonte o *waste prevention*.

La prevenzione dei rifiuti alla fonte consiste nell'insieme delle misure prese *prima* che una sostanza, un materiale o un prodotto sia diventato un rifiuto e finalizzate a ridurre: a) la quantità dei rifiuti, anche attraverso il riutilizzo dei prodotti o l'estensione del loro ciclo di vita; b) gli impatti negativi dei rifiuti prodotti sull'ambiente e la salute umana; oppure c) il contenuto di sostanze pericolose in materiali e prodotti. Rientrano nel concetto di prevenzione anche il "*riutilizzo*", ossia l'insieme delle operazioni attraverso le quali prodotti o componenti che non sono rifiuti sono reimpiegati per la stessa finalità per la quale erano stati concepiti; e la "*preparazione per il riutilizzo*", ossia l'insieme delle operazioni di controllo, pulizia e riparazione attraverso cui prodotti o componenti di prodotti diventati rifiuti sono preparati in modo da poter essere reimpiegati senza altro pretrattamento³⁵.

Come si preciserà di qui a poco, la prevenzione della produzione dei rifiuti costituisce una strategia assai complessa in quanto influenza l'intero ciclo di vita dei prodotti dall'estrazione delle materie prime, allo smaltimento dei rifiuti derivanti dai prodotti, passando per tutte le fasi intermedie

³³ Direttiva 1999/31/CE, terzo considerando: "Considerando che è opportuno incoraggiare la prevenzione, il riciclaggio e la valorizzazione dei rifiuti, nonché l'impiego dei materiali e dell'energia recuperati al fine di risparmiare le risorse naturali e di economizzare l'utilizzazione del terreno".

³⁴ Direttiva 1999/31/CE, diciassettesimo considerando: "Considerando che le misure adottate per ridurre il collocamento a discarica di rifiuti biodegradabili mirerebbero anche a incoraggiare la raccolta differenziata dei rifiuti biodegradabili, la cernita di genere, il recupero e il riciclaggio".

³⁵ Direttiva 2008/98/CE, art. 3 – definizioni, art. 11 – riutilizzo e riciclaggio. La norma interna di riferimento è l'art. 180bis – riutilizzo di prodotti e preparazione per il riutilizzo dei rifiuti.

di progettazione, produzione, distribuzione e consumo dei prodotti³⁶. Senza contare che l'efficacia delle soluzioni individuate dipende dalla loro applicazione a livello globale e rischia di essere compromessa in caso di attuazione non uniforme o frammentata³⁷.

Inoltre, la realizzazione di tale approccio preventivo presuppone l'individuazione di soluzioni innovative rispetto a quelle attualmente in essere, ingenti investimenti in ricerca al fine di mettere a punto nuove tecnologie e modifiche radicali del sistema industriale³⁸, operazioni queste che richiedono tempi lunghi e processi di sviluppo complessi e molto costosi.

A causa dei notevoli oneri economici e organizzativi che tale strategia di waste management comporta per i vari operatori economici, la sua adozione non è stata spontanea, ma ha richiesto uno stimolo regolatorio da parte del legislatore europeo.

Ci si trovava, infatti, di fronte a un tipico caso di *fallimento di mercato*, ossia ad una situazione in cui il prezzo finale dei beni non riflette autonomamente tutte le voci di costo ad esso associabili: nello specifico non era considerato il costo derivante dal deterioramento dell'ambiente dovuto, da un lato, allo sfruttamento delle materie prime e, dall'altro, alla presenza degli enormi quantitativi di rifiuti da gestire.

Conseguenza della mancata corretta considerazione dei costi degli impatti ambientali è stata nel tempo l'adozione da parte dei vari operatori di scelte non ottimali e inefficienti che, in ultima analisi, hanno condotto al sovrautilizzo delle risorse naturali (scarse)³⁹ e alla sovrapproduzione di rifiuti⁴⁰.

³⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Attuazione della direttiva 94/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio e sul suo impatto sull'ambiente e sul funzionamento del mercato interno - Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo*, 06.12.2006, COM(2006) 767 def., par. 1.3. – *La prevenzione degli imballaggi*, dove la Commissione ha avuto modo di chiarire come modifiche consistenti nei volumi degli imballaggi immessi sul mercato possano essere realizzate soltanto tramite cambiamenti negli schemi di produzione, di consumo e di distribuzione.

³⁷ UK DEPARTMENT FOR ENVIRONMENT FOOD AND RURAL AFFAIRS, *The economics of waste and waste policy*, revised version March 2012, available at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/69500/pb13548-economic-principles-wr110613.pdf, p. 26: “Waste prevention policy solutions are more difficult [than the other waste management alternatives] to effect, because of the nature of the change being targeted and because of the often global nature of the necessary interventions”, parentesi aggiunte. La frammentazione nell'attuazione delle politiche ambientali è spesso originata anche dalla presenza di legislazioni nazionali fra loro non armonizzate o da interpretazioni delle disposizioni normative (particolarmente complesse ed articolate) divergenti da Stato a Stato. COMMISSIONE EUROPEA, *Portare avanti l'utilizzo sostenibile delle risorse*, COM(2005)666 def., cit., p. 5.

³⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Risame della politica ambientale, Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo*, Bruxelles, 24.6.2009, COM(2009) 304 def.: “Ormai non è più sufficiente prevenire l'inquinamento e riparare i danni: per una crescita economica sostenibile è necessario modificare i modelli di produzione e di consumo. Occorre migliorare le prestazioni ambientali dei prodotti in tutto il loro ciclo di vita, incentivare la domanda di prodotti più ecologici e aiutare i consumatori a fare scelte consapevoli”.

³⁹ OECD, *Environmental regulation and competition*, 17.11.2006, DAF/COMP(2006)30, p. 18: “In the absence of policy intervention, social cost of use will exceed private cost and the public good will be subject to welfare-reducing over-exploitation” che riprende il teorema di Coase e il concetto di “tragedy of the commons” di Hardin. Si vedano rispettivamente COASE R., *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 3, October 1960, p. 1-44 e HARDIN G., *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, vol. 162, n. 3859, 1968, pp. 1243-1248. Sul medesimo concetto, anche CAFAGNO M., FONDERICO F., *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in DELL'ANNO P., PICOZZA E., diretto da, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, CEDAM, 2012, p.

Nel tentativo di riportare la situazione all'efficienza, il legislatore comunitario è intervenuto interpretando in maniera estensiva il principio "*chi inquina paga*"⁴¹ ed elaborando il corollario del principio della *responsabilità estesa del produttore*⁴² a mente del quale i costi per la gestione dei rifiuti devono essere sopportati dal soggetto (sia esso persona fisica o giuridica) che professio-

493 ss.: "*L'evidenza quotidiana indica che, in mancanza di appropriati meccanismi istituzionali di coordinamento, la razionale propensione dei singoli a massimizzare l'utilità personale, insieme alla consapevolezza del fatto che eventuali autolimitazioni al consumo di risorse suscettive di accesso comune rischiano di risolversi in sacrifici unilaterali, a paradossale vantaggio degli antagonisti meno scrupolosi, sospinge la fruizione verso pratiche di sovrasfruttamento, a danno di tutti*".

⁴⁰ Con riguardo ai rifiuti di imballaggio, si segnala che essi spesso equivalgono il peso dei prodotti che contengono e, alcune volte, addirittura ne superano di gran lunga il volume. CALISSE A., *La gestione dei rifiuti.*, cit. p. 472.

⁴¹ Il principio *chi inquina paga*, oggi richiamato nell'art. 191 del Trattato sul funzionamento dell'unione europea, ("TFUE" ex art. 174 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, "TCE"), è stato per la prima volta introdotto fra i principi di diritto internazionale dell'ambiente nel 1972 con la Raccomandazione dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) n. 128 recante *Guiding Principles concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*. In tale documento si chiariva come, nel settore ambientale, un intervento di principio del legislatore internazionale e nazionale sia necessario in quanto il mercato (normalmente) non riflette in maniera autonoma nei prezzi il costo del deterioramento dell'ambiente e il consumo delle risorse ambientali che sono scarse. Occorre dunque intervenire per ridurre o eliminare le c.d. esternalità negative. Pertanto l'adozione di misure pubbliche di intervento risulta necessaria per garantire che fra le voci che compongono il prezzo di un bene o di un servizio appaiano anche i costi ambientali con ciò garantendo una loro corretta ripartizione ed una conseguente più razionale allocazione delle risorse scarse in questione. OCSE, *Guiding Principles concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*, Recommendation n. 128, 1972, disponibile su: <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=4&InstrumentPID=255&Lang=en&Book=False>. Punto 2: "*Environmental resources are in general limited and their use in production and consumption activities may lead to their deterioration. When the cost of this deterioration is not adequately taken into account in the price system, the market fails to reflect the scarcity of such resources both at the national and international levels. Public measures are thus necessary to reduce pollution and to reach a better allocation of resources by ensuring that prices of goods depending on the quality and/or quantity of environmental resources reflect more closely their relative scarcity and that economic agents concerned react accordingly*". E ancora, al punto 4: "*The principle to be used for allocating costs of pollution prevention and control measures to encourage rational use of scarce environmental resources and to avoid distortions in international trade and investment is the so-called "Polluter-Pays Principle". This principle means that the polluter should bear the expenses of carrying out the above-mentioned measures decided by public authorities to ensure that the environment is in an acceptable state. In other words, the cost of these measures should be reflected in the cost of goods and services which cause pollution in production and/or consumption. Such measures should not be accompanied by subsidies that would create significant distortions in international trade and investment*". La concreta applicazione del principio *chi inquina paga* può avvenire in diversi modi: *ex post* rispetto alla concretizzazione di un danno ambientale, quale strumento giuridico che giustifica l'irrogazione di sanzioni e/o la richiesta di risarcimento con la contestuale remissione in pristino (ove possibile) dello stato dei luoghi sulla base delle diverse forme di responsabilità civile, oppure (e preferibilmente) *ex ante*, mediante l'uso di strumenti incentivanti quali ad esempio l'istituzione di tributi ambientali o la previsione di sgravi fiscali per i comportamenti virtuosi. Il principio è stato sancito dalla prima direttiva sui rifiuti n. 75/442/CE e successivamente ripreso nelle altre "direttive rifiuti", nonché dalla "direttiva discariche" 1999/31/CE.

⁴² Direttiva 2008/98/CE, ventisettesimo considerando: "*L'introduzione della responsabilità estesa del produttore nella presente direttiva è uno dei mezzi per sostenere una progettazione e una produzione dei beni che prendano pienamente in considerazione e facilitino l'utilizzo efficiente delle risorse durante l'intero ciclo di vita, comprendendo la riparazione, il riutilizzo, lo smontaggio e il riciclaggio senza compromettere la libera circolazione delle merci nel mercato interno*". Il concetto di responsabilità estesa del produttore era già stato elaborato dall'OECD, proprio con riferimento alla corretta formazione del prezzo: "[EPR] is a strategy designed to promote the integration of environmental costs associated with goods throughout their life cycles into the market price of the products". Si veda OECD, *Extended Producer Responsibility: A Guidance Manual for Governments*, Paris, France, 2001.

nalmente sviluppi, fabbrichi, trasforma, tratti, venda o importi prodotti dei quali deve prendersi cura per il loro intero ciclo di vita, *from cradle to grave*⁴³.

In questo modo, gli interventi sono stati anticipati: il loro spostamento a monte della filiera fa sì che essi incidano poi lungo l'intera catena del valore del prodotto, abbandonando l'approccio tradizionale che, invece, li limitava a valle, dopo che i beni avevano già acquisito la qualità di rifiuti⁴⁴.

In tale logica, ai produttori dei beni vengono attribuiti la responsabilità del conseguimento degli obiettivi ambientali, in particolare il recupero dei rifiuti a valle del consumo, ed i relativi oneri finanziari necessari per garantire la corretta gestione dei rifiuti derivanti dai propri prodotti⁴⁵.

Tale coinvolgimento del produttore dovrebbe favorire la riduzione della quantità, ma anche della pericolosità dei rifiuti derivanti dai prodotti dismessi e promuoverne una progettazione e produzione che garantisca l'utilizzo efficiente delle risorse durante l'intero ciclo di vita dei prodotti, ivi incluse le eventuali fasi di riutilizzo, recupero e riciclaggio proprio perché i loro costi sono a carico dei produttori medesimi⁴⁶.

⁴³ Il concetto di gestione dei rifiuti “*dalla culla alla tomba*” o gestione integrata dei rifiuti è alla base dell'ulteriore fondamentale strumento per l'attuazione della Politica integrata dei Prodotti costituito dalla c.d. *Life Cycle Analysis* (“LCA”). COMMISSIONE EUROPEA, *Politica integrata dei prodotti - Sviluppare il concetto di “ciclo di vita ambientale”*: Comunicazione al Consiglio e al Parlamento Europeo, 18.6.2003, COM(2003)302 def. La LCA consiste in un metodo oggettivo di valutazione e quantificazione dei cosiddetti *carichi* ambientali (ed energetici) nonché degli impatti potenziali associabili ad un determinato prodotto (processo o attività) durante tutta la sua vita (dal momento di acquisizione delle materie prime, alla gestione del fine vita del prodotto (“*end of life*”). Un prima elaborazione del concetto di gestione integrata dei rifiuti si trova nella prima direttiva quadro sui rifiuti, n. 1991/156/CE. Più in generale, l'imprescindibilità di un approccio olistico nella gestione dei problemi ambientali all'epoca della globalizzazione viene elaborato nella *Strategia tematica per l'uso sostenibile delle risorse naturali*, COM/2005/670 def., cit. In questo documento si legge che per invertire le tendenze negative in termini di degrado ambientale e erosione dei servizi essenziali “*è necessario sviluppare i mezzi capaci di identificare gli impatti ambientali negativi dell'uso dei materiali e dell'energia attraverso i loro cicli di vita (è l'approccio detto “dalla culla alla tomba”) e determinare la loro importanza rispettiva. È necessaria questa comprensione degli impatti globali e cumulativi, seguendo una catena di cause e effetti, per scegliere interventi più mirati, capaci di incidere con la maggiore efficacia possibile sull'ambiente e tali da presentare un migliore rapporto costi-benefici per le autorità pubbliche e per gli operatori economici. Né è sufficiente prendere in considerazione i cicli di vita in una zona geografica isolata. Infatti, nell'epoca della globalizzazione, in un contesto economico mondiale al quale l'Europa partecipa attivamente, la definizione di politiche responsabili ed informate presuppone una conoscenza di come le risorse circolino all'interno dell'economia globale, delle forze che determinano questa circolazione, nonché della natura dell'entità dell'impatto che le risorse hanno laddove vengono estratte ed utilizzate*”. Per approfondimenti sul punto, si veda <http://www.isprambiente.gov.it/it/temi/mercato-verde/life-cycle-assessment-lca>.

⁴⁴ SPADONI B., *Il settore dei rifiuti*, in DE VINCENTI C., a cura di, *Finanziamento delle utilities e investimenti di lungo termine*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012, p. 88

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ Direttiva 2008/98/CE, art.8 - Responsabilità estesa del produttore: “*Per rafforzare il riutilizzo, la prevenzione, il riciclaggio e l'altro recupero dei rifiuti, gli Stati membri possono adottare misure legislative o non legislative volte ad assicurare che qualsiasi persona fisica o giuridica che professionalmente sviluppi, fabbrichi, trasformi, tratti, venda o importi prodotti (produttore del prodotto) sia soggetto ad una responsabilità estesa del produttore*”. Si veda anche FEDERAMBIENTE, OSSERVATORIO NAZIONALE RIFIUTI, *Linee guida sulla prevenzione dei rifiuti urbani*, febbraio 2010, disponibile su <http://www.federambiente.it/Primopiano/LineeGuida/Linee%20Guida%20Racc%20rifiuti%20Urbani.pdf>, p. 7: “*In generale, laddove il produttore di beni ha tutto l'interesse a contenere i propri rifiuti – oltre che per motivi economi-*

3.1.1. Scarsa efficacia delle misure di riduzione dei rifiuti alla fonte.

Circa l'efficacia delle misure finalizzate alla riduzione della quantità di rifiuti prodotta, i risultati registrati sino ad oggi si sono rivelati piuttosto scarsi⁴⁷.

Stando alle più recenti statistiche di Eurostat, l'ufficio statistico dell'Unione Europea, infatti, la produzione globale di rifiuti negli ultimi anni avrebbe conosciuto solo un leggero decremento. Nel 2010, nei 27 Paesi dell'Unione Europea, la quantità totale di rifiuti prodotti da tutte le attività ricomprese nel catalogo NACE⁴⁸ ammontava a circa 2.500 milioni di tonnellate, di cui il 4% costituito da rifiuti pericolosi⁴⁹. In altre parole, ciascun abitante aveva prodotto in media 5.0 tonnellate di rifiuti, di cui ben 202 kg erano qualificabili come pericolosi⁵⁰.

Nel 2011, considerando i soli rifiuti urbani, è stata registrata una flessione rispetto al 2010 dello 0,9% (da circa 254,4 milioni di tonnellate a poco meno di 252 milioni di tonnellate), che ha seguito una riduzione dello 0,2% registrata tra il 2009 e il 2010⁵¹. Successivamente, nel 2012 la riduzione nella produzione di rifiuti è sembrata consolidarsi: a livello di "UE 28" la contrazione

ci anche, sempre più spesso, per motive di marketing – prevenirne la produzione rappresenta oggi, specie per chi gestisce rifiuti derivanti principalmente dalle attività di consumo, la nuova sfida nell'ottica dell'efficienza, efficacia ed economicità del servizio al cittadino [...]. Ridurre la crescita dei rifiuti e massimizzarne il recupero, inoltre, è ormai reso impellente anche dagli aumenti dei costi di gestione del ciclo, in particolare nella fase di smaltimento, in virtù dei più alti standard introdotti a garanzia della tutela della salute e dell'ambiente, dalle disposizioni emanate in questi anni relativamente agli impianti di smaltimento".

⁴⁷ Si evidenzia come, fra l'altro, gli obiettivi fissati dall'Unione Europea in materia di rifiuti riguardano solo il loro riciclo, recupero e diversione dalla discarica; non sono previsti target in termini di riduzione della produzione di rifiuti o di prevenzione, nonostante queste, almeno sulla carta, dovrebbero essere i primi metodi da applicare. MAZZANTI M., *Is waste generation de-linking from economic growth? Empirical evidence for Europe*, in *Applied Economics Letters*, 2008, 15, abstract: "The article provides empirical evidence on the de-linking of waste generation from economic growth. The data used refer to the European countries. An investigation carried out into packaging and municipal waste indicators shows that any de-coupling which has eventually taken place has been of a relative nature. Estimated waste elasticities with respect to income highlight that a hypothetical turning point, that would eventually characterize a Kuznets curve for waste, is far from being reached. Europe thus appears to be lagging behind in the effort to invert the relationship between waste and income/consumption indicators. The lack of policy targets in reference to waste prevention at source, in addition to recovery/ recycling goals, may be considered as a primary policy-related reason behind the absence of a stronger de-linking process for waste in Europe. The applied panel investigation, though informative since it refers to a homogenous regional area, reveals the need for further work, exploring de-linking processes that focus on specific materials and/or countries"

⁴⁸ Ossia di tutte le attività economiche e industriali inserite nel sistema di classificazione statistica *Nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne* ("NACE") introdotto nel 1970 da Eurostat e attualmente vigente nella versione contenuta nel Regolamento (CE) n. 29/2002.

⁴⁹ Si tratta di quantità leggermente più alte di quelle registrate nel corso del 2008, ma al di sotto di quelle del 2004 e 2006.

⁵⁰ Si veda per esteso http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Waste_statistics con dati aggiornati al 2010.

⁵¹ ISPRA, *Rapporto rifiuti urbani 2013*, n. 176/2013, Servizio comunicazione ISPRA, 2013, disponibile su <http://www.isprambiente.gov.it/it/pubblicazioni/rapporti/rapporto-rifiuti-urbani-edizione-2013>, p. 15. Per un commento ai dati e alle elaborazioni grafiche contenute nel rapporto Ispra, si rimanda a FEDERAMBIENTE, UTILITATIS, *Green book 2014 – aspetti economici della gestione dei rifiuti in Italia*, Noè Edizioni Multimedia, Roma, 2014, cap. 4 – *la produzione di rifiuti urbani*, p. 70 ss.

media è stata del 2,4% rispetto all'anno precedente, con punte del 2,6% nel raggruppamento "UE 15", mentre nei nuovi Stati Membri la contrazione è stata dell'1,4%⁵².

Tuttavia, inserendo questi dati nel più ampio contesto geografico ed economico di riferimento, le già timide aperture ottimistiche vengono ulteriormente ridimensionate.

In primo luogo, occorre tener presente che la rilevata diminuzione nella produzione di rifiuti è solo in parte riconducibile all'adozione da parte degli Stati membri di soluzioni ambientalmente compatibili: un ruolo determinante è stato infatti giocato dalla crisi economica e finanziaria mondiale che ha fortemente influenzato, riducendola drasticamente, la produzione di beni di consumo che si è poi riflessa, a cascata, sulla produzione di rifiuti⁵³.

In secondo luogo, tali stime, già poco confortanti, riflettono la situazione di una delle aree del mondo, l'Europa, maggiormente evolute in termini di consapevolezza dei problemi ambientali ed in particolare di waste management. Rimangono fuori dal paniere considerato da Eurostat i Paesi in via di sviluppo e le potenze economiche emergenti dell'Asia, in particolare India e Cina, che per numero di abitanti, estensione territoriale e carenza di politiche ambientali contribuiscono esponenzialmente alla produzione mondiale di rifiuti⁵⁴.

Infine, un dato da non tralasciare riguarda la "parzialità", incompletezza e non uniformità dei dati raccolti ai fini della produzione delle menzionate statistiche: si tratta di ostacoli che riducono il valore delle proiezioni elaborate dai centri di ricerca e impediscono ai *policy-makers* di sviluppare strategie di gestione dei rifiuti coerenti ed efficaci⁵⁵.

⁵² ISPRA, *Rapporto rifiuti urbani 2014 – dati di sintesi*, n. 202/2014, Servizio comunicazione ISPRA, 2012, disponibile su http://www.isprambiente.gov.it/files/pubblicazioni/rapporti/RapportoRifiutiUrbani2014_web.pdf

⁵³ EUROPEAN COMMISSION, *Thematic Strategy on the Prevention and Recycling of Waste*, COM(2011)13 final, cit., p. 5. Per il caso Italiano, si veda ISPRA, *Rapporto rifiuti urbani 2013 – sintesi dei dati*, disponibile su http://www.isprambiente.gov.it/files/comunicati-stampa/sintesi_dati_rapporto_rifiuti_urbani_2013.pdf, p. 19: "La flessione della produzione dei rifiuti si accompagna alla riduzione osservata per gli indicatori socio-economici; infatti, il valore dei consumi delle famiglie sul territorio economico fa registrare, tra il 2011 e il 2012, una riduzione pari al 4,1% circa, mentre il PIL, del 2,4%". Si segnala, tuttavia che il rapporto ISPRA 2014 sembra essere più orientato verso l'affermazione di un effettivo trend di disaccoppiamento autonomo/reale in quanto maggiore rispetto alla diminuzione dei consumi. ISPRA, *Rapporto rifiuti urbani 2014*, cit., p. 7.

⁵⁴ Si veda <http://www.unece.org/statistics/news/newswaste-statistics.html>

⁵⁵ La qualità dei dati raccolti per la elaborazione di statistiche nel settore ambientale è di importanza capitale in quanto le politiche ambientali per essere effettive devono necessariamente essere anche globali, devono avere cioè un'applicazione uniforme e il più possibile diffusa. Al fine di elaborare indicatori statistici comparabili e omogenei, nel 2009, con una decisione del Comitato Esecutivo della Commissione Economica delle Nazioni Unite per l'Europa (UNECE), su raccomandazione del Comitato sulle Politiche ambientali e dell'Ufficio di Presidenza della Conferenza degli Statistici Europei, è stata nominata una "Joint Task Force sugli indicatori ambientali". Per maggiori informazioni sulla task force, si veda http://www.unece.org/env/europe/monitoring/jandr_en.html. La task force si è recentemente dedicata proprio alle problematiche tipiche dei dati concernenti i rifiuti. In particolare, insieme ad Eurostat e all'Agenzia Europea per l'Ambiente ha organizzato il *Workshop on Waste Statistics* tenutosi a Ginevra dall'11 al 13 aprile del 2012 che aveva come obiettivo l'armonizzazione delle metodologie utilizzate al fine di rafforzare la capacità degli Stati di produrre statistiche sulla generazione e gestione dei rifiuti e di fornire ai partecipanti una maggiore comprensione dei metodi e degli strumenti utilizzati al fine di migliorare la qualità e la comparabilità delle proprie statistiche nazionali sui rifiuti. UNITED NATIONS, ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, *Report of the United Nations Economic Commission for Europe/Eurostat/European Environment Agency Workshop on Waste Statistics, held in Geneva, 11–13 April 2012*, ECE/CEP-CES/GE.1/2012/2, disponibile al link:

Il rilevamento dei non soddisfacenti risultati ottenuti sino ad ora in termini di riduzione dei quantitativi di rifiuti prodotti, unitamente agli enormi costi da sostenere nel tentativo di raggiungere l'obiettivo del loro azzeramento⁵⁶ evidenziano le criticità che l'accezione negativa del principio di precauzione presenta in termini sia di fattibilità che di rapporto costi-benefici.

Per questa ragione, oggi, in luogo del paradigma c.d. "zero-waste"⁵⁷, da intendersi come la riduzione dei rifiuti perseguita ad ogni costo, considerato ormai utopistico, la più attenta dottrina⁵⁸ suggerisce soluzioni meno estreme, declinabili nel paradigma c.d. "zero-landfill", ossia nell'azzeramento dei rifiuti *che finiscono in discarica*⁵⁹.

<http://www.unece.org/stats/documents/2012.04.environ.html>. Un secondo workshop di follow-up ha avuto luogo sempre a Ginevra il 4 novembre 2013 e i documenti prodotti sono disponibili sul sito <http://www.unece.org/stats/documents/2013.11c.environ.html>.

⁵⁶ DE LEONARDIS F., *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione.*, cit., p. 3 ss. Nel quale l'A. distingue due accezioni del concetto di prevenzione; quella consistente nel recupero e riciclaggio e quella dell'evitare in radice la produzione di rifiuti: "in base allo slogan per il quale «il miglior rifiuto è quello non prodotto» la prevenzione, in questo caso, postula un intervento a monte del processo di produzione o di consumo volto a diminuire la quantità di materiali prodotti e immessi in commercio al fine di ottenere un risparmio delle risorse naturali. Si tratta dell'applicazione dell'elementare principio per il quale meno produzione industriale si ha, meno scarti ci sono e, a livello di consumo, meno prodotti vengono immessi in commercio, meno rifiuti vengono generati. È quella che si definisce accezione negativa del principio di prevenzione: la sua applicazione induce a un non fare (declinato nel non produrre o nel non immettere in commercio prodotti o materiali che potrebbero trasformarsi in rifiuti)". In un altro contributo del medesimo anno l'A. ribadisce la configurazione di due diverse accezioni della precauzione (negativa e positiva). DE LEONARDIS F., *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in RQDA, n. 2, 2011, p. 28 ss. La medesima accezione "negativa" del principio di prevenzione veniva fatta propria anche dalla Commissione europea sul finire degli anni Novanta. EUROPEAN COMMISSION, DG ENVIRONMENT, ENVIRONMENT, NUCLEAR SAFETY AND CIVIL PROTECTION, *EU focus on waste management*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1999, par. *The management options*, p. 8, in cui si legge: "Good waste management begins with preventing waste being generated in the first place — after all, what is not produced does not have to be disposed of. Hence, waste prevention and minimisation should have top priority in any waste management plan".

⁵⁷ VIALE G., *Azzerare i rifiuti*, cit. Analoga visione delle possibili soluzioni al problema dei rifiuti, completamente sbilanciata in favore della riduzione dei rifiuti alla fonte, in luogo del loro riuso o riciclo, è proposta nel seguente contributo NEUMAYER E., *German packaging waste management: a successful voluntary agreement with less successful environmental effect*, in *European environment*, n. 10, 3, 2000, pp. 152-163.

⁵⁸ MASSARUTTO A., *The brown side of the green economy: urban garbage and the zero waste utopia*, in *Economics and policy of energy and the environment*, n. 3, 2012, pp. 81-110. L'introduzione del paper presenta come segue i risultati della ricerca: "According to a popular vision, management of urban solid waste (UWM) will no longer represent a problem, as long as a "zero-waste" philosophy will be adopted. The zero-waste paradigm presents itself as the negation of the traditional approach based on one-way disposable goods and a return to more parsimonious consumption models; it aims at eliminating all material flows destined to final disposal, by redirecting them back again to the productive system. This view emphasizes waste reduction and material recycling as the cornerstones of a "new economy of waste", solidly rooted in the "green economy" paradigm. Incineration of waste is fiercely opposed, not only because of its potential for generating pollution, but also on philosophical and ethical grounds. We argue in this paper that such a vision is not only largely utopian, but also not justified. Nevertheless, it is far less utopian and much more justifiable, if the focus of the policy is posed on the diversion of waste flows from landfills. We suggest that a "zero landfill" target is not only largely achievable, but also emerges as the option that is most worth recommending following an ecological economic approach. In order to do so, however, waste-to-energy should be considered as an indispensable component of the system".

⁵⁹ Riprendendo le argomentazioni di De Leonardis, si potrebbe dire che occorre oggi concentrarsi sull'accezione "positiva" del principio di precauzione che a propria volta si scompone nella prevenzione "a monte" (o progettazione ecologica), nella prevenzione "durante" (sottoprodotti), nella prevenzione "a valle" (cessazione della qualifica di ri-

In altre parole, secondo tale orientamento, applicando i principi dell'analisi economica al problema dei rifiuti⁶⁰, occorre modificare l'obiettivo ultimo a cui tendere: non più la riduzione dei rifiuti perseguita a qualsiasi costo nell'intento di ridurli "il più possibile", ma una riduzione nella produzione dei rifiuti perseguita sino al raggiungimento del (e non oltre il) livello di inquinamento c.d. "ottimo", corrispondente al pareggio fra costi marginali dei danni provocati dall'inquinamento e dei costi marginali connessi alle misure adottate per evitare l'inquinamento o garantire il disinquinamento⁶¹.

Sarebbe poi su questa quantità di rifiuti, individuata in applicazione dei richiamati principi dell'efficienza economica⁶² (ossia, su quella quantità di rifiuti ineliminabile e non ulteriormente

fiuto), oltre che nelle forme di recupero e riciclo. DE LEONARDIS F., *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *RQDA*, n. 2, 2011, p. 28 ss.

⁶⁰ L'applicazione sistematica dei principi economici all'inquinamento, invero, risale ai primi anni del '900 quando Pigou nella sua opera *"The economics of welfare"* ha analizzato il problema delle esternalità negative. Una visione macroeconomica delle relazioni economia e ambiente risale alla metà del secolo scorso quando Ayres e Kneese hanno introdotto il *"material-balance approach"*, ossia un approccio basato sul principio di conservazione della massa e sul concetto di *"flusso"* o movimento circolare della materia nell'ambiente che sarà alla base delle successive elaborazioni in merito al concetto di *"life cycle analysis"* dei rifiuti. AYRES, B., KNEESE, A. *"Production, consumption and externalities"*, *American Economic Review* 59, 282-97. Per una ricostruzione efficace di tale metodo, PETHIG R., *The 'materials balance approach' to pollution: its origin, implications and acceptance*, University of Siegen, January 2003. Infine, nel corso degli ultimi due decenni del Novecento, autori quali Gerelli e Pearce hanno trasposto nell'economia ambientale il concetto di "livello ottimo" nella valutazione costi-benefici. BARDE J.P., GERELLI E., *Economia e politica dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 121-124 e PEARCE D.W., TURNER R.K., *Economia delle risorse naturali e dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 1991, pp. 70-75. Con specifico riferimento ai rifiuti di imballaggio, l'applicazione dei principi di analisi economica risale a PEARCE D., TURNER R.K., *The economics of packaging waste management: a conceptual overview*, Centre for Social and Economic Research on the Global Environment (CSERGE), Working Paper WM 92-03, University College London and University of East Anglia, 1991 ed al coevo rapporto OECD, *Applying economic instruments to packaging waste: practical issues for product charges and deposit refund systems*, OECD Environment monographs n. 82, 1993, OCDE/GD(93)194.

⁶¹ GERELLI E., FRANCA C., *La "nuova generazione" delle normative ambientali: l'esempio dei rifiuti da imballaggio. Un'analisi economica del diritto*, in MATTEI U., PULITINI F., a cura di, *Consumatore, ambiente, concorrenza. Analisi economica del diritto*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 77 e 78; "[...] la convenienza sociale del riciclaggio dipende dal raffronto tra le riduzioni e gli aumenti di costo che esso provoca. A questo proposito occorre concentrarsi su quattro elementi: a) la differenza fra costi interni derivanti dall'uso del materiale vergine e di quello riciclato [...]; b) la differenza di prezzo fra materiale vergine e riciclato [...]; c) la differenza nei costi di raccolta [...]; d) la differenza tra costi di collocamento finale nell'ambiente dei materiali vergini (dopo l'uso) e di quelli riciclati, è positiva. In conclusione, dei quattro elementi di costo elencati sopra, due sono tendenzialmente a favore del riciclaggio, e due a sfavore. Naturalmente la valutazione finale dipenderà anche dal valore assoluto delle grandezze in gioco, ma tanto basta per affermare che il decisore pubblico dovrà guardarsi dal ritenere che il riciclaggio sia sempre socialmente utile. Occorre effettuare, infatti, specifiche valutazioni". Sulla "desiderabilità" economica del paradigma zero-waste, si esprime in termini negativi anche Massarutto: *"Not only the zero-waste scenario seems unlikely (given the amount of waste that need to be treated, whose reduction in absolute quantity still seems far from reach), but there is no evidence that it be desirable in economic terms. The net social cost associated with extreme recycling is far higher than that implied by more balanced scenarios; moreover, pursuing recycling intensity makes the system more vulnerable (in case the targeted separation level are not achieved) and can be practiced, if any, only in very particular cases"*. MASSARUTTO A., *The brown side of the green economy: urban garbage and the zero waste utopia*, in *Economics and policy of energy and the environment*, n. 3, 2012, p. 107.

⁶² UK DEPARTMENT FOR ENVIRONMENT FOOD AND RURAL AFFAIRS, *The economics*, cit., p. 4: *"Ensuring that the amount of waste is reduced to the economically efficient level, and the optimally managed, will ensure that waste policy is delivering net benefits for the society as a whole"*.

minimizzabile, se non incorrendo in attività antieconomiche), che si dovrà intervenire applicando una combinazione delle diverse soluzioni⁶³ di waste management attualmente disponibili a livello di tecniche di recupero e riciclaggio, da calibrare a seconda dello specifico scenario di riferimento⁶⁴.

In altre parole, la diversione dalla discarica sarebbe ottenuta combinando alla riduzione economicamente sostenibile della produzione dei rifiuti e della loro pericolosità le tecniche di recupero e riciclo delle quantità di rifiuti che non è stato possibile evitare di produrre.



⁶³ L'importanza dell'applicazione congiunta di diverse soluzioni di waste management al fine di raggiungere l'obiettivo zero landfill, viene sottolineata in ANTONIOLI B., MASSARUTTO A., *The municipal waste management sector in Europe: shifting boundaries between public service and the market*, Working Paper CIRIEC n. 2011/07, p. 9: "Landfill diversion has been significant in all countries between 1995 and 2005, with Italy leading (-39%); yet its very elimination has been achieved quite completely in Austria, Belgium, Sweden, Netherlands, Germany; while Italy, UK, France and Spain are still landfilling a significant part (40-50% or more). Landfill diversion has been achieved through a combination of strategies, that includes a variable mixture of direct recycling, indirect material recovery (compost, RDF) and waste-to-energy. From the summary data shown in table 3, significant diversion rates can be achieved only where all of these strategies are combined, while strategies concentrated on sole recycling, despite some success at the local scale, do not seem to be able to perform at the scale of the overall system". Massarutto inoltre sostiene che, sebbene la raccolta differenziata costituisca il primo passaggio fondamentale verso la diversione dei rifiuti dalla discarica, essa non sia da sola sufficiente a garantirne il raggiungimento. Secondo l'A., infatti, un ruolo fondamentale deve necessariamente essere attribuito alla valorizzazione energetica dei rifiuti; "The "(nearly) zero landfill" target has been achieved through an equilibrated mix of energy and material recovery. All countries that have completed the phasing out of landfill adopt a significant share of incineration; on the other hand, this evidence also shows that incineration and recycling are not alternative to each other, but rather complementary, at least in a strategy aiming at minimizing the landfilling of waste". Sul punto, si veda, MASSARUTTO A., *The brown side of the green economy: urban garbage and the zero waste utopia*, in *Economics and policy of energy and the environment*, n. 3, 2012, p. 91 ss.

⁶⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse: Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo, e al Comitato delle Regioni*, 20.09.2011, COM(2011)571 def., par. 3.2: "Se i rifiuti sono destinati a diventare una risorsa da reintrodurre nell'economia come materia prima, occorre attribuire una priorità di gran lunga maggiore al riuso e al riciclaggio. Una combinazione di varie politiche contribuirebbe alla creazione di una vera economia del riciclaggio, tra cui la progettazione di prodotti che integrino un approccio basato sul ciclo di vita, una migliore cooperazione tra tutti gli operatori del mercato lungo l'intera catena di valore, processi di raccolta perfezionati, un quadro normativo adeguato, incentivi per la prevenzione e il riciclaggio dei rifiuti, nonché investimenti pubblici in impianti moderni per il trattamento dei rifiuti e il riciclaggio di alta qualità".

La soluzione zero-landfill, la cui fattibilità è dimostrata dal fatto che in alcuni Paesi Europei è già stata adottata con successo⁶⁵, presuppone un sistema di mercato nel quale si sviluppi una “conca-tenazione virtuosa”⁶⁶ non solo fra le diverse fasi del ciclo di vita dei prodotti, ma anche fra le varie fasi del processo di produzione, nonché fra le diverse filiere produttive, al fine di garantire uno sbocco sul mercato non solo del c.d. *output principale*, ma anche del c.d. *output secondario* (scarti, rifiuti, prodotti dismessi).

Si tratta di una vera e propria rivoluzione copernicana necessaria per poter passare dalla “*società dei rifiuti*” alla “*società del riciclaggio*”⁶⁷.

3.2. Recupero e riciclaggio.

Nelle more dell’implementazione di soluzioni che possano garantire una sempre più rilevante e significativa riduzione della produzione di rifiuti alla fonte, obiettivo questo che si qualifica senza alcun dubbio come “obiettivo di lungo termine”, occorre comunque intervenire anche nel breve periodo onde evitare che il problema della gestione dei rifiuti sfugga definitivamente di mano⁶⁸.

Pertanto, posto che lo smaltimento dei rifiuti in discarica è in linea di principio da evitare, non resta che investire su recupero e riciclaggio⁶⁹.

⁶⁵ Germania, Olanda, Svezia, Austria e Danimarca sono gli Stati Europei che hanno già raggiunto l’obiettivo discarica zero. CAMERANO S. et al, a cura di, *Obiettivo discarica zero*, Studio di settore 05, Cassa Depositi e Prestiti, Febbraio 2014, disponibile su http://www.cassaddpp.it/static/upload/stu/studio-di-settore-n.5-2014_rifiuti.pdf, p. 113 ss. Nel periodo fra il 1995 e il 2005, in molti altri Paesi, ulteriori ai sei che hanno raggiunto la completa diversione dei rifiuti dalla discarica, si registrano comunque notevoli miglioramenti: i rifiuti condotti in discarica sono stati ridotti del 67% in Norvegia e di più del 40% in Italia, nonostante per quest’ultima il ricorso alla discarica risulti essere ancora massiccio. Sul punto, ANTONIOLI B., MASSARUTTO A., *The municipal waste management sector in Europe: shifting boundaries between public service and the market*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, vol. 83, n. 4, 2012, p. 511. Per un’analisi comparata dei dati relativi ai flussi di gestione dei rifiuti nel nostro Paese con gli altri Paesi europei, FEDERAMBIENTE, UTILITATIS, *Green book 2014 – aspetti economici della gestione dei rifiuti in Italia*, Noè Edizioni Multimedia, Roma, 2014, p. 70-84. Per un confronto in termini più generali fra il funzionamento del nostro sistema di igiene urbana e le best practices europee, CNEL, COMMISSIONE GRANDI OPERE E RETI INFRASTRUTTURALI (V), OSSERVATORIO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI, *Rapporto sulla competitività dei rifiuti urbani in Italia*, 2007, p. 49-64.

⁶⁶ L’espressione è di VIALE G, *Governare*, cit., p. 40.

⁶⁷ In questi termini si esprimeva il legislatore comunitario. Si veda, Direttiva 2008/98/CE, ventottesimo considerando: “*La presente direttiva dovrebbe aiutare l’Unione europea ad avvicinarsi alla società del riciclaggio, cercando di evitare la produzione di rifiuti e di utilizzare i rifiuti come risorse*”; ventinovesimo considerando: “*Gli Stati membri dovrebbero sostenere l’uso di materiali riciclati [...] in linea con la gerarchia dei rifiuti e con l’obiettivo di realizzare una società del riciclaggio [...]*”.

⁶⁸ Si veda <http://ec.europa.eu/environment/waste/>: “*By 2020, the OECD estimates, we could be generating 45% more waste than we did in 1995. Obviously we must reverse this trend if we are to avoid being submerged in rubbish*”.

⁶⁹ Si precisa che il “riutilizzo”, sebbene definito dalla Direttiva 2008/98/CE (art. 3, comma 13) come: “*qualsiasi operazione attraverso la quale prodotti o componenti che non sono rifiuti sono reimpiegati per la stessa finalità per la quale erano stati concepiti*” viene fatto rientrare nella più ampia categoria del recupero, rispetto alla quale si trova in rapporto di genere-specie. Alla categoria del recupero appartengono anche le operazioni di “preparazione per il riutilizzo”, ossia le “*operazioni di controllo, pulizia e riparazione attraverso cui prodotti o componenti di prodotti diventati rifiuti sono preparati in modo da poter essere reimpiegati senza altro pretrattamento*” (Direttiva 2008/98/CE, art. 3, comma 16). Ai fini del presente studio non occorre approfondire le conseguenze derivanti da tale “assorbimento” di una categoria nell’altra in quanto esse si riflettono soprattutto sul regime autorizzatorio e gestionale degli operatori occupati nelle attività di riutilizzo e di preparazione al riutilizzo. In ogni caso, per un’argomentazione detta-

Queste attività vengono definite puntualmente nella direttiva rifiuti⁷⁰: il recupero coincide con tutte le operazioni aventi la finalità di permettere ai rifiuti di svolgere un *ruolo utile* sostituendo altri materiali che sarebbero stati altrimenti utilizzati per assolvere una particolare funzione o di prepararli ad assolvere tale funzione, all'interno dell'impianto o dell'economia generale. Il riciclaggio è una particolare forma di recupero per la quale i materiali di rifiuto sono trattati per ottenere prodotti, materiali o sostanze da utilizzare per la loro funzione originaria o per altri fini (escluso il recupero energetico o la produzione di combustibili o materiali di riempimento).

Il principale strumento per promuovere le operazioni di recupero e di riciclaggio è la *raccolta differenziata*⁷¹, ossia la raccolta in cui un flusso di rifiuti è tenuto separato in base al tipo e alla natura dei rifiuti al fine di facilitarne il trattamento specifico⁷².

gliata sul punto, CARISSIMI D., *Preparazione per il riutilizzo, riciclo, recupero: questo è il problema...*, in *Amb. & Svil.*, n. 7, 2011, pp. 613-620.

⁷⁰ Direttiva 2008/98/CE, art. 3, commi 15 (recupero) e 17 (riciclaggio).

⁷¹ d.lgs. 152/2006, art. 181: "1. Al fine di promuovere il riciclaggio di alta qualità e di soddisfare i necessari criteri qualitativi per i diversi settori del riciclaggio, sulla base delle indicazioni fornite dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, le regioni stabiliscono i criteri con i quali i comuni provvedono a realizzare la raccolta differenziata in conformità a quanto previsto dall'articolo 205. Le autorità competenti realizzano, altresì, entro il 2015 la raccolta differenziata almeno per la carta, metalli, plastica e vetro, e ove possibile, per il legno, nonché adottano le misure necessarie per conseguire i seguenti obiettivi: a) entro il 2020, la preparazione per il riutilizzo e il riciclaggio di rifiuti quali, come minimo, carta, metalli, plastica e vetro provenienti dai nuclei domestici, e possibilmente di altra origine, nella misura in cui tali flussi di rifiuti sono simili a quelli domestici, sarà aumentata complessivamente almeno al 50% in termini di peso; b) entro il 2020 la preparazione per il riutilizzo, il riciclaggio e altri tipi di recupero di materiale, incluse operazioni di colmatazione che utilizzano i rifiuti in sostituzione di altri materiali, di rifiuti da costruzione e demolizione non pericolosi, escluso il materiale allo stato naturale definito alla voce 17 05 04 dell'elenco dei rifiuti, sarà aumentata almeno al 70 per cento in termini di peso. 2. Fino alla definizione, da parte della Commissione europea, delle modalità di attuazione e calcolo degli obiettivi di cui al comma 1, il Ministero dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare può adottare decreti che determinino tali modalità. 3. Con uno o più decreti del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministero dello sviluppo economico, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono adottate misure per promuovere il recupero dei rifiuti in conformità ai criteri di priorità di cui all'articolo 179 e alle modalità di cui all'articolo 177, comma 4, nonché misure intese a promuovere il riciclaggio di alta qualità, privilegiando la raccolta differenziata, eventualmente anche monomateriale, dei rifiuti. 4. Per facilitare o migliorare il recupero, i rifiuti sono raccolti separatamente, laddove ciò sia realizzabile dal punto di vista tecnico, economico e ambientale, e non sono miscelati con altri rifiuti o altri materiali aventi proprietà diverse. 5. Per le frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata destinati al riciclaggio ed al recupero è sempre ammessa la libera circolazione sul territorio nazionale tramite enti o imprese iscritti nelle apposite categorie dell'Albo nazionale gestori ambientali ai sensi dell'articolo 212, comma 5, al fine di favorire il più possibile il loro recupero privilegiando il principio di prossimità agli impianti di recupero. 6. Al fine di favorire l'educazione ambientale e contribuire alla raccolta differenziata dei rifiuti, i sistemi di raccolta differenziata di carta e plastica negli istituti scolastici sono esentati dall'obbligo di autorizzazione in quanto presentano rischi non elevati e non sono gestiti su base professionale. 7. Le amministrazioni interessate provvedono agli adempimenti di cui al presente articolo con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica".

⁷² Direttiva 2008/98/CE art. 3, punto 11).

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.

Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"

di CORBETTA SERENA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

4. La raccolta differenziata, ovvero la base delle attività di recupero e riciclaggio.

La raccolta differenziata, garantendo l'individuazione di frazioni merceologiche omogenee, è propedeutica a tutte le attività di trattamento (da intendersi come tutte le operazioni di recupero, ivi incluse quelle di riutilizzo, preparazione al riutilizzo e riciclaggio) e di smaltimento⁷³; per questo motivo costituisce uno degli strumenti principali per il raggiungimento degli obiettivi ambientali ed economici menzionati in apertura del presente capitolo.

Escludendo le filiere costituite da particolari categorie di rifiuti (quali ad esempio i veicoli, gli oli esausti, le apparecchiature elettriche ed elettroniche, le pile e gli accumulatori) che vengono gestiti separatamente lungo canali dedicati, si nota come la raccolta differenziata, si sia particolarmente sviluppata nel settore dei rifiuti da imballaggio.

Le ragioni di questa situazione sono da rinvenire nelle peculiari caratteristiche merceologiche degli imballaggi⁷⁴ e, di conseguenza, dei rifiuti da imballaggio, i quali rappresentano una categoria di rifiuti particolarmente importante, tanto da comparire fra i flussi "prioritari" individuati dal programma nazionale di prevenzione dei rifiuti⁷⁵.

Un primo elemento che giustifica il particolare interesse del legislatore europeo (e nazionale) per il settore degli imballaggi è dato dalle sue considerevoli dimensioni sia economiche che gestionali. Dal punto di vista economico, a livello mondiale il consolidato della produzione di imballaggi del 2009 ha raggiunto i 430 miliardi di Euro, il cui 27,5% è stato originato in Europa⁷⁶. A livello gestionale, i rifiuti di imballaggio rappresentano la componente più importante dei rifiuti solidi

⁷³ CLERICI S., *Il settore dei rifiuti*, in GILARDONI A., a cura di, *Introduzione alla economia e gestione delle public utilities*, Milano, AGICI Publishing Division, 2012, p. 73 ss.

⁷⁴ L'art. 3 comma 1 della direttiva 1994/62/CE definisce "imballaggio": "tutti i prodotti composti di materiali di qualsiasi natura, adibiti a contenere e a proteggere determinate merci, dalle materie prime ai prodotti finiti, a consentire la loro manipolazione e la loro consegna dal produttore al consumatore o all'utilizzatore, e ad assicurare la loro presentazione. Anche tutti gli articoli «a perdere» usati allo stesso scopo devono essere considerati imballaggi". Il medesimo articolo precisa che fra gli imballaggi si individuano le seguenti tre tipologie: "a) «imballaggio per la vendita o imballaggio primario», cioè imballaggio concepito in modo da costituire nel punto di vendita un'unità di vendita per l'utente finale o il consumatore; b) «imballaggio multiplo o imballaggio secondario», cioè imballaggio concepito in modo da costituire, nel punto di vendita, il raggruppamento di un certo numero di unità di vendita indipendentemente dal fatto che sia venduto come tale all'utente finale o al consumatore, o che serva soltanto a facilitare il rifornimento degli scaffali nel punto di vendita. Esso può essere rimosso dal prodotto senza alterarne le caratteristiche; c) «imballaggio per il trasporto o imballaggio terziario», cioè imballaggio concepito in modo da facilitare la manipolazione e il trasporto di un certo numero di unità di vendita oppure di imballaggi multipli per evitare la loro manipolazione e i danni connessi al trasporto. L'imballaggio per il trasporto non comprende i container per i trasporti stradali, ferroviari e marittimi ed aerei".

⁷⁵ Gli altri flussi di rifiuti individuati dal programma nazionale di prevenzione sono i rifiuti biodegradabili, i rifiuti cartacei, i rifiuti da apparecchiature elettriche ed elettroniche e i rifiuti da costruzione e demolizione. Si veda *Programma Nazionale di Prevenzione dei Rifiuti*, in G.U. del 18.10.2013, n. 245, cit., par. 6 ss.

⁷⁶ ISTITUTO ITALIANO IMBALLAGGIO, *Linee guida per la conformità alla Direttiva 1994/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti da imballaggio*, 2011, disponibile su <http://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.conai.org%2Fhpmdoc.asp%3FIdDoc%3D1901&ei=fUJUU7boGOSK4gSljICgBA&usg=AFQjCNG-cFlznspE3nW12KsK9QiaI5Mdw&bvm=bv.64542518.d.bGQ>, p. 11 ss.

urbani: circa il 50% in volume e il 35% in peso⁷⁷. A propria volta, i rifiuti solidi urbani, pur costituendo solo il 10% del totale dei rifiuti generati, giocano un ruolo chiave nelle politiche ambientali per via della loro composizione merceologica, della presenza sul territorio di una moltitudine di soggetti che li producono e, soprattutto, per la loro stretta dipendenza dai consumi⁷⁸.

Un secondo elemento è costituito dal fatto che gli imballaggi si trasformeranno quasi tutti in rifiuti da imballaggio⁷⁹: quindi enormi quantità di prodotto si trasformeranno in equivalenti quantità di rifiuto con un rapporto praticamente di 1:1.

Un terzo elemento è dato dalla “*continuità qualitativa*” fra gli imballaggi e i rifiuti da imballaggio: diversamente dagli altri beni di consumo, infatti, gli imballaggi diventano rifiuti una volta che hanno assolto alla loro funzione iniziale⁸⁰ e non invece (o non necessariamente) ad esito di un processo di deterioramento⁸¹. Inoltre, grazie alla loro omogeneità merceologica ed al fatto che non vi sia alcuna “dispersione” del valore dei materiali che costituiscono gli imballaggi dal momento in cui vengono utilizzati a quello in cui vengono dismessi, la loro valorizzazione economica, rispetto ad altre tipologie di rifiuti, risulta particolarmente semplice, oltre che redditizia⁸².

Per tutte queste ragioni, il settore degli imballaggi e della raccolta differenziata dei rifiuti di imballaggiosi trova “sotto i riflettori” da diverse decine di anni e ben si presta ad un’analisi delle dinamiche ormai consolidate che lo caratterizzano non solo con riferimento agli aspetti ambientali, ma anche a quelli economici e concorrenziali sui quali si concentrerà prevalentemente l’analisi che segue.

⁷⁷ Si tratta di un dato approssimativo in quanto la definizione di rifiuto solido urbano non è declinata uniformemente in tutti i Paesi dell’unione, elemento questo che porta a delle distorsioni dei valori statistici. EUROPEAN ENVIRONMENTAL AGENCY, *Managing municipal solid waste — a review of achievements in 32 European countries*, Report n. 2/2013, specificamente il paragrafo 2.6 Uncertainties in reporting — packaging waste in municipal waste. Inoltre, il peso dell’imballaggio tende ad avvicinarsi a quello del prodotto contenuto e spesso capita che ne superi il volume. Sul punto, CALISSE A., *La gestione dei rifiuti.*, cit., p. 472.

⁷⁸ Si veda http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Municipal_waste_statistics.

⁷⁹ In questo senso si esprime l’ISPRA nei rapporti sui rifiuti urbani 2012 e 2013 E 2014????, in cui si assume per tutte le analisi effettuate che “*la produzione annuale di rifiuti di imballaggio sia equivalente all’impresso al consumo di imballaggi dello stesso periodo*”. Si vedano ISPRA, *Rapporto rifiuti urbani 2012*, cit., p. 9 e ISPRA, *Rapporto rifiuti urbani 2013*, cit., p. 35. ISPRA *Rapporto rifiuti urbani 2014*, cit., p. 140.

⁸⁰ Di contenere, di favorire il trasporto, di fornire informazioni, di pubblicizzare etc. Si veda anche d.lgs. 152/2005, art. 218, comma 1, lettera a) che fonda la definizione di imballaggio proprio sulla descrizione delle sue funzioni: “*il prodotto, composto di materiali di qualsiasi natura, adibito a contenere determinate merci, dalle materie prime ai prodotti finiti, a proteggerle, a consentire la loro manipolazione e la loro consegna dal produttore al consumatore o all’utilizzatore, ad assicurare la loro presentazione, nonché gli articoli a perdere usati allo stesso scopo*”.

⁸¹ BLASI, E., *Le recenti aperture*, cit., p. 189: “*mentre nella generalità dei beni di consumo, il disfacimento da parte del detentore, che è comunque frutto di una scelta discrezionale, consegue generalmente a processi di deterioramento, la trasformazione in rifiuto di imballaggio non discende dal deterioramento dello stesso, ma dal venir meno della sua funzione iniziale*”.

⁸² BLASI, E., *Le recenti aperture*, cit.

4.1. La disciplina di settore: la raccolta differenziata dei rifiuti da imballaggio.

La disciplina del settore dei rifiuti di imballaggio è fornita dalla Direttiva n. 1994/62/CE (“Direttiva imballaggi”)⁸³ che è stata adottata allo scopo di raggiungere tre fondamentali obiettivi: i) prevenire e ridurre gli impatti negativi sull’ambiente causati da questa tipologia di rifiuti, ii) garantire il funzionamento del mercato interno ed evitare distorsioni alla concorrenza, iii) armonizzare le politiche nazionali già sviluppatesi in materia di gestione degli imballaggi e dei rifiuti da imballaggio⁸⁴.

Per “prevenzione” la direttiva intende: la riduzione della quantità e della nocività per l’ambiente delle materie e sostanze utilizzate negli imballaggi e nei rifiuti di imballaggio, oltre alla riduzione degli imballaggi e rifiuti di imballaggio nella fase del processo di produzione nonché in quelle della commercializzazione della distribuzione, dell’utilizzazione e dello smaltimento, in particolare attraverso lo sviluppo di prodotti e di tecnologie non inquinanti⁸⁵.

Per il conseguimento dell’obiettivo della prevenzione e riduzione degli impatti ambientali negativi dei rifiuti da imballaggio, la Direttiva imballaggi individua (oltre ad una serie di misure preventive che ricalcano i contenuti di quelle menzionate nella direttiva quadro sui rifiuti⁸⁶) i requisiti essenziali concernenti la fabbricazione, la composizione, la riutilizzabilità e la recuperabilità degli imballaggi⁸⁷, fissa i livelli di concentrazione dei metalli pesanti ammessi negli imballaggi⁸⁸ e stabilisce precisi target di recupero e riciclaggio dei rifiuti da imballaggio⁸⁹.

⁸³ Direttiva n. 1994/62/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 1994, sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio. Tale direttiva è stata modificata dalla successiva Direttiva 2004/12/CE.

⁸⁴ Come si vedrà più diffusamente in seguito, in Germania i primi provvedimenti relativi alla gestione dei rifiuti di imballaggio sono di qualche anno antecedenti la direttiva comunitaria: un decreto federale del 1989 sulla resa e la consegna di contenitori in plastica di bevande e un’ordinanza sull’etichettatura, limitazione, riduzione e riciclo dei contenitori per bevande, nonché la nota *Ordinanza Toepfer* del 1991. In Francia, invece, sin dal 1975 una legge affidava ai comuni o raggruppamenti di comuni l’onere di eliminare i rifiuti urbani, nonché la possibilità di prevedere una regolamentazione volta ad agevolare il recupero dei materiali e degli elementi e forme di energia utilizzabili. Su entrambi i punti GERELLI E., FRANCIA C., *La “nuova generazione” delle normative ambientali*, cit., p. 83 ss. in cui gli autori analizzano il problema dei rifiuti di imballaggio. Anche in Italia il d.l. 397/1988, convertito con modificazioni in legge 9 novembre 1988, n. 475 e recante disposizioni urgenti in materia di smaltimento dei rifiuti industriali, all’art. 9-quater, comma 1 prevedeva già una forma di raccolta differenziata: “*Le attività di smaltimento dei rifiuti urbani di cui all’art. 3, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1982, n. 915, sono svolte dai comuni secondo modalità volte ad assicurare la raccolta differenziata. Tale servizio di raccolta differenziata viene attivato entro il 1° gennaio 1990. Le regioni provvedono, sulla base di indirizzi generali fissati dal Ministero dell’ambiente, a regolamentare la raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani con l’obiettivo prioritario della separazione dei rifiuti di provenienza alimentare, degli scarti di prodotti vegetali e animali, o comunque ad alto tasso di umidità, dai restanti rifiuti*”.

⁸⁵ Direttiva 1994/62/CE, art. 3 – *definizioni*, comma 4.

⁸⁶ *Id.*, art. 4 che richiama, in particolare, gli strumenti dei programmi nazionali, della responsabilità del produttore.

⁸⁷ *Id.*, Allegato II.

⁸⁸ *Id.*, art. 11.

⁸⁹ Originariamente, l’art. 6 della direttiva prevedeva, entro la data limite del 30 giugno 2001, il raggiungimento dei seguenti obiettivi: (a) recupero o incenerimento, presso impianti di incenerimento dei rifiuti con recupero di energia, di una quantità compresa fra il 50% e il 65% in peso di rifiuti d’imballaggio; (b) riciclaggio (con un minimo del 15% per ogni materiale di imballaggio) di una quantità compresa fra il 25% e il 45% in peso di tutti i materiali di imballaggio contenuti nei rifiuti d’imballaggio. A seguito degli aggiornamenti apportati dalla direttiva 2004/12/CE, gli obiettivi sono stati modificati come segue: (a) recupero od incenerimento, presso impianti di incenerimento dei rifiuti

Ciascuno Stato Membro è tenuto a garantire il raggiungimento dei menzionati target approntando, con le modalità e i criteri organizzativi ritenuti più opportuni, sistemi organizzativi, o “*compliance schemes*”, a) *di restituzione e/o raccolta* degli imballaggi usati e/o dei rifiuti di imballaggio generati dal consumatore, da altri enti finali o dal flusso di rifiuti per smistarli verso le soluzioni di gestione più appropriate; oltre che b) *di reimpiego o recupero*, incluso il riciclaggio degli imballaggi e/o dei rifiuti di imballaggio raccolti, al fine di conformarsi agli obiettivi definiti nella direttiva⁹⁰.

Per il conseguimento del secondo obiettivo, ossia per garantire il rispetto dei principi generali del diritto della concorrenza, la direttiva impone agli Stati Membri che i propri sistemi organizzativi siano aperti alla partecipazione di tutte le parti interessate e concepiti in modo da evitare discriminazioni tra prodotti importati, od ostacoli agli scambi o distorsioni alla concorrenza⁹¹. Inoltre, la direttiva precisa che la valorizzazione economica degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio debba essere effettuata al fine di garantirne il massimo rendimento possibile in conformità con il Trattato⁹².

Infine, l’obiettivo dell’armonizzazione delle politiche nazionali già sviluppatesi in materia di gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio viene perseguito prevedendo: i) un ambito di applicazione delle disposizioni particolarmente ampio, riguardando tutti gli imballaggi immessi sul mercato europeo e tutti i rifiuti di imballaggio utilizzati o prodotti da industrie, esercizi commerciali, uffici, negozi, servizi, nuclei domestici e a qualsiasi altro livello, qualunque siano i materiali che li compongono⁹³, ii) l’adozione e applicazione degli standard ambientali per la conformità degli imballaggi comune a tutti gli Stati Membri⁹⁴, iii) seppur con scadenze diverse, il raggiungimento di target di recupero e riciclaggio comuni a tutti gli Stati Membri⁹⁵.

Tuttavia, si rileva come la scelta di lasciare gli Stati Membri liberi di individuare il proprio modello organizzativo *ad hoc*, o “*compliance scheme*”, in considerazione delle caratteristiche tipiche del singolo mercato nazionale di riferimento⁹⁶, abbia favorito lo sviluppo di modalità attuative degli obiettivi ambientali imposti anche profondamente differenti fra loro. Questa soluzione ha, da una lato, permesso di gestire problematiche specifiche con soluzioni “customizzate” e non

con recupero di energia, di un minimo del 60% dei rifiuti d’imballaggio; (b) riciclaggio di una quantità compresa fra il 55% e l’80% dei rifiuti d’imballaggio; (c) per i materiali contenuti nei rifiuti d’imballaggio, raggiungimento delle specifiche percentuali di riciclaggio del 60% per il vetro, la carta e il cartone; 50% per i metalli; 22,5% per la plastica e 15% per il legno.

⁹⁰ Direttiva 1994/62/CE, art. 7.

⁹¹ *Id.*, diciottesimo considerando e art. 7: “*Questi sistemi sono aperti alla partecipazione economica degli operatori economici dei settori interessati e alla partecipazione delle competenti autorità pubbliche. Essi si applicano anche ai prodotti importati in condizioni non discriminatorie, incluso quanto attiene alle modalità previste e alle eventuali tariffe imposte per accedere a detti sistemi, e devono essere concepiti in modo da evitare ostacoli agli scambi o distorsioni della concorrenza in conformità con il Trattato*”.

⁹² *Id.*, considerando 18.

⁹³ *Id.*, art. 2.

⁹⁴ *Id.*, artt. 9, 10 e 11 e Allegato II.

⁹⁵ *Id.*, art. 6.

⁹⁶ *Amplius infra*, par. 5

standardizzate, ma dall'altro ha impedito il raggiungimento della piena armonizzazione delle legislazioni nazionali ed ha reso più difficile il coordinamento fra i differenti sistemi, fattore che ha originato un ricco contenzioso di fronte alla Commissione e alla Corte di Giustizia Europea, in quanto la conformità dei compliance schemes ai principi del Trattato, e in particolare a quelli a tutela della concorrenza, ha dovuto essere valutata "caso per caso"⁹⁷. A ciò si aggiungano le disconomie derivanti dal fatto che gli operatori del mercato debbono adeguare i loro imballaggi ai requisiti di ogni singolo Stato Membro, operazione che riduce grandemente la possibilità (o addirittura impedisce) di avvantaggiarsi delle opportunità commerciali nel mercato interno mediante la vendita dello stesso prodotto nello stesso imballaggio su vari mercati⁹⁸.

5. Gestione integrata dei rifiuti: individuazione dei mercati rilevanti – considerazioni generali.

Illustrati i caratteri generali della disciplina comunitaria in materia di gestione dei rifiuti da imballaggio, occorre ora entrare nel vivo della trattazione e considerare le problematiche concorrenziali derivanti dall'impianto normativo e organizzativo appena descritto.

Passaggio preliminare indispensabile per la corretta impostazione e analisi delle problematiche concorrenziali è la determinazione del c.d. "mercato rilevante" nel quale sviluppare l'indagine⁹⁹.

Come noto, questa operazione risulta molto complessa, posto che non esiste una modalità univoca per valutare i numerosi parametri economici necessari per giungere alla perimetrazione del mercato di riferimento¹⁰⁰ e che, a seconda della sua delimitazione, la valutazione di una medesima condotta può assumere connotazioni differenti in termini di rilevanza antitrust¹⁰¹.

⁹⁷ *Amplius infra*, Parte II, cap. I.

⁹⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Attuazione della direttiva 94/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio e sul suo impatto sull'ambiente e sul funzionamento del mercato interno - Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo*, 06.12.2006, COM(2006) 767 def., par. 2 – L'impatto sul mercato interno.

⁹⁹ BRUZZONE G., *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, in *AGCM – temi e problemi*, n. 1, 1995, disponibile su http://www.agcm.it/component/joomdoc/doc_download/2633-tp1.html, p. 12: "L'individuazione del mercato rilevante va correttamente intesa non come un fine a se stante, ma come una delle fasi funzionali alla valutazione concorrenziale di un atto o di un comportamento".

¹⁰⁰ FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, Nuova Edizione 2010, pp. 31-39. Nel manuale, gli AA. richiamano, quali parametri fondamentali, i concetti di sostituibilità dal lato della domanda (intesa come fungibilità dei prodotti) e di sostituibilità dal lato dell'offerta (intesa come capacità di un'impresa di convertire la propria produzione in breve periodo e senza la necessità di investimenti eccessivi). Successivamente all'applicazione di questi due parametri, per determinare il grado di concorrenza presente all'interno del mercato individuato, si considerano ulteriori elementi quali: la presenza di concorrenti attuali e potenziali e quindi la presenza di eventuali barriere all'ingresso nel mercato di nuovi concorrenti; la presenza di sunk costs, ossia di costi irrecuperabili qualora l'impresa decida di uscire dal mercato; la presenza di economie (di scala, di gamma, etc); la presenza di effetti di rete.

¹⁰¹ BRUZZONE G., *L'individuazione del mercato rilevante*, cit., pp. 15-16 : "L'individuazione del mercato rilevante nella valutazione di una fattispecie è il passo che precede l'analisi delle condizioni strutturali del mercato (quote di mercato, grado di concentrazione) e delle altre informazioni disponibili per valutare se ex ante (nell'esame delle concentrazioni e dell'oggetto delle intese) ci sia il rischio di comportamenti anticoncorrenziali o se ex post (nell'esame dei presunti abusi di posizione dominante e degli effetti delle intese) tali comportamenti siano stati realizzati".

Secondo la dottrina dominante¹⁰², l'individuazione del mercato rilevante consente di identificare "quella zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto, le imprese che forniscono quel prodotto, o altri ad esso sostituiti, si pongono fra loro in un rapporto di concorrenza diretta e attuale". Ne viene che le dimensioni di cui si compongono i mercati sono due: quella merceologica e quella geografica, mediante le quali si individueranno un mercato del prodotto e un mercato geografico¹⁰³.

Nell'applicazione delle regole della concorrenza, come detto, la definizione del mercato rilevante è funzionale all'accertamento della rilevanza delle condotte delle imprese. Tale operazione risulta particolarmente importante per la determinazione delle c.d. "condotte di abuso", vale a dire l'abuso di posizione dominante e la costituzione di concentrazioni¹⁰⁴.

Con riferimento alle ipotesi di abuso di posizione dominante, l'individuazione corretta del mercato rilevante costituisce una pre-condizione necessaria per poter procedere allo scrutinio della legittimità della condotta il quale prende le mosse dalla dimostrazione che l'impresa in questione detiene una posizione dominante in un dato mercato, il che, a propria volta, presuppone evidentemente che il mercato medesimo sia già stato individuato¹⁰⁵.

Analogamente, nel caso delle concentrazioni, la valutazione del potere di mercato derivante dall'operazione scrutinata ha lo scopo di stabilire se esso sia tale da indebolire annullare la concorrenza in un dato mercato. Pertanto, anche in questo caso, la corretta individuazione del mercato è una precondizione necessaria per poter procedere con l'analisi concorrenziale¹⁰⁶.

Meno rigoroso sembrerebbe, invece, lo scrutinio sulla determinazione del mercato rilevante che le autorità debbono effettuare nel caso delle intese, laddove esse rilevano una volta che la restrizione che provocano alla concorrenza raggiunge la c.d. "soglia minima" di intensità¹⁰⁷.

Se da un punto di vista logico, tale distinguo ha una sua giustificazione, la Commissione europea nella comunicazione sul mercato rilevante¹⁰⁸ non vi fa accenno; pertanto gli strumenti per la de-

¹⁰² FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., p. 40.

¹⁰³ BRUZZONE G., *L'individuazione del mercato rilevante*, cit., pp. 25-26 in cui l'A. critica la prassi europea di definire separatamente il mercato del prodotto e quello geografico: "Un'ultima considerazione riguarda la prassi comunitaria di definire separatamente il mercato rilevante del prodotto e il mercato geografico rilevante. A rigore appare preferibile considerare l'aspetto geografico e quello del prodotto come due dimensioni rispetto alle quali individuare il mercato rilevante. Infatti, la sostituibilità dal punto di vista geografico e quella dal punto di vista dei prodotti non sono indipendenti tra loro: ad esempio, due prodotti possono essere in rapporto di significativa sostituibilità in una data area e non esserlo in un'altra".

¹⁰⁴ Cass. Civ. sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3638.

¹⁰⁵ FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., p. 52 ss., VERDURE C., *Competition law in the waste sector: how to define the relevant market*, in ECLR, n. 4, 2012, pp.166, 167.

¹⁰⁶ VERDURE C., *Competition law in the waste sector*, cit., p. 166.

¹⁰⁷ VERDURE C., *id.*: "[the definition of a relevant market is required] where it is impossible, without such a definition, to determine whether the agreement, decision by an association of undertakings or concerted practice at issue is liable to affect trade between Member States and has its object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market".

¹⁰⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza - Comunicazione della Commissione*, in G.U. 97 /C 372/ 03.

terminazione del mercato rilevante non subiscono modifiche nella loro applicazione che deve essere di volta in volta ben ponderata, a seconda della fattispecie oggetto di analisi.

Fatte queste brevi e molto generali premesse sul concetto di mercato rilevante, è ora possibile passare all'esame delle particolarità del settore dei rifiuti.

In termini di mercato del prodotto, si evidenzia come questo possa notevolmente cambiare a seconda dello specifico "criterio" su cui si basa l'analisi.

Ad esempio, la natura pericolosa o meno dei rifiuti, così come la loro origine (domestica/urbana o industriale/commerciale) danno vita a diversi flussi o filiere che la normativa europea e nazionale disciplina in maniera differente e che, pertanto, si ritiene delimitino differenti mercati¹⁰⁹.

Simili considerazioni valgono per le c.d. *regolazioni settoriali*, ossia quelle normative (europee e nazionali) che si occupano di specifiche categorie di rifiuti: in tali casi, è la tipologia di rifiuto che costituisce il criterio su cui basare le considerazioni in termini di mercato rilevante¹¹⁰.

Anche il metodo di gestione dei rifiuti può costituire un criterio idoneo a determinare un mercato: la gerarchia dei rifiuti proposta dalla Direttiva 2008/98/CE, individuando fra i metodi di gestione dei rifiuti un preciso ordine di preferenza, rende le singole opzioni fra loro non sostituibili e, di conseguenza, introduce un criterio idoneo ad individuare differenti mercati¹¹¹.

Lo stesso dicasi per la tipologia di autorizzazione necessaria per gestire certe tipologie di rifiuti o per ricorrere a determinati processi di trattamento.

La dottrina ha rilevato come dall'applicazione di criteri così puntuali deriva una forte segmentazione dei mercati che potrebbe falsare gli esiti dell'analisi delle problematiche concorrenziali: infatti, a mercati molto piccoli corrisponde necessariamente un numero molto ridotto di operatori, situazione che potrebbe condurre ad individuare (erroneamente) una situazione di *dominanza di fatto* dei pochi operatori presenti in ciascuno dei mercati individuati¹¹².

Dal punto di vista del mercato geografico, la situazione non appare molto differente: un ruolo determinante viene giocato anche in questo caso dalla normativa. In particolare, alcuni principi di matrice europea quali il principio di prossimità¹¹³, il principio di autosufficienza¹¹⁴, le normative

¹⁰⁹ AGCM, *HERA/ACEGAS – APS Holding*, C11744, 28.09.2012, par. 41.

¹¹⁰ Si pensi alle normative dedicate ai rifiuti da apparecchiature elettriche ed elettroniche o a quelle relative alle pile ed accumulatori, rispettivamente disciplinate dalla Direttiva 2012/19/UE che modifica la precedente Direttiva 2002/96/CE (recepita in Italia con d.lgs. 151/2005, recentemente abrogato da d.lgs. 27/2014 e d.lgs. 49/2014); la Direttiva 2013/56/UE che modifica la direttiva 2006/66/CE (recepita in Italia dal d.lgs. 188/2008, successivamente modificato dal d.lgs. 21/2011). Sul punto, VERDURE C., *id.*: "the sectoral regulation in the area of waste shape the product's characteristics into criteria that determine the market's definition. The consequence of this is that different types of waste will be not substitutable from a legal stand point. The corollary is that, depending on the management method envisioned, certain categories of waste will not be substitutable with each other".

¹¹¹ VERDURE C., *id.*, p. 170.

¹¹² VERDURE C., *id.*

¹¹³ Direttiva 2008/98/CE, art. 16, comma 2: "La rete [integrata e adeguata di impianti di smaltimento dei rifiuti e di impianti per il recupero dei rifiuti urbani non differenziati provenienti dalla raccolta domestica, inclusi i casi in cui detta raccolta comprenda tali rifiuti provenienti da altri produttori, tenendo conto delle migliori tecniche disponibili] è concepita in modo da consentire alla Comunità nel suo insieme di raggiungere l'autosufficienza nello smaltimento dei rifiuti nonché nel recupero dei rifiuti di cui al paragrafo 1 e da consentire agli Stati membri di mirare indivi-

che regolano il trasporto e la movimentazione dei rifiuti¹¹⁵, specialmente se pericolosi, tendono a ridurre l'ampiezza del mercato geografico di riferimento e a ricreare la segmentazione cui si accennava nel paragrafo precedente¹¹⁶.

La scelta di applicare un criterio di sostituibilità piuttosto che un altro deve sottendere una ponderata scelta di *policy*: in particolare, la definizione di mercati di dimensioni (merceologiche o geografiche) ridotte implica la volontà di prendere in esame anche la formazione o l'esercizio di poteri relativamente deboli e, viceversa, la definizione di mercati di dimensioni maggiori indica l'intenzione di concentrarsi solo su poteri forti¹¹⁷. Evidentemente, la scelta di *policy* deve essere ben calibrata rispetto alle esigenze del caso concreto per risultare efficace¹¹⁸.

dualmente al conseguimento di tale obiettivo, tenendo conto del contesto geografico o della necessità di impianti specializzati per determinati tipi di rifiuti”.

¹¹⁴ *Id.*, art. 16, comma 3: “*La rete [integrata e adeguata di impianti di smaltimento dei rifiuti e di impianti per il recupero dei rifiuti urbani non differenziati provenienti dalla raccolta domestica, inclusi i casi in cui detta raccolta comprenda tali rifiuti provenienti da altri produttori, tenendo conto delle migliori tecniche disponibili] permette lo smaltimento dei rifiuti o il recupero di quelli menzionati al paragrafo 1 in uno degli impianti appropriati più vicini, grazie all'utilizzazione dei metodi e delle tecnologie più idonei, al fine di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente e della salute pubblica”.*

¹¹⁵ Regolamento (CE) n. 1013/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle spedizioni di rifiuti (G.U.U.E. 12 luglio 2006, n. L 190) e relativi documenti attuativi e di modifica. Regolamento (CE) n. 1418/2007 della Commissione, del 29 novembre 2007, relativo all'esportazione di alcuni rifiuti destinati al recupero, elencati nell'allegato III o III A del regolamento (CE) n. 1013/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, verso alcuni paesi ai quali non si applica la decisione dell'OCSE sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti (G.U.U.E. 4 dicembre 2007, n. 316) e relativi documenti attuativi e di modifica.

¹¹⁶ VERDURE C., *id.*, p. 172-173.

¹¹⁷ BUCCIROSSI P., *Scelte di policy e definizione del mercato rilevante: un modello strategico*, in *AGCM – temi e problemi*, n. 10, 2000, disponibile su http://www.agcm.it/component/joomdoc/doc_download/2642-tp10.html, p. 15: “*La scelta di un valore critico di sostituibilità per la definizione del mercato rilevante comporta una scelta di policy. Vediamo perché e in che modo. Se la soglia viene fissata ad un livello molto elevato, immaginiamo prossimo ad 1, alcuni dei prodotti, che pure hanno un elevato grado di sostituibilità con il bene prodotto dalle imprese in esame, sono da escludersi dal mercato rilevante. Al limite, se il valore critico è posto pari ad 1, solo i perfetti sostituti devono essere inclusi nel mercato. Ciò porta alla definizione di mercati particolarmente ristretti. Il potere che un'impresa potrebbe esercitare se controllasse l'offerta di un insieme di prodotti così limitato è sicuramente non superiore a quello che avrebbe se potesse determinare le condizioni di offerta di un insieme di prodotti più ampio. Una volta definito il mercato rilevante, un'AA si preoccupa della formazione o dell'esercizio di un potere in tale ambito. La definizione di mercati di dimensioni (merceologiche o geografiche) ridotte implica la volontà di prendere in esame anche la formazione o l'esercizio di poteri relativamente deboli. Siccome il ragionamento è in termini relativi, vale anche il reciproco di questa affermazione. Si può dunque dire, in conclusione, che scegliere il grado di sostituibilità che due prodotti devono possedere per essere collocati nello stesso mercato implica la scelta di un livello massimo di distorsione concorrenziale che un'AA sarebbe disposta a tollerare”.*

¹¹⁸ Un esempio pratico di come la delimitazione dei mercati di riferimento debba essere effettuata tenendo in considerazione l'obiettivo che si intende perseguire è contenuto nella Decisione della Commissione del 17 settembre 2001, n. 2001/837/EC, DSD et al.par. 96: “*La Commissione ritiene che i servizi richiesti da DSD alle imprese esercenti lo smaltimento dei rifiuti costituiscono il mercato della raccolta e della cernita di imballaggi di vendita usati presso il consumatore finale privato, un mercato distinto sia da quello della gestione tradizionale dei rifiuti domestici sia da quello dello smaltimento dei rifiuti delle imprese commerciali e delle industrie. Ai fini della presente decisione non occorre procedere ad un'ulteriore segmentazione del mercato rilevante in funzione dei singoli tipi di materiale (ad esempio vetro, cartone ...) o di attività economiche elementari (ad esempio raccolta, trasporto, cernita ...), poiché non inciderebbe sulla valutazione sotto il profilo della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1”.*

5.1. (segue) Gestione integrata dei rifiuti: individuazione dei mercati rilevanti – la filiera dei rifiuti di imballaggio.

Con specifico riferimento alla filiera dei rifiuti di imballaggio, la Commissione europea, utilizzando come criterio l'attività economica posta in essere dagli operatori ai vari livelli della filiera di gestione dei rifiuti, ha individuato tre mercati rilevanti: i. quello dell'organizzazione di sistemi/soluzioni alternative per assolvere alle obbligazioni ambientali; ii. quello della raccolta/trasporto dei rifiuti; iii. quello relativo alle fasi a valle della raccolta (scomponibile, come meglio vedremo in seguito, nei due ulteriori segmenti di mercato del trattamento e dello smaltimento)¹¹⁹.

Con riferimento al mercato dell'organizzazione dei c.d. *compliance schemes*, la Direttiva imballaggi fornisce i principi di base e lascia agli Stati membri il compito di declinarne i contenuti nella fase di recepimento. In particolare, l'art. 7 della Direttiva imballaggi demanda agli Stati membri l'adozione delle misure necessarie per garantire che siano introdotti sistemi di: a) restituzione e/o raccolta degli imballaggi usati e/o dei rifiuti di imballaggio generati dal consumatore, da altri utenti finali o dal flusso di rifiuti per smistarli verso le soluzioni di gestione dei rifiuti più appropriate; b) reimpiego o recupero, incluso il riciclaggio degli imballaggi e/o dei rifiuti di imballaggio raccolti.

Concretamente, tali obbligazioni sono state assolte alternativamente mediante la costituzione di sistemi collettivi, oppure, ricorrendo a soluzioni individuali adottate dai singoli soggetti obbligati. La scelta per l'una o l'altra soluzione risulta essere in linea di principio indifferente¹²⁰.

Quanto alla definizione del *mercato del prodotto*, la tradizionale classificazione dei rifiuti - a seconda dell'origine, in urbani e speciali e, a seconda della pericolosità, in pericolosi e non pericolosi¹²¹ - viene ripresa anche con riguardo ai rifiuti di imballaggio che si distinguono in domestici, ossia provenienti da consumatori privati, e industriali, ossia provenienti da utenze industriali o commerciali¹²².

Tale distinzione rileva ai fini dell'individuazione di quelli che la Commissione definisce “*sub-markets*” (o segmenti di mercato): quello relativo ai rifiuti domestici e quello relativo ai rifiuti in-

¹¹⁹ EUROPEAN COMMISSION, DG COMPETITION, *Paper*, cit., par. 33: “*In general, three principal levels of activities may be distinguished as regards packaging waste management systems, namely (i) the organisation of systems/alternative solutions to fulfill the environmental obligations, (ii) the collection/sorting of packaging waste and (iii) the recovery/marketing of secondary material. Each level has been found by the Commission to constitute a different market*”.

¹²⁰ *Id.*, par. 34: “*At the first level (or market), collective systems and alternative solutions organize the collection and recovery of packaging waste. They offer their services to the companies obliged by the national laws implementing the Packaging Directive. Obligated companies may either take part in a collective system or opt for an individual solution. Both possibilities appear to be equally well suited to meet the targets of the Packaging Directive. The two options are thus, in principle, to be considered basically interchangeable*”.

¹²¹ d.lgs. 152/2006, art. 184

¹²² Si precisa che per le tre tipologie di imballaggi individuate dalla Direttiva imballaggi, ossia imballaggi primari, secondari e terziari sono previsti diversi circuiti di gestione: in particolare, le prime due categorie rientrano nel circuito dei rifiuti domestici (o direttamente, o in virtù del principio dell'assimilazione), mentre la terza rientra nel circuito dei rifiuti industriali.

dustriali. Secondo la Commissione, infatti, si tratterebbe di due distinti mercati per via delle sostanziali differenze che ne caratterizzano la relativa organizzazione pratica, i requisiti legali e i titoli autorizzativi per l'esercizio delle attività¹²³.

Inoltre, a seconda della normativa specificamente adottata all'interno di ogni singolo Stato Membro, la Commissione avverte anche che si potrebbero individuare ulteriori segmenti di mercato a seconda dell'appartenenza degli imballaggi a specifici settori produttivi (es. quello alimentare) o della loro composizione merceologica¹²⁴. Ci si potrebbe trovare quindi di fronte a compliance schemes organizzati per soddisfare le esigenze del segmento di mercato dei rifiuti di imballaggio domestico, oppure quelle del segmento di mercato dei rifiuti di imballaggio industriale, oppure ancora a sistemi dedicati a specifiche tipologie di rifiuti di imballaggio individuate in base al settore produttivo o al materiale di riferimento. In quest'ultimo caso, i mercati individuabili saranno tanti quanti le tipologie di materiale considerato: generalmente, le principali frazioni merceologiche sono carta, vetro, legno, plastica, alluminio, acciaio¹²⁵.

Passando al mercato della raccolta dei rifiuti di imballaggio¹²⁶, la Commissione ricorda che la suddivisione in due mercati, quello dei rifiuti di imballaggio domestici e quello dei rifiuti di imballaggio commerciali/industriali, ricalca le forme del primo mercato analizzato, posto che sono i compliance schemes a dover organizzare la fase della raccolta¹²⁷.

Altri due elementi portano la Commissione a ritenere che, in base all'origine dei rifiuti, siano individuabili due mercati separati.

In primo luogo, la *logistica*: mentre per la raccolta di rifiuti domestici occorre attrezzarsi per servire una molteplicità di punti di raccolta (le singole abitazioni) che normalmente producono modeste quantità di rifiuti, ma necessitano di una frequenza di ritiro piuttosto elevata; per quella dei

¹²³ EUROPEAN COMMISSION, DG COMPETITION, *Paper*, cit., par.35: “*Sub-markets for household packaging waste and commercial packaging waste. In general, the practical organisation, the functional substitutability of the products and services from a demand side perspective as well as the legal requirements differ appreciably between the collection of packaging waste from private consumers (household packaging waste) on the one hand and from the industry and large commercial enterprises (commercial packaging waste) on the other hand. For this reason, the market for the organisation of systems/solutions for household packaging waste may normally be distinguished from the market for the organisation of systems/solutions for commercial packaging waste*”.

¹²⁴ *Id.*, par. 36: “*Depending on the specific rules in each Member State, it may also be necessary to identify sub-markets for systems/solutions for specific sectors or for specific materials*”.

¹²⁵ Il caso italiano conosce proprio questa impostazione: come si vedrà *infra* Parte II, Capitolo II, sotto l'ombrello del CONAI, sono individuabili sei ulteriori consorzi ciascuno dedicato alla gestione di una specifica componente merceologica di imballaggio.

¹²⁶ Si considerano normalmente parte di questo mercato anche le fasi immediatamente successive del trasporto e della cernita. EUROPEAN COMMISSION, DG COMPETITION, *Paper*, cit., par. 37: “*The second level (or market) is that for the collection and sorting of packaging waste. In this market, the systems/solutions obtain the collection and sorting services from private and public companies for packaging waste. However, the collection and sorting markets may also constitute separate markets*”. Il paper specifica in nota che la raccolta e cernita costituiscono due mercati differenti ad esempio quando i sistemi di gestione dei rifiuti organizzano procedure di selezione ad evidenza pubblica differenziate, oppure quando di fatto le imprese che gestiscono le due fasi sono differenti.

¹²⁷ Come si vedrà meglio *infra*, Parte II, Capitolo I, nella maggior parte dei casi, ciascun compliance scheme, infatti, conclude appositi accordi con gli operatori che procederanno concretamente allo svolgimento delle attività di raccolta.

rifiuti industriali, invece, la logistica deve tener conto di un numero di punti di raccolta limitato, ma produttivo di grandi quantità di rifiuti che possono essere ritirati con scadenze meno ravvicinate¹²⁸.

In secondo luogo, la composizione o tipologia dei materiali raccolti: nel caso dei rifiuti di provenienza domestica alcuni materiali vengono raccolti in maniera indifferenziata e separati successivamente, mentre nel caso dei rifiuti industriali la selezione avviene direttamente alla fonte¹²⁹.

La Commissione ricorda comunque che, a seconda della normativa dei singoli Stati membri e della tipologia ed organizzazione degli impianti di trattamento a valle della raccolta, si potrebbero individuare ulteriori segmenti di mercato sulla base di specifiche frazioni merceologiche gestite con flussi dedicati¹³⁰.

Inoltre, la Commissione specifica che spesso il flusso dei rifiuti di imballaggio tende a intercettare quello di altri rifiuti; nello specifico, ci si riferisce ai rifiuti industriali. Sul punto la Commissione precisa che sebbene alcuni rifiuti di imballaggio industriali siano accumulati insieme ad altri tipi di rifiuti industriali e nonostante in qualche misura la logistica per la loro raccolta sia simile, a seconda delle normative dei vari Stati membri, ci potrebbero essere requisiti legali differenti in termini autorizzatori o di adempimenti specifici richiesti solo per alcuni rifiuti. Di conseguenza, trovandosi in tali ipotesi, la raccolta di rifiuti di diversa tipologia nei medesimi contenitori potrebbe risultare problematica.

Ciò premesso, normalmente l'esecuzione materiale della raccolta/trasporto/cernita e gli adempimenti pratici vengono demandati dai compliance schemes ad altre imprese pubbliche o private (c.d. gestori) con le quali concludono specifici contratti. Le concrete modalità di gestione del servizio di raccolta possono essere riepilogate come segue.

Il soggetto gestore può procedere alla raccolta dei rifiuti in vari modi: o adottando la modalità "porta a porta"¹³¹, oppure ritirandoli dai cassonetti adibiti nelle piazzole ecologiche o lungo i marciapiedi e si occupa altresì della fase di trasporto dei rifiuti sino all'impianto di trattamento.

L'organizzazione di queste due fasi è strutturalmente molto semplice: infatti, prendendo ad esempio il caso italiano, per poter svolgere tali attività, una volta ottenute tutte le autorizzazioni previste dalla normativa¹³² ed effettuata l'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali¹³³, l'operatore

¹²⁸ EUROPEAN COMMISSION, DG COMPETITION, *Paper*, cit., par. 39.

¹²⁹ *Id.*, par. 40.

¹³⁰ *Id.*, par. 41.

¹³¹ Che comporta la distribuzione presso l'utenza di appositi contenitori da utilizzare per i propri rifiuti.

¹³² L'importanza di questo passaggio non deve essere sottovalutata, infatti, nel nostro paese la fase autorizzativa risulta essere particolarmente complessa ed articolata, la sua durata spesso non è prevedibile o è incerta a causa della farraginosità e della generale instabilità della legislazione ambientale e dei servizi pubblici locali, oltre che della sovrapposizione di competenze in capo a diversi enti che devono coordinarsi fra loro. Tutti questi elementi sono tali da rendere difficile lo sviluppo di importanti considerazioni di tipo economico e strategico che vanno ad incidere negativamente sui potenziali investimenti e sul conseguente sviluppo del settore.

¹³³ D.lgs. 152/2005, art. 212, comma 5: "L'iscrizione all'Albo è requisito per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti, di bonifica dei siti, di bonifica dei beni contenenti amianto, di commercio ed intermediazione dei rifiuti senza detenzione dei rifiuti stessi. Sono esonerati dall'obbligo di cui al presente comma le organizzazioni di cui agli articoli 221, comma 3, lettere a) e c), 223, 224, 228, 233, 234, 235 e 236, al decreto legislativo 20 novem-

deve attrezzarsi di appositi contenitori da distribuire all'utenza affinché vi disponga i propri rifiuti, di veicoli per la raccolta di rifiuti¹³⁴, di personale addetto alla guida dei suddetti veicoli e deve disporre di un ricovero per i veicoli medesimi¹³⁵. Non occorrono, dunque, investimenti iniziali particolarmente onerosi e la configurazione del servizio è tale per cui non vi sono economie di scala, se non entro i limiti delle dimensioni del veicolo utilizzato per la raccolta, bensì *economie di densità*, tali per cui il prezzo del servizio si abbassa in funzione dei costi del trasporto per raggiungere gli utenti¹³⁶. Per questo, i grossi operatori non sono in linea di massima favoriti rispetto ai piccoli operatori nella misura in cui questi ultimi sono in grado di soddisfare tutta la domanda, salvo nel caso di grossi comuni dove il territorio da servire è molto vasto ed occorre implementare notevolmente le proprie dotazioni organiche per garantirne l'intera copertura. La capacità di offrire l'intera copertura, infatti, risulta necessaria per poter sfruttare al meglio le citate economie di densità, motivo per cui il servizio viene normalmente attribuito ad unico operatore per ciascuna municipalità, replicandosi le dinamiche tipiche del monopolio naturale dove non è economicamente conveniente avere più di un fornitore¹³⁷.

bre 2008, n. 188, e al decreto legislativo 25 luglio 2005, n. 151, limitatamente all'attività di intermediazione e commercio senza detenzione di rifiuti oggetto previste nei citati articoli. Per le aziende speciali, i consorzi di comuni e le società di gestione dei servizi pubblici ci cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n.267, l'iscrizione all'Albo è effettuata con apposita comunicazione del comune o del consorzio di comuni alla sezione regionale territorialmente competente ed è valida per i servizi di gestione dei rifiuti urbani prodotti nei medesimi comuni. Le iscrizioni di cui al presente comma, già effettuate alla data di entrata in vigore della presente disposizione, rimangono efficaci fino alla loro naturale scadenza”.

¹³⁴ In particolare, i veicoli utilizzati devono garantire che i rifiuti raccolti separatamente non vengano miscelati fra loro e avere altre determinate caratteristiche che garantiscano la corretta movimentazione dei rifiuti. Ai fini del presente studio non occorre scendere ulteriormente nel dettaglio.

¹³⁵ BARONI P., *La regolazione e il controllo nei servizi di gestione dei rifiuti urbani*, in ATZORI A. et al., *La regolazione e il controllo dei servizi di gestione dei rifiuti urbani. Buone pratiche di regolazione locale*, Milano, Franco Angeli, 2010, p. 37: “*La raccolta dei rifiuti, differenziati e indifferenziati, pur se effettuata con l'ausilio di mezzi meccanici, è un'attività ad alta intensità di lavoro. Gli investimenti principali sono costituiti dai mezzi di raccolta e dai contenitori, entrambi ammortizzabili in pochi anni (3-7 anni) e comunque non vincolati all'uso in una località specifica, che presentano quindi caratteristiche di recuperabilità dei costi. Il servizio nel suo complesso è organizzativamente semplice, una volta definite le aree da servire, le modalità e le frequenze, il personale e i mezzi da utilizzare, il ciclo di lavoro è ripetitivo*”.

¹³⁶ UK OFFICE OF FAIR TRADING, *More competition, less waste – public procurement and competition in the municipal waste management sector*, May 2005, p. 22 ss.: “*Unlike treatment, the collection of municipal waste is relatively easy for many firms to provide. Small firms are likely to be able to deliver waste collection contracts as efficiently as larger firms. This is in the absence of significant economies of scale and scope. The irrecoverable costs involved are not likely to be significant and entry barriers are relatively low. Average costs of collection will fall with rising output (economies of scale) to a limited extent, that is, only up to the size of the collection vehicle. More significant will be the cost advantages that firms with contracts to collect waste from closely located households possess over those firms having to travel greater distances between households to collect the waste (economies of density)*”.

¹³⁷ Per una analisi economica della situazione di monopolio naturale, GIOCOLI N., *Impresa, concorrenza, regole. Elementi per un'analisi economica*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 112 ss. L'A. fornisce la seguente definizione: “*Un'industria è in monopolio naturale quando una singola impresa può fornire un certo bene o servizio all'intero mercato ad un costo inferiore di quanto potrebbero fare due imprese. Ciò accade quando, a causa della presenza di forti economie di scala, la dimensione efficiente di un'impresa può fornire il prodotto al mercato al minimo costo*”. Per “*economie di scala*” l'A. precisa di riferirsi a “*situazioni in cui al crescere della produzione, il costo medio totale diminuisce. La dimensione efficiente di un'impresa è individuata dalla quantità (o serie di quantità) per la quale il*

Stante questo modello organizzativo, risultano dunque concretamente attuabili le sole politiche di *concorrenza per il mercato* in luogo di quelle di *concorrenza nel mercato*¹³⁸.

Passando all'analisi del mercato geografico, sia per via della logistica appena descritta, sia per via dei costi di trasporto dei rifiuti, ma anche con riferimento all'organizzazione del terzo mercato, quello del trattamento dei rifiuti che si considererà fra poco, e quindi alla tipologia e localizzazione degli impianti, risulta intuitivo far coincidere il mercato della raccolta dei rifiuti di imballaggio di origine domestica con i confini comunali (molto raramente intercomunali o regionali), mentre il mercato della raccolta dei rifiuti di imballaggio di tipo industriale risulta essere più ampio, normalmente nazionale, ma in alcuni casi anche sovranazionale¹³⁹.

Venendo infine al terzo ed ultimo livello di attività considerate dalla Commissione, occorre anzitutto precisare le ragioni per cui le fasi di trattamento e/o smaltimento¹⁴⁰ dei rifiuti costituiscono un mercato diverso da quello della raccolta.

In primo luogo, si rileva come tale ultimo mercato sia caratterizzato da dinamiche organizzative ed economiche molto più complesse rispetto a quello della raccolta.

Dal punto di vista organizzativo, occorre evidentemente fare riferimento ad un impianto (sia esso trattamento meccanico, biologico, di valorizzazione energetica o di tipo ibrido, oppure, nel caso dello smaltimento, ad una discarica). Le autorizzazioni necessarie alla costruzione e alla conduzione di tali impianti sono frutto di procedimenti enormemente più complicati rispetto a quelli relativi alla sola raccolta e trasporto di rifiuti: le competenze autorizzatorie sono in questo caso (almeno) regionali (spesso statali) e i relativi procedimenti sono particolarmente complessi ed articolati, dovendo tener conto di una molteplicità di disposizioni che vanno dall'urbanistica, alla tutela dell'ambiente, della salute e della sicurezza sul lavoro, all'igiene pubblica¹⁴¹.

In secondo luogo i *sunk costs* risultano molto elevati e gli investimenti rischiosi per via della continua evoluzione normativa e tecnologica di questo settore, fattori che rendono il mercato particolarmente volatile e i ritorni economici incerti.

Inoltre, questa tipologia di impianti necessita di un bacino di utenza minimo per garantire, da un lato, il pieno sfruttamento delle economie di scala e, dall'altro, il loro corretto dimensionamento rispetto alle esigenze delle diverse comunità.

costo medio totale è minimo". Sul tema della configurazione del servizio di raccolta quale servizio attribuito ad un unico operatore, sul tema della privativa comunale e sull'assimilazione, si tornerà più approfonditamente *infra* Parte II, Capitolo II.

¹³⁸ La fase di attribuzione del servizio e, segnatamente, il ricorso alla gara o ad altre procedure ad evidenza pubblica è di fondamentale importanza per garantire la gestione concorrenziale del servizio, *infra* Parte III, Capitolo II.

¹³⁹ EUROPEAN COMMISSION, DG COMPETITION, *Paper*, cit., par 44.

¹⁴⁰ Con il termine "trattamento" si intendono tutti i passaggi che possono seguire alla raccolta e vale a dire il riciclo, il recupero, il riutilizzo (anche se, a rigore, il riutilizzo concerne beni che non sono ancora tecnicamente diventati rifiuti), la preparazione al riutilizzo.

¹⁴¹ Le procedure autorizzatorie sono regolate dagli artt. 208 ss. In particolare, l'art. 208 prevede che: "*I soggetti interessati alla realizzazione e gestione di nuovi impianti di smaltimento o di recupero di rifiuti, anche pericolosi, devono presentare apposita domanda alla Regione competente per territorio, allegando il progetto definitivo dell'impianto e la documentazione tecnica prevista per la realizzazione del progetto stesso prevista dalle disposizioni vigenti in materia di urbanistica, di tutela ambientale, di salute, di sicurezza sul lavoro e di igiene pubblica*".

Infine, anche da un punto di vista di formazione professionale degli addetti, la preparazione richiesta, non tanto rispetto allo smaltimento, quanto al trattamento, è molto più specifica.

In termini di mercato del prodotto, la Commissione rileva come ciascun materiale sottoposto a trattamento/recupero costituisca un mercato separato indipendentemente dal fatto che si tratti di rifiuti di imballaggio o di altra tipologia di rifiuto, purché del medesimo materiale¹⁴².

Quanto al mercato geografico, la Commissione ritiene che esso normalmente coincida con il territorio nazionale di ciascuno Stato membro, ma registra una progressiva internazionalizzazione di questo specifico settore, con la creazione di mercati di estensione sovranazionale o europea¹⁴³.

6. Conclusioni.

Analizzate anche le problematiche generali dell'importanza del settore dei rifiuti e impostata la trattazione di quelle di tipo concorrenziale, la parte introduttiva del presente lavoro può dirsi conclusa.

Nei capitoli che seguono ci si addenterà nel dettaglio dell'analisi delle singole problematiche concorrenziali che si presentano lungo l'intera filiera della gestione integrata dei rifiuti di imballaggio.

Da un punto di vista formale, ricalcando l'impostazione dei problemi effettuata dalla Commissione che si ritiene particolarmente adeguata per condurre lo studio "per macroproblemi" che si intende affrontare, il lavoro verrà suddiviso in tre parti, ciascuna corrispondente ad uno dei mercati appena descritti.

Pertanto, nel prossimo capitolo si procederà all'analisi del mercato dell'organizzazione dei compliance schemes. Dopo una preliminare descrizione delle problematiche concorrenziali ed un loro inquadramento sistematico, si analizzeranno, in chiave comparata, i principali casi pratici che sono giunti di fronte alla Commissione, al Tribunale ed alla Corte di Giustizia. Lo scopo della trattazione sarà quello di evidenziare i processi argomentativi utilizzati in sede europea dagli organi competenti per valutare i comportamenti delle parti che hanno avuto una qualche rilevanza concorrenziale.

Si guarderà con particolare attenzione al modo in cui le considerazioni teoriche relative al rapporto ambiente e concorrenza ed al relativo bilanciamento di valori elaborate nel primo capitolo del presente lavoro sono state "calate" nei singoli casi concreti.

Un apposito capitolo verrà dedicato allo studio del caso italiano. Nella valutazione del funzionamento del sistema di riferimento, CONAI, si applicherà il medesimo schema di analisi "per livelli" adottato in sede europea al fine di garantire non solo uniformità e armonia nella trattazione dei problemi, ma soprattutto di facilitare parallelismi ed evidenziare differenze in maniera anche intuitiva.

Una volta conclusa l'analisi del mercato dell'organizzazione dei compliance schemes, si passerà allo studio del mercato della raccolta. Per quanto, come ampiamente argomentato sopra, il merca-

¹⁴² EUROPEAN COMMISSION, DG COMPETITION, *Paper*, cit., par. 43.

¹⁴³ *Id.*, par. 46.

to della raccolta dei rifiuti assuma una dimensione nazionale, un corretto inquadramento dei temi di discussione non potrà prescindere da uno scrupoloso studio delle problematiche considerando- le nella relativa cornice giuridica europea. Nello specifico, la trattazione fornirà in primis tutti gli elementi necessari per comprendere le ragioni in base alle quali il settore dei servizi pubblici locali viene unanimemente considerato come la “cartina di tornasole” da utilizzare nella valutazione del ruolo occupato dal diritto della concorrenza in un dato ordinamento.

Conclusa questa prima parte, si procederà all’approfondimento delle problematiche “tipicamente” italiane: in primo luogo il problema della privativa comunale; in secondo luogo gli strumenti da utilizzare per favorire lo sviluppo della concorrenza nel settore dei servizi pubblici. Con riguardo a questo secondo tema, si cercherà di valutare gli esiti del lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale attorno al tema dell’affidamento, accennando anche ad argomenti meno discussi, ma di altrettanta importanza quali il migliore uso dello strumento dell’evidenza pubblica, il ruolo della regolazione e l’importanza del controllo e monitoraggio della corretta gestione dei servizi nelle fasi successive all’affidamento.

Infine, l’ultima parte del lavoro verrà dedicata ai mercati a valle della raccolta.

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.
Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"
di CORBETTA SERENA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

PARTE II

Il mercato dei compliance schemes

CAPITOLO I

I compliance schemes e problematiche concorrenziali: i casi europei

1. – Compliance schemes: inquadramento sistematico delle problematiche concorrenziali. 2. – Compliance schemes e art. 101 TFUE. 2.1. – Accordi orizzontali. 2.2. – accordi verticali. 2.3. – Difese. 3. – Compliance schemes e art. 102 TFUE. 3.1. – Difese. 4. – Compliance schemes: analisi comparata dei casi pratici. 4.1. – La Germania e il sistema consortile Duales System Deutschland (“DSD”). 4.1.1. – Organizzazione e funzionamento del sistema DSD. 4.1.2. – Specifiche problematiche concorrenziali: abuso di posizione dominante. 4.1.3. – (segue) Specifiche problematiche concorrenziali: intese. 4.2. – La Francia e il sistema privatistico su base volontaria di Ecoemballages. 4.2.1. – Organizzazione e funzionamento del sistema Eco-Emballages. 4.3. – L’Austria e il sistema Altstoff Recycling Austria (“ARA”). 4.4. – L’Inghilterra, il sistema Valpak e gli altri sistemi minori.

1. Compliance schemes: inquadramento sistematico delle problematiche concorrenziali.

Si è già accennato nel capitolo precedente che la direttiva 1994/62/CE ha demandato ai singoli Stati membri l’organizzazione di appositi sistemi che curassero la restituzione e/o raccolta degli imballaggi usati e/o dei rifiuti di imballaggio.

L’esito di questa previsione è stata la creazione di sistemi organizzativi per assolvere alle obbligazioni ambientali sviluppati a livello nazionale¹.

Ai fini di un inquadramento sistematico nell’ambito delle figure tipiche del diritto della concorrenza, i compliance schemes, indipendentemente dalle specifiche modalità organizzative e di funzionamento, si inseriscono nella cornice normativa dell’art. 101 TFUE trattandosi di accordi (“agreements”), segnatamente di *forme contrattuali complesse*, conclusi fra imprese (“undertakings”) operanti o sullo stesso livello economico (“horizontal agreements”), o su livelli economici differenti (“vertical agreements”).

La peculiarità di questi accordi è rappresentata dal loro “contenuto ambientale”, coincidente con la finalità di assolvere determinati obblighi o di raggiungere determinati obiettivi ambientali (si parla infatti più correttamente di “environmental agreements”).

Premesso che tali accordi non sono in linea di principio vietati e che anche qualora risultassero rilevanti ai fini dell’art. 101(1) TFUE sarebbe possibile valutarne l’essenzialità ai sensi dell’art.

¹ Questa situazione frammentaria viene considerata con apprensione dagli studiosi della concorrenza e del mercato. Ad esempio HAVERLAND M., *Convergence of National governance under European integration? The case of packaging waste*, paper prepared for presentation at the panel “The EU is domestic politics” at the Fifth Biennial International Conference of the European Community Studies Association, Seattle, Washington, USA, May 29 – June 1, 1997, par. 3 – *The European Directive on packaging and packaging waste: “diversity in a field which is closely related to the free movement of goods, potentially threatens the proper function of the international market”*.

101(3) TFUE, un primo interrogativo da porsi riguarda proprio il ruolo del contenuto ambientale degli accordi nell'ambito della valutazione della loro compatibilità con l'art. 101 TFUE².

Secondo le conclusioni a cui si è giunti nel capitolo di apertura del presente lavoro, i soli fattori ambientali non dovrebbero essere sufficienti a “salvare” un accordo altrimenti anticoncorrenziale: il contributo che un accordo apporta alla realizzazione di obiettivi non concorrenziali, infatti, sarebbe in ogni caso da valutare in via sussidiaria rispetto ai valori tradizionali di concorrenza ed efficienza³. Come si vedrà tra breve, la giurisprudenza europea, soprattutto nelle decisioni precedenti il processo di modernizzazione del diritto della concorrenza, ha dato un'applicazione particolarmente elastica di questo principio.

Un secondo interrogativo, riguarda invece la rilevanza dei compliance schemes ai fini dell'art. 102 TFUE, posto che nella quasi totalità degli ordinamenti analizzati⁴ il modello di compliance scheme sviluppato a livello nazionale ha progressivamente assunto il ruolo di soggetto dominante, se non addirittura monopolista⁵.

Lo scrutinio delle eventuali responsabilità degli operatori deve quindi essere condotto sulla base degli articoli 101 e 102 del Trattato.

Per quanto riguarda invece la tematica delle concentrazioni, si rileva che, relativamente a questo primo mercato in analisi⁶, non si sono verificati specifici casi: in nessuno degli Stati membri, infatti, i compliance schemes alternativi a quello in posizione dominante sono riusciti ad organizzarsi in modo da raggiungere le caratteristiche minime necessarie per impedire in maniera significativa la concorrenza, ossia, in termini pratici, per occupare una posizione dominante. In molti casi, fra i quali quello italiano, essi non hanno neppure raggiunto le caratteristiche minime per poter ottenere il riconoscimento ad operare, nonostante la possibilità prevista dalla legge di organizzarsi a propria volta in maniera “associata” o “collettiva”⁷.

² BAILEY P. M., *The application of competition law and policy to environmental agreements in an oligopolistic market*, in SSRN, FEEM Working Paper n. 73, 2000, available at http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=248118: “Although Article 81(2) states that an agreement that meets the specifications of Article 81(1) “shall be automatically void”, Article 81(3) provides an exception to Article 81(1) where the agreement either contributes to the improvement of the production or distribution of goods, or promotes technical or economic progress. However, the agreement must result in consumers receiving a fair share of the benefit that results. Furthermore, the restriction on competition: 1) must be indispensable to the attainment of the objectives of the agreement; and 2) must not allow the firms to eliminate competition with regard to a substantial part of the products affected by the environmental agreement. Thus, in the event that an environmental agreement restrains competition, the question arises as to whether it could meet one of these exemptions”.

³ *Supra*, Parte I, Capitolo I, par. 4.3.

⁴ Con la sola eccezione del caso Inglese, *infra* par. 4.4.

⁵ Per un'interessante analisi delle problematiche concernenti gli accordi ambientali conclusi in un mercato monopolistico, si rimanda a BAILEY P. M., *The application of competition law and policy to environmental agreements in an oligopolistic market*, in SSRN, FEEM Working Paper n. 73, 2000, available at http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=248118.

⁶ Nei mercati della raccolta e in quelli a valle della raccolta il tema delle concentrazioni ha avuto qualche maggiore sviluppo pratico che sarà debitamente considerato nei prossimi capitoli.

⁷ Il tema della difficoltà di “emergere” per i sistemi individuali e quindi poter competere con il sistema collettivo in posizione dominante verrà trattato nel dettaglio con riguardo al caso italiano *infra* Parte II, Capitolo II.

2. Qualificazione dei compliance scheme: accordi ambientali.

I compliance schemes, in quanto “*sistemi contrattuali conclusi fra imprese e amministrazioni pubbliche per il raggiungimento di obiettivi ambientali*”, rientrano nella categoria degli “*environmental agreements*” o “*accordi in materia ambientale*”⁸.

La definizione fornita a livello europeo precisa che “*con gli accordi in materia di tutela ambientale le parti si impegnano a ridurre l'inquinamento secondo la normativa o gli obiettivi di tutela ambientale indicati in particolare nell'articolo 174 del trattato*”⁹; che “*l'obiettivo o le misure concordati devono essere direttamente collegati alla riduzione di una sostanza inquinante o di un tipo di rifiuto riconosciuto come tale nei relativi regolamenti*”; e che sono esclusi dalla definizione “*gli accordi che provocano una riduzione dell'inquinamento quale effetto collaterale di altre misure*”.

L'efficacia dei potenziali vantaggi derivanti dall'utilizzo degli accordi ambientali (in particolare, la possibilità di promuovere il comportamento proattivo dell'industria, di fornire soluzioni più efficaci in termini di costi e di assicurare un rapido raggiungimento degli obiettivi ambientali)¹⁰ dipende in maniera diretta dal loro grado di trasparenza (ossia dalla presenza di obiettivi chiari e predeterminati), dal loro livello di enforcement (inclusa la possibilità di irrogare sanzioni o l'utilizzo di meccanismi atti a scoraggiare comportamenti non conformi), nonché dalla limitazione del fenomeno del free-riding (ad esempio prevedendo alcuni benefici per coloro che entrano a far parte dell'accordo)¹¹.

Pertanto risultano di fondamentale importanza gli strumenti adottati per la loro attuazione.

⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo sugli accordi ambientali*, 27.11.1996, COM(96) 561 definitivo (“*Comunicazione sugli accordi ambientali*, COM(96) 561”).

⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 81 del Trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale*, 06.01.2001, pubblicato in GUCE 2001/C 3/02, (“*Linee direttrici sugli accordi orizzontali del 2001*, GUCE 2001/C 3/02”), par. 179, definizione ripresa anche in COMMISSIONE EUROPEA, *Gli accordi ambientali a livello di Comunità nel quadro del piano di azione “Semplificare e migliorare la regolamentazione”*: *Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale, al Comitato delle Regioni*, 17.07.2002, COM(2002)412 def, (“*Comunicazione sugli accordi ambientali*, COM(2002)412”), par. 1, p. 4.

¹⁰ VAN CALSTER G., DEKETELAERE K., *The use of voluntary agreements in the European Community's Environmental Policy*, in ORTS E., DEKETELAERE K., *Environmental contracts: comparative approaches to regulatory innovation in the United States and Europe*, London, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 2001, par. 3 – *The 1996 Communication*, p. 203 ss.

¹¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione sugli accordi ambientali*, COM(96) 561, cit., in particolare par. III: *Considerazioni generali sugli accordi ambientali in quanto strumento politico*, dove vengono elencati gli “aspetti positivi”: *favorire un approccio proattivo da parte dell'industria, efficacia rispetto ai costi, un più rapido conseguimento degli obiettivi ed i “rischi” di ineffettività degli accordi in mancanza di: un chiaro impegno e la determinazione da parte delle autorità a perseguire obiettivi ambientali ben definiti e di appositi strumenti applicativi e sanzioni*, infine il rischio di *free riding*: poiché vincolano solo coloro che si sono impegnati, gli accordi ambientali possono offrire vantaggi unilaterali a coloro che non vi partecipano. Nel paragrafo successivo, IV: *Orientamenti generali sul ricorso agli accordi ambientali*, par. 17-24, la Commissione fornisce una sorta di check-list di caratteristiche che dovrebbero evitare il “fallimento” di un accordo ambientale. Tali elementi sono: la partecipazione del maggior numero di operatori favorita con una fase di consultazione iniziale; la vincolatività dell'accordo da garantire adottando la forma contrattuale; la quantificazione degli obiettivi e la previsione di obiettivi intermedi; il monitoraggio dei risultati; la pubblicità e trasparenza dei contenuti dell'accordo e dei risultati; infine, la presenza di un controllo esterno e indipendente dei risultati raggiunti.

La Commissione ha affermato che il “contratto”, in virtù del carattere della vincolatività, è lo strumento che “meglio si presta all'applicazione delle disposizioni specifiche contemplate nelle direttive comunitarie nel caso degli accordi ambientali”¹².

Normalmente, l'onere di gestire gli aspetti problematici degli accordi grava sull'industria ed è per questo che spesso essi sono supportati da sofisticate strutture di autogoverno che fanno sorgere dubbi circa la loro legittimità in quanto, per via del loro basso livello di conoscibilità e trasparenza, potrebbero facilmente favorire condotte collusive fra i partecipanti con ciò provocando distorsioni alla concorrenza¹³.

Inoltre, se a tali aspetti si aggiunge anche l'asimmetria informativa che tipicamente caratterizza il settore ambientale, la posizione di debolezza dei pubblici poteri ed il rischio che gli interessi pubblici da essi tutelati corrono di essere sacrificati in nome di quelli dell'industria, risulta evidente¹⁴.

Per questo, la Commissione ha chiarito ulteriori contenuti minimi che gli accordi devono rispettare: innanzi tutto, devono indicare il regime giuridico (pubblico o privato) al quale sono sottoposti, individuare con precisione le parti dell'accordo e definire altrettanto puntualmente i contenuti dell'accordo, le obbligazioni assunte dalle parti e le rispettive responsabilità. Nel caso di coinvolgimento di associazioni industriali, l'accordo deve indicare se queste agiscono in nome proprio, oppure in rappresentanza dei loro iscritti di modo da poter valutare l'ingiusta esclusione o ammissione di un soggetto all'accordo. L'accordo deve inoltre stabilire le condizioni e la procedura per l'adesione (right to join), così come la durata dell'accordo (tendenzialmente coincidente con il raggiungimento di tutti gli obiettivi prefissati), la possibilità di recesso unilaterale (unilateral termination), nonché la possibilità di revisione dei contenuti dell'accordo per adattarlo al progresso tecnologico o ai cambiamenti delle condizioni di mercato¹⁵.

Infine, vi è un richiamo espresso alla necessità che gli accordi ambientali rispettino le norme europee sulla concorrenza, in particolare, la disciplina delle intese.

¹² COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione sugli accordi ambientali*, COM(96) 561, cit., par. 19. Sul punto, si veda VAN CALSTER G., DEKETELAERE K., *The use of voluntary agreements*, cit., p. 208: “The Commission believes that a contract is the best format for concluding environmental agreements. Contracts are binding for both parties and provide clear framework, which may include sanctions in the case of non compliance and are enforceable through court decisions. The effect on third parties is of course more controversial and depends on national law. An understanding is often implicit that no legislative action will be proposed as long as the agreement works satisfactorily. Such an understanding would serve to enhance the enforcement of the agreement”.

¹³ LEHMAN M. A., *Voluntary environmental agreements and competition policy*. The case of the German system for packaging waste management, in *Environ. Resour. Econ.*, n. 28, 2004, pp. 435-436: “Under a voluntary environmental agreement, it is typically left to industry itself to implement aggregate policy goals stipulated in the arrangement and to solve subsequent coordination and free-riding problems between the participating firms. Hence, such arrangements give often rise to sophisticated institutional structures for self-governance between private actors. This feature, however, has led to the question of whether and to what extent these arrangements do not promote collusive behavior between participating firms, thus leading to distortions of market competition”.

¹⁴ MASTRAGOSTINO F., *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 9.

¹⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione sugli accordi ambientali*, COM(96) 561, cit., par. 26.

2.1. Accordi orizzontali.

La valutazione degli accordi orizzontali di tipo ambientale viene regolata a livello europeo da due documenti: le linee direttrici sugli accordi orizzontali del 2001 e quelle del 2011.

Circa l'applicabilità allo studio degli accordi ambientali dei principi contenuti nelle *Linee direttrici sugli accordi orizzontali del 2001* bisogna fare alcune precisazioni per via del fatto che tali linee guida sono state formalmente sostituite dalle nuove linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 TFUE ("*Linee direttrici sugli accordi orizzontali del 2011*")¹⁶.

In queste ultime, rispetto alla versione del 2001, il paragrafo dedicato agli accordi ambientali è stato soppresso; tuttavia, nel capitolo 7, dedicato agli accordi di normazione¹⁷ vengono espressamente compresi gli "accordi per la definizione di norme di compatibilità ambientale per i prodotti e i processi di produzione" e nei capitoli dedicati agli accordi in materia di ricerca e sviluppo e produzione¹⁸ appaiono alcuni esempi e fattispecie concrete che richiamano i contenuti delle linee direttrici del 2001. Inoltre, la stessa Commissione ha avuto modo di precisare che l'eliminazione del capitolo dedicato agli accordi ambientali non ha implicato una diminuzione di importanza della valutazione dei medesimi, ma semplicemente una loro ricollocazione nel paragrafo generale dedicato alla standardizzazione in quanto meglio confacente ai loro effettivi contenuti¹⁹.

Autorevole dottrina, ritiene che la principale differenza intercorrente fra la prima e la seconda versione delle linee direttrici consista nel "peso" da attribuire ai fattori ambientali nello scrutinio di concorrenzialità delle condotte. Infatti, diversamente dal passato, l'ultima versione delle linee direttrici, in conformità con il processo di modernizzazione del diritto della concorrenza, sembra propendere per una valutazione della conformità degli accordi ambientali basata su fattori prettamente economici (riduzione dei prezzi, aumento della qualità dei prodotti, incoraggiamento

¹⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, 14.01.2011, pubblicato in GUUE 2011/C 11/01 ("*Linee direttrici sugli accordi orizzontali del 2011*", GUUE 2011/C 11/01").

¹⁷ *Id.*, par. 257 ss.

¹⁸ *Id.*, par. 149 – esempio n. 5, par. 329 – esempio n. 5, par. 331 – esempio n. 7.

¹⁹ *Id.*, p. 7, nota 1: "*Le presenti linee direttrici non contengono un capitolo a parte relativo agli "accordi sull'ambiente" come avveniva nelle linee direttrici orizzontali del 2001. La definizione degli standard (o norme) nel settore ambientale, che era l'argomento principale nel capitolo relativo agli accordi ambientali, trova una collocazione più appropriata nel capitolo relativo agli accordi di normazione delle presenti linee direttrici. In generale, a seconda delle questioni di concorrenza sollevate da "accordi ambientali", questi vanno valutati sulla base del relativo capitolo delle presenti linee direttrici (accordi di R&S, produzione, commercializzazione o standardizzazione". Nello stesso senso, EUROPEAN COMMISSION, *Competition: Commission consults on new regime for assessment of horizontal co-operation agreements – Frequently asked questions*, Brussels, 04.05.2010, MEMO/10/163, risposta a quesito 9 - Why is there no longer a separate chapter on environmental agreements in the Draft Horizontal Guidelines?: "*Standard-setting in the environment sector – which was what the current environmental chapter effectively deals with – is more appropriately dealt with in the standardization chapter. The removal of the chapter does not imply any downgrading for the assessment of environmental agreements. On the contrary, instead of having a chapter addressing a narrow aspect of environmental standards, we now make it clear that environmental agreements are to be assessed under the relevant chapter of the Draft Horizontal Guidelines, be it R&D, production, commercialization or standardization*".*

dell'innovazione e facilitazione dell'integrazione dei mercati), tale per cui i benefici ambientali in quanto tali non sarebbero presi in considerazione²⁰.

Tutto ciò considerato, si ritiene di poter correttamente affermare che il documento del 2011 non contraddirebbe i principi sostanziali contenuti nelle linee direttrici del 2001 che continuerebbero ad essere applicabili ai fini della valutazione degli accordi in materia ambientale²¹.

Sulla base di queste conclusioni, pertanto, nell'analisi che segue ci si riferirà ai principi fondamentali di cui alle linee guida del 2001, pur tenendo in debita considerazione le modifiche introdotte da quelle del 2011.

Secondo le Linee direttrici sugli accordi orizzontali del 2001, la compatibilità di un accordo con l'art. 101(1) TFUE, ossia la verifica se abbia per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza va effettuata applicando tre criteri: i. se si tratta di forme di cooperazione che non implicano un coordinamento del comportamento concorrenziale delle imprese nel mercato, allora non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 101(1); ii. se si tratta di accordi aventi ad oggetto una delle c.d. condotte *hard-core*, ossia la fissazione dei prezzi, la limitazione della produzione, la ripartizione dei mercati o della clientela, allora rientrano sicuramente nell'ambito di applicazione dell'art. 101(1); iii. se non è possibile ricondurre l'accordo a nessuna delle due categorie precedenti, allora l'applicabilità dell'art. 101(1) va valutata caso per caso, avvalendosi di criteri relativi al mercato, quali la posizione in esso rivestita dalle parti e altri fattori strutturali²².

Con specifico riferimento agli accordi in materia ambientale, le Linee direttrici sugli accordi orizzontali del 2001 declinano le tre ipotesi menzionate, come segue.

²⁰ WITT A.C., *Public policy goals under EU competition law- now is the time to set the house in order*, in *European Competition Journal*, n. 3, 2012, p. 458: p. 458: “*The new guidelines on horizontal co-operation agreements from 2011 have abandoned the concept of environmental agreements. Instead, they establish the assumption that agreements which set out standards for the environmental performance of products or production processes can give rise to significant efficiency gains by reducing prices, increasing product quality, encouraging innovation and facilitating market integration, which increases consumer choice. In other words, the 2011 guidelines consider efficiency effects the only relevant advantage under Article 101(3) TFEU, whereas environmental benefits as such are not taken into account*”.

²¹ KINGSTON S., *Greening EU competition law and policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 243: “*The 2010 horizontal cooperation guidelines, by contrast, do not [contain a chapter devoted to the competitive assessment of environmental agreements] – although they provide some general criteria for the assessment of horizontal agreements, and deal specifically in one paragraph with environmental standards. The reason given by the Commission for this change is that the environmental chapter in the 2001 guidelines “effectively” dealt with environmental standard-setting, and emphasized that the chapter’s removal “does not imply any downgrading for the assessment of environmental agreements. As a result, while environmental agreements stand to be assessed under the general principles provided for in the 2010 guidelines [...] the substantive principles set out in the 2001 horizontal cooperation guidelines remain a useful framework of analysis in assessing environmental agreements [...]*”.

²² COMMISSIONE EUROPEA, *Linee direttrici sugli accordi orizzontali del 2001*, 2001/C 3/02, cit., par. 24, 25, 26.

Alla categoria i. appartengono:

- gli accordi in cui le parti non sono sottoposte ad un preciso obbligo individuale o sottoscrivono un impegno generico a contribuire al raggiungimento di un obiettivo di tutela ambientale del settore. In tal caso la valutazione deve essere incentrata sullo spazio lasciato alle parti per quanto riguarda i mezzi disponibili economicamente e tecnicamente per il raggiungimento dell'obiettivo di tutela ambientale stabilito. Quanto più i mezzi saranno diversi, tanto minori saranno gli eventuali effetti restrittivi per la concorrenza²³;
- gli accordi che stabiliscono il grado di compatibilità ambientale di prodotti o processi che non hanno effetti considerevoli sulla diversità dei prodotti e della produzione nel mercato rilevante, o la cui importanza ai fini della capacità di influenzare le decisioni di acquisto è marginale²⁴;
- gli accordi che determinano effettivamente la creazione di un mercato, fintantoché le parti non siano in grado di svolgere le loro attività isolatamente e non esistano altre alternative e/o altri concorrenti²⁵. Gli accordi in materia di riciclo vengono menzionati proprio in questa categoria.

Quanto alla categoria ii., sono senza dubbio rilevanti ex art. 101(1) gli accordi che prevedono una cooperazione che non riguarda veramente obiettivi di tipo ambientale, fungendo piuttosto da strumento per creare un cartello dissimulato, cioè organizzato al fine di porre in essere condotte altrimenti proibite di fissazione dei prezzi, limitazione della produzione o ripartizione del mercato o se la cooperazione è utilizzata come uno strumento tra altri, nel quadro di un accordo restrittivo di carattere più generale volto ad escludere concorrenti effettivi o potenziali²⁶.

Alla categoria iii appartengono infine gli accordi che, coinvolgendo una quota significativa del mercato di riferimento, sono idonei

- a restringere in misura notevole la capacità delle parti di progettare le caratteristiche dei prodotti o le loro modalità di produzione e danno loro la possibilità di influenzare reciprocamente la produzione o la vendita o a far diminuire o ostacolare considerevolmente la produzione di terzi, siano essi fornitori o acquirenti²⁷;
- a far gradualmente diminuire o coinvolgere in misura sostanziale una parte considerevole delle vendite delle parti, relativamente ai loro prodotti o ai processi produttivi²⁸;
- a escludere concorrenti potenziali o attuali in base a clausole di esclusiva²⁹.

Evidentemente è proprio quest'ultima categoria quella più problematica e qui si inseriscono gli accordi in materia ambientale che la Commissione ha qualificato come "*borderline*": ad esempio gli accordi per la definizione di standard qualitativi o di processo, accordi volti alla specializza-

²³ Id. par. 185

²⁴ Id. par. 186

²⁵ Id. par. 187

²⁶ Id. par. 188

²⁷ Id. par. 189

²⁸ Id. par. 190

²⁹ Id. par. 191

zione, o ancora alla allocazione delle quote di inquinamento (c.d. Emission Trading Schemes – “ETS”)³⁰.

Anche i compliance schemes fondati su un accordo mediante il quale più attori nel mercato incaricano un'unica impresa per la raccolta/cernita di rifiuti, o per il ritiro e successiva gestione dei propri prodotti usati, o simili, rientrano in quest'ultima ipotesi di accordo orizzontale la cui compatibilità con i principi della concorrenza va valutata, pertanto, caso per caso³¹.

2.2. Accordi verticali.

Quanto alle possibili restrizioni verticali della concorrenza, gli orientamenti del 2010³² affermano che queste possono essere integrate solo qualora la concorrenza ad uno o a più livelli della catena commerciale sia insufficiente, cioè qualora esista un certo grado di potere di mercato a livello del fornitore, dell'acquirente, o di entrambi.

Come per gli accordi orizzontali, anche in questo caso si individuano tre possibili situazioni da valutare.

In particolare: gli accordi definiti “di importanza minore”, ossia quelli non suscettibili di pregiudicare in modo significativo gli scambi fra Stati membri, o che non abbiano per oggetto o per effetto quello di restringere sensibilmente il gioco della concorrenza, non rientrano nell'applicazione dell'art. 101(1) TFUE³³; gli accordi contenenti una delle condotte *hard-core* sono sicuramente rilevanti ai fini dell'applicabilità dell'art. 101(1) TFEU³⁴; infine, per tutti gli altri, la rilevanza concorrenziale deve essere valutata ricorrendo ad un approccio controfattuale che tenga conto del loro contesto giuridico ed economico³⁵ che consideri i seguenti elementi: la natura dell'accordo; la posizione di mercato delle parti; la posizione di mercato dei concorrenti; la posizione di mercato degli acquirenti dei prodotti oggetto del contratto; le barriere all'ingresso sul mercato; la maturità del mercato; il livello della catena commerciale; la natura del prodotto³⁶.

Un esempio di accordo verticale in materia ambientale potenzialmente contrario ai principi della concorrenza è dato dalle *clausole di esclusiva* presenti in numerosi contratti del settore della raccolta dei rifiuti³⁷.

2.3. Difese.

In entrambe le ipotesi di accordo orizzontale e verticale analizzate, la rilevanza ai fini dell'art. 101(1) TFUE potrebbe essere esclusa qualora si verificassero le condizioni di cui al terzo comma del medesimo articolo, a mente del quale le disposizioni del primo comma: “*possono essere di-*

³⁰ KINGSTON S., *Greening*, cit., p. 242 ss.

³¹ *Id.* p. 251

³² COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, 19.05.2010, pubblicato in GU 2010/C 130/01, (“*Orientamenti sulle restrizioni verticali del 2010, 2010/C 130/01*”), par. 6.

³³ *Id.* par. 8

³⁴ *Id.* par. 47

³⁵ *Id.* par. 9

³⁶ *Id.* par. 111

³⁷ KINGSTON S., *Greening*, cit., p. 253

chiarate inapplicabili [...] a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese che contribuisca a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi”.

In altre parole, la valutazione delle restrizioni per oggetto e per effetto ai sensi dell'articolo 101(1) TFUE costituirebbe solo un primo aspetto dell'analisi la quale si conclude solo a seguito della valutazione degli effetti economici positivi degli accordi restrittivi³⁸.

Se sono presenti tutte e quattro le condizioni menzionate dall'art. 101(3) TFUE e dal bilanciamento risulta che gli effetti positivi superano quelli anticoncorrenziali, si dice che l'accordo è in definitiva favorevole alla concorrenza e compatibile con gli obiettivi delle regole di concorrenza comunitarie³⁹.

L'onere della prova circa la presenza delle condizioni necessarie per l'applicabilità del comma terzo incombe sulle parti⁴⁰, la valutazione complessiva della situazione spetta al Tribunale di Primo Grado o alla Corte di Giustizia.

I casi che saranno analizzati nel prosieguo della trattazione serviranno a mostrare come questi principi sono stati applicati nella pratica.

3. Compliance schemes e art. 102 TFUE.

Come già accennato, in diversi casi, i compliance schemes implementati a livello nazionale hanno originato una situazione in cui, a seguito dell'affermazione di un soggetto dominante (“incumbent”), detentore di grandi quote di mercato o comunque principale operatore del mercato di riferimento, il mercato dell'organizzazione di sistemi/soluzioni alternative per assolvere alle obbligazioni ambientali risultava particolarmente concentrato e quindi potenzialmente adatto ad ospitare condotte abusive, anche in considerazione del fatto che la normativa ambientale, prescrivendo specifici standard autorizzatori, di qualità del servizio e di processo risulta idonea a creare forti barriere all'ingresso.

Analogamente a quanto appena fatto con riferimento all'art. 101 TFEU, si procede ora ad analizzare le varie fasi della procedura di scrutinio delle situazioni concorrenziali stabilita dall'art. 102 TFEU e a valutare i principi che esso contiene alla luce delle interpretazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria.

³⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 del Trattato*, 27.04.2004, pubblicato in GU 2004/C 101/08, (“Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81(3) TFUE, 2004/C 101/08”), par. 32. Per un commento sulle linee direttrici, KJØLBYE L., *The new Commission guidelines on the application of article 81(3): an economic approach to article 81*, in *E.C.L.R.*, n. 9, 2004, pp. 566-577.

³⁹ *Id.* par. 33 che a propria volta richiama l'art. 2 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato.

⁴⁰ *Id.* par. 41.

Per stabilire se una determinata condotta sia ascrivibile a quelle previste dall'art. 102 del Trattato, il primo elemento da tenere in considerazione è il potere di mercato del soggetto incumbent⁴¹.

A tal fine, diventa di fondamentale importanza la corretta individuazione del mercato rilevante (sia geografico che del prodotto), in quanto il "peso" delle quote di mercato detenute da un soggetto varia a seconda delle dimensioni del mercato che si prende come riferimento e una inesatta determinazione di quest'ultimo potrebbe distorcere l'analisi dei dati e condurre alla situazione patologica meglio nota come "cellophane fallacy"⁴².

Una volta definito il mercato di riferimento occorre verificare l'esistenza di una posizione dominante e il suo esercizio valutando tutti gli ulteriori elementi o fattori relativi al caso concreto⁴³.

Alcuni di questi sono relativi alla struttura concorrenziale del mercato⁴⁴: i. la posizione di mercato dell'impresa dominante e dei suoi concorrenti (che si valuta tenendo conto ad esempio del numero di concorrenti attuali e potenziali, del loro potere di mercato, della stabilità delle singole quote nel tempo)⁴⁵, ii. la presenza di barriere in espansione e in ingresso (quali le barriere giuridiche, come le tariffe o le quote, o quelle derivanti da vantaggi specificamente goduti dall'impresa dominante, come le economie di scala e di diversificazione, o derivanti dall'accesso privilegiato a fattori di produzione o risorse naturali essenziali, oppure ancora coincidenti con il possesso di tecnologie importanti o con l'esistenza di una rete di distribuzione e di vendita ben consolidata, o, infine, con la presenza di effetti di rete)⁴⁶; iii. il potere contrattuale degli acquirenti (che dipende dalle dimensioni dei clienti o dalla loro importanza commerciale per l'impresa dominante, nonché dalla loro capacità di passare rapidamente a fornitori concorrenti, di favorire nuovi ingressi sul mercato e di integrarsi a livello verticale e di minacciare in modo credibile di farlo)⁴⁷.

⁴¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti: comunicazione della Commissione*, 24.02.2009, (2009/C 45/02), (*"Orientamenti del 2009 sull'art. 82 TFUE, 2009/C 45/02"*), par. 9: *"La valutazione dell'eventuale posizione dominante di un'impresa e del grado di potere di mercato da essa detenuto rappresenta il primo passo nell'applicazione dell'articolo 82"*. Per una definizione di potere di mercato, EUROPEAN COMMISSION, DG COMPETITION, *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Brussels, December 2005, (*"discussion paper del 2005"*) par. 24: *"Market power is the power to influence market prices, output, innovation, the variety or quality of goods and services, or other parameters of competition on the market for a significant period of time [...]"*.

⁴² EUROPEAN COMMISSION, *Discussion paper*, cit., par. 13 ss.

⁴³ COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti del 2009 sull'art. 82 TFUE, 2009/C 45/02*, cit., par. 10: *"In generale, una posizione dominante deriva da una combinazione di vari fattori che, considerati separatamente, non sono necessariamente determinanti"*. Il principio, elaborato nel caso CGCE, sentenza 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffman-La Roche*, p. I-464, era già stato ripreso nel Discussion paper del 2005, par. 28.

⁴⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti del 2009*, 2009/C 45/02, cit., par. 12.

⁴⁵ *Id.* par. 13 ss.

⁴⁶ *Id.* par. 17.

⁴⁷ *Id.* par. 18.

Altri sono elementi caratterizzanti l'impresa: quali le sue capacità economiche e finanziarie, il suo grado di integrazione verticale, la gamma dei servizi offerti, la sua reputazione presso i consumatori⁴⁸.

Una volta stabilita l'esistenza di una posizione dominante, manca ancora il passaggio decisivo dell'analisi: la determinazione della abusività o anticoncorrenzialità della condotta dell'incumbent.

Tale passaggio è particolarmente delicato in quanto, spesse volte, non risulta affatto agevole stabilire se il pregiudizio subito da uno o più concorrenti derivi da una condotta abusiva, oppure sia frutto di una condotta rispondente alla logica dell'antagonismo fra imprese e alla competizione basata sul merito. In quest'ultimo caso, infatti, la condotta dell'incumbent, pur provocando dei danni ai concorrenti, sarebbe perfettamente lecita⁴⁹ poiché, come è noto, il diritto antitrust, nella sua declinazione più moderna, non fornisce una protezione dai concorrenti, bensì tende a garantire la concorrenzialità del mercato⁵⁰.

La valutazione della condotta dell'incumbent viene effettuata con un'analisi controfattuale che tiene conto di numerosi fattori quali: la posizione dell'impresa dominante, le condizioni sul mercato rilevante, la posizione dei concorrenti, la posizione dei clienti o fornitori dei fattori di produzione, la portata del presunto comportamento abusivo, nonché eventuali prove di comportamenti di effettiva preclusione o di una strategia di esclusione⁵¹.

Le fasi dello scrutinio ex art. 102 TFUE non vengono modificate nel caso in cui si valuti una condotta in presenza di obbligazioni ambientali ed anche le ipotesi di condotte abusive rilevabili corrispondono a quelle "classiche": in generale, è corretto affermare che si avrà a che fare con casi di applicazione di prezzi discriminatori o predatori o eccessivi, tying, o applicazione di condizioni discriminatorie, exclusive dealing o refusal to deal, o con altre tipologie di condotte escludenti o di sfruttamento.

Ciò che è interessante indagare in presenza di obbligazioni ambientali, dunque, anche con riferimento allo scrutinio di cui all'art. 102 TFUE, è il "ruolo" attribuito ai "valori ambientali" ai fini del bilanciamento degli interessi coinvolti⁵².

⁴⁸ FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, Nuova Edizione 2010, p. 156 ss.

⁴⁹ Si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti del 2009 sull'art. 82 TFUE*, 2009/C 45/02, cit., par. 1: "Non è di per sé illegale che un'impresa sia in posizione dominante e tale impresa dominante ha il diritto di competere sulla base dei propri meriti".

⁵⁰ *Id.* par. 6. Nello stesso senso anche EUROPEAN COMMISSION, *Discussion paper del 2005*, par. 4: "[...] the objective of Article 82 is the protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources", e par. 54: "[...] the purpose of article 82 is not to protect competitors from dominant firms' genuine competition based on factors such as higher quality, novel products, opportune innovation, or otherwise better performance, but to ensure that these competitors are also able to expand in or enter the market and compete therein on the merits, without facing competition conditions which are distorted or impaired by the dominant firm".

⁵¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti del 2009 sull'art. 82 TFUE*, 2009/C 45/02, cit., par. 20.

⁵² *Supra*, Parte I, Capitolo I.

3.1. Difese.

Analogamente a quanto avviene per gli accordi, anche nel caso dell'abuso di posizione dominante viene previsto, sebbene non dal Trattato⁵³, un meccanismo di esclusione dell'anticoncorrenzialità del comportamento *prima facie* abusivo qualora ci si trovi in presenza di giustificazioni oggettive che possono essere valutate in base a tre differenti percorsi argomentativi: la objective necessity defence, la competition defence e la efficiency defence.

In primo luogo, la Commissione ammette che l'incumbent possa dimostrare che una certa condotta altrimenti abusiva sia stata adottata in quanto oggettivamente necessaria e indispensabile per perseguire legittimi obiettivi di interesse pubblico (quali ad esempio motivi sanitari o di sicurezza)⁵⁴. La determinazione della obiettiva necessità del comportamento deve essere effettuata sulla base di elementi esterni all'impresa dominante e nella consapevolezza che normalmente sono le autorità pubbliche a stabilire e applicare norme sanitarie e di sicurezza e non le imprese ad autoregolarsi in tal senso⁵⁵. Una tale limitazione rende questa difesa molto poco effettiva nella pratica ed è per questa ragione che la dottrina l'ha ampiamente criticata, ritenendola un freno all'innovazione o all'adozione spontanea di comportamenti virtuosi da parte delle imprese tenute invece ad attendere uno specifico intervento da parte delle autorità pubbliche⁵⁶.

In secondo luogo, un'impresa in posizione dominante può attivarsi per proteggere i propri interessi economici e commerciali minacciati dalla condotta di altri concorrenti, a patto che il reale scopo perseguito non sia in realtà un indebito rafforzamento o sfruttamento della propria posizione dominante⁵⁷. Per poter essere sufficientemente fondata, tale difesa deve dimostrare che la condotta in questione è stata adottata in risposta ad un comportamento dei concorrenti, che sia l'unico mezzo a disposizione dell'impresa per difendere i propri interessi e che sia proporzionato

⁵³ La possibilità di giustificare il comportamento dominante viene prevista sia nel discussion paper del 2005, sia negli orientamenti del 2009. EUROPEAN COMMISSION, *Discussion paper del 2005*, par. 60: "Where a certain exclusionary conduct is clearly not competition on the merits, in particular conduct which clearly creates no efficiencies and which only raises obstacles to residual competition, such conduct is presumed to be an abuse. However, the dominant company will have the possibility to rebut that presumption. Such rebuttal can be brought by providing convincing evidence that the conduct does not and will not have the alleged likely exclusionary effect, or that the conduct is objectively justified". COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti del 2009 sull'art. 82 TFUE, 2009/C 45/02*, cit., par. 28 ss.

⁵⁴ EUROPEAN COMMISSION, *Discussion paper del 2005*, par. 80. COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti del 2009 sull'art. 82 TFUE, 2009/C 45/02*, cit., par. 29.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ KINGSTON, *Greening*, cit., p. 307. L'autrice cita a propria volta il contributo di ALBORS-LLORENS A., *The role of objective justification and efficiencies in the application of art. 82 EC*, in *CML Rev*, 44, 2007, p. 1756: "the strict approach adopted by the Community judicature [...] is manifested in two ways. First, a condition of indispensability [...] second, [...] a dominant company cannot take it upon itself to eliminate products which it regards as dangerous or inferior to its own. Presumably this means that the dominant company must limit itself to reporting its concerns to the relevant authority and awaiting their intervention –supposedly bearing any negative commercial consequences in the meantime. This narrow configuration of the defence, while consistent with the case law, appears to render health and safety considerations rather ineffectual as grounds for justification".

⁵⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Discussion paper del 2005*, par. 81. Si rileva come tale difesa non venga invece richiamata negli orientamenti del 2009.

alla minaccia attuata dai concorrenti nei propri confronti. Ancora una volta, si richiamano i principi di indispensabilità e proporzionalità e la necessità di una loro applicazione restrittiva.

Infine, l'anticoncorrenzialità della condotta potrà escludersi in base ad un test di efficienza: ossia nell'ipotesi in cui, ad esito del bilanciamento degli effetti anticoncorrenziali con quelli proconcorrenziali, risulti: i. la prevalenza di questi ultimi, ii. che le prevalenti efficienze prodotte siano diretta conseguenza del comportamento in analisi, iii. che il comportamento medesimo risulti essere indispensabile per il conseguimento di dette efficienze e iv. che, in ogni caso, non si addivenga alla soppressione della concorrenza effettiva del mercato⁵⁸.

Terminata l'introduzione teorica dei problemi riguardanti il mercato dell'organizzazione di sistemi/soluzioni alternative per assolvere alle obbligazioni ambientali, nei paragrafi che seguono si analizzano i singoli casi pratici che sono stati decisi in sede europea allo scopo, da un lato, di mostrare come l'impostazione delle problematiche fornita dalla direttiva imballaggi e le sue prescrizioni abbiano portato alla creazione di sistemi di compliance che, seppur non perfettamente identici, risultano comunque omogenei e molto simili⁵⁹; dall'altro, si vuole evidenziare come nelle singole decisioni commentate i principi generali relativi al contemperamento degli interessi ambientali e concorrenziali sia stato posto in essere in concreto.

4. Compliance schemes: analisi comparata dei casi pratici.

4.1. La Germania e il sistema *Duales System Deutschland* ("DSD").

In tema di regolamentazione del settore dei rifiuti in generale e dei rifiuti di imballaggio in particolare, la Germania ha assunto il ruolo di capofila dei Paesi europei.

L'articolato iter di perfezionamento della normativa tedesca si è sviluppato attraverso più interventi legislativi nel corso degli ultimi tre decenni del secolo scorso⁶⁰.

Il primo documento di rilievo è costituito dal decreto sullo smaltimento dei rifiuti del 1972⁶¹ che aveva il primario scopo di (ri)ordinare il settore garantendo in primo luogo che la competenza in materia di rifiuti, sino a quel momento gestiti in maniera disorganica dai singoli Länder mediante

⁵⁸ *Id.*, al par. 30, vengono dettagliate in un elenco le quattro seguenti condizioni, da intendersi cumulative: i. le efficienze si sono realizzate quali conseguenza diretta del comportamento dell'incumbent, ii. il comportamento dell'incumbent è indispensabile per la realizzazione dell'efficienza, iii. le probabili efficienze determinate dal comportamento superano i probabili effetti negativi sulla concorrenza; iv. il comportamento non sopprime la concorrenza effettiva, eliminando tutte le fonti di concorrenza reale o potenziale o la maggior parte di esse.

⁵⁹ Il grado di dettaglio delle prescrizioni della direttiva impediva, infatti, di discostarsi da quello che è divenuto lo "schema comune" adottato con varie declinazioni e poche sfumature differenti dai singoli stati europei.

⁶⁰ Per una individuazione completa di tutta la normativa tedesca in materia di rifiuti, si veda il sito dell'Ufficio federale dell'ambiente: <http://www.umweltbundesamt.de/en/topics/waste-resources/waste-management/waste-regulations>.

⁶¹ *Gesetz über die Beseitigung von Abfällen (Abfallbeseitigungsgesetz)*, BGBl, I, 11.06.1972, p. 873.

il massiccio ricorso allo smaltimento in discariche non controllate ed all'incenerimento, fosse trasferita in capo al Governo federale⁶².

Successivamente, il decreto sulla riduzione e gestione dei rifiuti del 1986⁶³ ha formalmente sancito l'importanza del principio di prevenzione, declinabile in materia di rifiuti nella riduzione della loro produzione alla fonte, e delle forme gestionali ambientalmente sostenibili del recupero e riciclaggio quali forme preferibili sia all'incenerimento e che allo smaltimento in discarica. Tale norma ha altresì attribuito al Governo Centrale il potere di comminare pesanti sanzioni in caso di gestione illecita dei rifiuti, nonché di adottare ulteriori disposizioni di dettaglio⁶⁴.

Proprio su quest'ultima previsione si sono fondati i successivi provvedimenti: un decreto federale del 1989 che ha introdotto una specifica regolamentazione riguardante la resa e la consegna dei contenitori in plastica per bevande, basato sul meccanismo del deposito cauzionale e poco dopo, sempre nel settore delle bevande, una normativa che ha regolato etichettatura, riduzione e riciclo di tali contenitori⁶⁵. Infine, l'ordinanza Toepfer del 1991⁶⁶ specificamente dedicata ai rifiuti di imballaggio⁶⁷, con cui il legislatore tedesco, proseguendo nel solco tracciato dalle precedenti normative nazionali ed anticipando di qualche anno il legislatore europeo, ha gettato le basi per la messa in opera di un sistema organizzato di gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio incentrato prevalentemente sul meccanismo della raccolta differenziata e facente riferimento ai seguenti principi fondamentali.

In primo luogo, la creazione di un sistema "duale", ossia di un sistema di gestione del ritiro e riciclaggio degli imballaggi sviluppato "al di fuori" del sistema pubblico di gestione dei rifiuti e totalmente a carico di soggetti privati⁶⁸, nello specifico produttori e distributori⁶⁹, che in base al

⁶² SCHNURER H., *German Waste Legislation and Sustainable Development: - Development of waste legislation in Germany towards a sustainable closed substance cycle*, guest lecture at the workshop organised by the Alexander von Humboldt Foundation, the International Institute for Advanced Studies (IIAS) in Kyoto, Japan, 29.11. – 1.12.2002, available at http://www.bmub.bund.de/fileadmin/bmub-import/files/pdfs/allgemein/application/pdf/entwicklung_abfallrecht_uk.pdf, par. 2.

⁶³ *Abfallbeseitigungsnovelle hervorgegangenen Abfallgesetzes*, BGBl I, 27.08.1986, p. 1410.

⁶⁴ SCHNURER H., *German Waste Legislation*, cit., par. 3.

⁶⁵ GERELLI E., FRANCA C., *La "nuova generazione" delle normative ambientali: l'esempio dei rifiuti da imballaggio. Un'analisi economica del diritto*, in MATTEI U., PULITINI F., a cura di, *Consumatore, ambiente, concorrenza. Analisi economica del diritto*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 85 ss.

⁶⁶ *Verordnung über die Vermeidung von Verpackungsabfällen*, BGBl I, 12.06.1991, p. 1434. L'ordinanza è stata in seguito modificata varie volte, da ultimo nel 2008 con la Quinta Ordinanza di modifica. Si veda "Verpackungsverordnung/VerpackV", BGBl I, 2.04.2008, p. 531.

⁶⁷ OECD, *Case study on the German packaging ordinance*, 1998, unclassified, ENV/EPOC/PPC(97)21/REV2, par. 3.2 Legislative basis for the Packaging Ordinance.

⁶⁸ Questa opzione organizzativa costituisce un'eccezione rispetto agli altri Paesi europei dove, invece, la responsabilità per la corretta gestione dei rifiuti viene generalmente attribuita in tutto o (almeno) in parte ai comuni o al loro equivalente. FISCHER L., PETSCHOW U., *Municipal waste management in Germany*, in BUCLET N., GODARD O., *Municipal waste management in Europe. A comparative study in building regimes*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers BV, 2000, p. 25: "In contrast to other Member States, the responsibility for packaging waste management was given completely into private hands, institutionalized by a total-cost-system in contrast to the shared responsibility principle which is mostly applied throughout Europe". Analogamente, BUCLET N., GODARD O., *The Evolution of Municipal Waste Management in Europe: how Different are National Regimes*, in *Journal of Environmental Poli-*

principio del “chi inquina paga” e del suo portato della “responsabilità estesa del produttore” sono ritenuti nella posizione migliore per assicurarne il funzionamento ottimale⁷⁰. In concreto, l’onere di gestione dei rifiuti di imballaggio si è tradotto nell’introduzione del c.d. “obbligo di ritiro gratuito” (o “take-back”) degli imballaggi usati da parte dei soggetti obbligati, finalizzato evidentemente al loro successivo riciclaggio. Tale obbligazione può essere assolta in maniera diretta dagli obbligati, approntando un punto di ritiro presso i negozi o nelle loro immediate vicinanze⁷¹, oppure in alternativa, demandando l’incombenza ad un soggetto terzo, ossia ad un apposito sistema di raccolta (c.d. “*sistema di esonero*”) che assicuri l’organizzazione dei ritiri presso le abitazioni o in punti di raccolta dedicati e garantisca il rispetto di determinati requisiti di qualità del servizio e della normativa ambientale⁷².

In ottemperanza a quanto previsto dalla legge, novantacinque imprese hanno proceduto quindi alla costituzione di un soggetto di diritto privato (denominato DSD – *Duales System Deutschland GmbH*), operativo dal 1992, avente funzioni di organizzazione e finanziamento del sistema di raccolta, nonché di garanzia del suo funzionamento e del rispetto degli obiettivi ambientali fissati dal governo coincidenti da un lato con la valorizzazione dei rifiuti raccolti in frazioni merceologiche separate, e dall’altro, nel raggiungimento di “quote” minime di raccolta entro periodi temporali predefiniti⁷³.

cy and Planning, vol. 3, n. 4, 2000, p. 306: “*In most countries, municipalities (or equivalent local authorities) are responsible of the management of household waste. It is the case in France, in Greece, in the Netherlands. In Germany the regulator has limited their field of competencies and has given to DSD the responsibility to manage and finance the packaging waste valorisation schemes. The German choice is an exception in Europe. The industry has to bear the whole management cost for packaging waste, while in France the industry is in charge of only part of it, the over-cost due to the sorting and to the separate collection. There is many organisation models of waste flows management and of sharing responsibilities and charges between public and private actors. Germany chose to divide waste flows (packaging waste from one side, other waste from the other) and to associate to each flow a total operational and financial responsibility, even if such a choice create potential over-costs due to the multiplication of organizational schemes. The other countries took the option to not divide flows, to link only partially organisational with financial responsibilities, in order to rationalise collecting and recovery schemes organisation*”.

⁶⁹ Si precisa che, l’articolo 32, paragrafi 7 e 8, dell’ordinanza Toepfer definisce come segue i concetti di produttore e di distributore: “È definito produttore chi produce imballaggi, materiali di imballaggio prodotti dai quali vengono direttamente ricavati imballaggi e chi importa imballaggi ai quali si applica il decreto. È definito distributore che immette in commercio imballaggi, materiali per imballaggio o prodotti dai quali vengono ricavati imballaggi, o merci contenute in imballaggi, indipendentemente dalla fase in cui interviene. Ai sensi del decreto sono distributori anche le imprese di vendita per corrispondenza. Per consumatore finale si intende, ai sensi dell’articolo 3, comma 10, frase 1, del decreto, colui che non procede a ulteriore vendita delle merci nella forma in cui sono a lui pervenute”.

⁷⁰ FISCHER L., PETSCHOW U., *Municipal waste management in Germany*, cit., p. 25: “*The main intention of the first draft of the Packaging Ordinance (Toepfer-draft april 1990) was to force the retail sector to take packaging back. It was the intention to use their powerful interim position between production and consumption as a gate-keeper*”.

⁷¹ Ordinanza Toepfer, art. 6, nn. 1 e 2.

⁷² Ordinanza Toepfer, art. 6, n. 3.

⁷³ Nello specifico, l’ordinanza prevedeva la seguente tabella di marcia: 1. per gli imballaggi terziari: obbligo di ritiro da parte di produttori e distributori a partire dal 1 dicembre 1991; 2. per gli imballaggi secondari: possibilità di conferimento da parte del consumatore direttamente presso il punto vendita a partire dal 1 gennaio 1993; 3. per gli imballaggi primari: obbligo di ritiro da parte dei distributori presso i magazzini o nelle immediate vicinanze; sempre a

La partecipazione al sistema di esonero era (e rimane) volontaria e non obbligatoria anche se, di fatto, per via degli elevati costi che comporterebbe la creazione di un sistema parallelo in grado di garantire il rispetto dei medesimi standard ambientali, costituisce la soluzione adottata da tutti i soggetti obbligati in maniera unanime.

4.1.1. Organizzazione e funzionamento del sistema DSD.

DSD é la società che, ancora oggi, gestisce l'unico sistema di esonero presente su tutto il territorio tedesco dedicato ai soli rifiuti provenienti dalle abitazioni familiari o ad essi assimilati⁷⁴, dopo aver ottenuto sin dal 1993 il riconoscimento da parte delle autorità competenti di tutti i Länder. I rapporti di DSD con le imprese aderenti e con gli altri soggetti della filiera sono regolati da appositi accordi di tipo contrattuale che si sviluppano su più livelli⁷⁵.

Il grafico 1 illustra visivamente l'articolazione contrattuale del sistema nei suoi diversi livelli.

far data dal primo gennaio 1993, adozione di strumenti economici di tipo cauzionale. Per approfondimenti ulteriori, si rinvia a GERELLI E., FRANZIA C., *La "nuova generazione" delle normative ambientali*, cit., p. 85 ss.

⁷⁴ Esistono tuttavia altre imprese che organizzano la ripresa e il riutilizzo di determinati imballaggi per la vendita, così come di imballaggi secondari o terziari, assumendosene direttamente gli oneri.

⁷⁵ Decisioni della Commissione 2001/463/CE del 20 aprile 2001, DSD, 2001, GUCE L 166/1, par. 36 e 2001/837/CE del 17 settembre 2001, *DSD et al.*, 2001, GUCE L 319/1 par. 38: *“Il secondo sistema o sistema parallelo di smaltimento consta dei seguenti elementi indissociabili: istituzione di un sistema di raccolta presso il consumatore finale, garanzie di restituzione e recupero, nonché contratti di recupero (riciclaggio), apposizione su tutti gli imballaggi in questione del contrassegno «Grüne Punkt» (punto verde) e finanziamento mediante riscossione di un corrispettivo per l'utilizzo del suddetto contrassegno”*.

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.

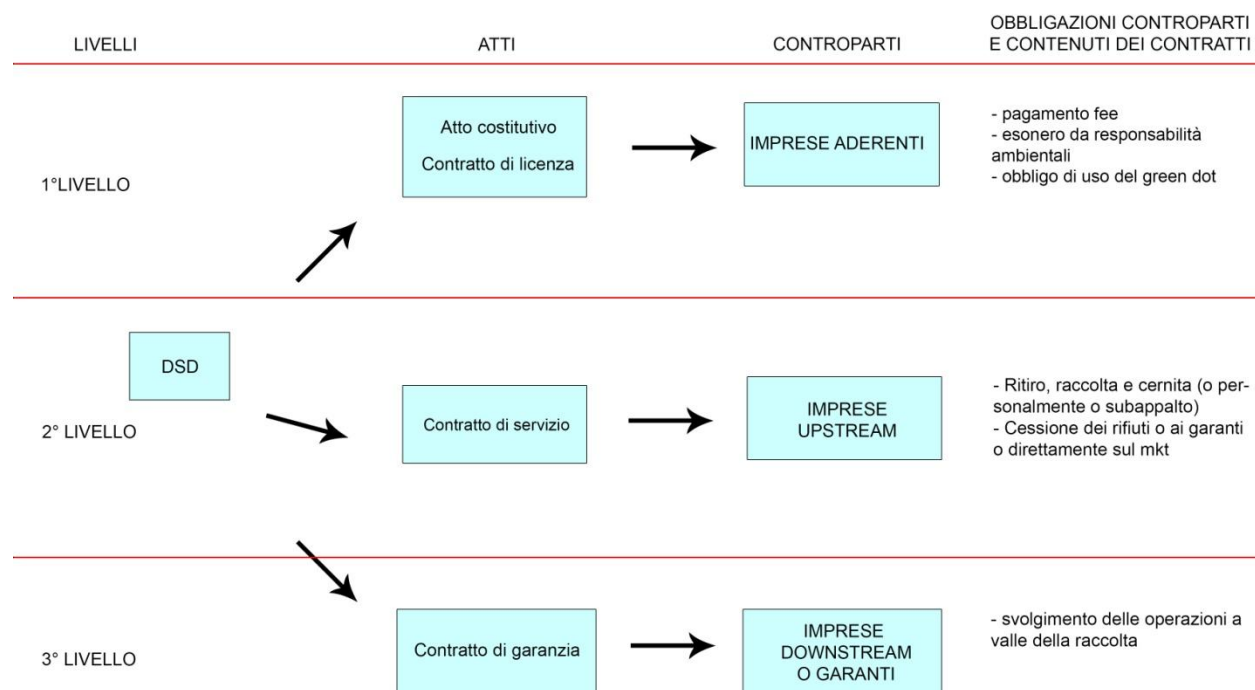
Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"

di CORBETTA SERENA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

Grafico 1

Come si nota, al primo livello di accordi, che regola il rapporto fra DSD e le imprese aderenti, si trovano l'atto costitutivo di DSD ed il contratto di licenza concluso con ciascuna delle imprese partecipanti.

L'atto costitutivo non presenta rilievi dal punto di vista concorrenziale in quanto, da un lato, stabilisce che la partecipazione di nuove imprese è del tutto libera e, dall'altro, limita quantitativamente le partecipazioni di ciascun membro, senza inoltre prevedere alcuna clausola di esclusiva in favore delle imprese aderenti. Contemporaneamente, non è fatto divieto alle imprese aderenti di riferirsi anche ad altri sistemi di esonero alternativi.

Quanto al regime delle partecipazioni, queste non possono essere cedute se non a seguito di apposita deliberazione degli shareholders, né possono essere poste sul mercato.

Infine non è previsto il pagamento di dividendi⁷⁶.

Il contratto di licenza⁷⁷ è lo strumento mediante il quale le imprese aderiscono al sistema di esonero di DSD. Partecipando al sistema di esonero, le imprese vengono sollevate da qualsiasi responsabilità in merito al ritiro e riciclo dei propri imballaggi e, a fronte del pagamento di una

⁷⁶ LEHMAN M. A., *Voluntary environmental agreements and competition policy. The case of the German system for packaging waste management*, in *Environ. Resour. Econ.*, n. 28, 2004, p. 439.

⁷⁷ O contratto di utilizzazione del marchio.

quota di partecipazione o license fee, possono usufruire dei servizi messi a disposizione del sistema, ivi incluso l'utilizzo del c.d. "punto verde" o "green dot", vale a dire del marchio introdotto da DSD per riconoscere gli imballaggi gestiti per mezzo del sistema duale⁷⁸.

La license fee viene commisurata alla quantità di rifiuti prodotti annualmente da ciascuna impresa e viene calcolata applicando in maniera combinata criteri concernenti il tipo di materiale costituente l'imballaggio, il suo peso ed il suo volume, in modo tale da riflettere esattamente i costi di gestione del rifiuto (ed eventualmente i costi amministrativi del sistema duale), senza la previsione di alcun margine di utile.

Il secondo livello di accordi comprende i contratti di servizio conclusi da DSD che, come detto, si occupa direttamente della sola organizzazione e finanziamento del sistema di esonero⁷⁹, con imprese pubbliche/comunali o private c.d. upstream, alle quali demanda le attività di ritiro e di raccolta dei rifiuti (c.d. imprese di smaltimento).

Ogni impresa è tenuta a fornire il servizio su una determinata area, denominata "distretto" e DSD individua una sola impresa per ciascun distretto⁸⁰.

Normalmente dette imprese procedono al ritiro ed alla raccolta dei rifiuti nelle aree loro assegnate (denominate "distretti"), eventualmente subappaltando a loro volta il servizio. Tale raccolta viene effettuata mediante contenitori installati presso le abitazioni dei consumatori interessati, oppure attraverso la raccolta o lo svuotamento dei sacchi di plastica o dei contenitori distribuiti ai consumatori dall'impresa di smaltimento. Questa è proprietaria dei contenitori destinati alla raccolta e degli imballaggi che vi sono depositati o che essa ha raccolto⁸¹.

La cernita dei materiali raccolti rientra nei compiti delle imprese di smaltimento e viene normalmente effettuata presso aziende specializzate. Ciascuna impresa di smaltimento riceve dalla DSD una remunerazione commisurata al peso di ciascun tipo di materiale, ai costi di smaltimento dei rifiuti sottoposti alla cernita e al risultato della raccolta⁸².

Al momento del ritiro, la proprietà del rifiuto passa dal consumatore finale all'impresa di smaltimento, mentre DSD non diventa in alcun momento proprietaria dei rifiuti.

Le imprese di smaltimento potranno, a seguito dell'abolizione della clausola "costo zero" che le obbligava a conferire gratuitamente i rifiuti raccolti direttamente ai "garanti", ossia ai riciclatori selezionati da DSD, procedere alla loro commercializzazione sul mercato offrendoli a propria

⁷⁸ Il logo "punto verde" viene utilizzato anche al di fuori della Germania (si veda approfondimento sul punto *infra* par. 89), pertanto, risulta impossibile distinguere un imballaggio che sia stato importato (e per il quale il pagamento della *fee* è avvenuto in un Paese UE diverso dalla Germania in favore di un sistema di esonero diverso da DSD) da uno prodotto sul territorio tedesco.

⁷⁹ Decisione della Commissione 2001/837/CE, cit., par. 39: "*Oggetto sociale, quale definito dall'atto costitutivo, è l'allestimento e la gestione di un sistema parallelo (privato) di gestione dei rifiuti mediante misure riguardanti la prevenzione dei rifiuti - segnatamente di quelli prodotti dagli imballaggi - la raccolta e cernita di materie prime di recupero, nonché l'ottenimento di adeguati mezzi finanziari*".

⁸⁰ In qualche caso ci sono state imprese a cui DSD ha assegnato più di un distretto. Si veda sul punto la parte in fatto delle decisioni della Commissione: 2001/436/CE, cit., par. 29 e 2001/837/CE, cit., par. 31.

⁸¹ T-289/01 par. 25.

⁸² *Id.*

scelta alternativamente ai garanti, oppure a soggetti terzi, dietro il pagamento di un corrispettivo⁸³. Unica eccezione a tale abolizione della clausola “costo zero” rimane nel caso della raccolta della plastica.

Il terzo ed ultimo livello contrattuale coinvolge appunto DSD e i riciclatori o “garanti”, ossia le imprese *downstream* (pubbliche/comunali o private) che curano le operazioni a valle della raccolta. I garanti devono in primo luogo procedere al riciclaggio dei materiali raccolti e, solo in seconda battuta, possono optare per il loro incenerimento o per lo smaltimento in discarica⁸⁴.

4.1.2. Problematiche concorrenziali: abuso di posizione dominante.

Per via della sua configurazione come organizzazione contrattuale multilivello, il sistema DSD ha sollevato numerose preoccupazioni⁸⁵ concernenti la compatibilità del suo funzionamento con i principi europei della concorrenza⁸⁶.

⁸³ Originariamente il contratto prevedeva il principio del c.d. “costo zero” a norma del quale le imprese che avevano operato il ritiro e la raccolta dei rifiuti erano tenute a conferirli a titolo gratuito ai garanti selezionati da DSD. Tale clausola è stata abolita a seguito della contestazione mossa dalla Commissione per via del contrasto della medesima con l'articolo 81, paragrafo 1, lettera a), del trattato CE. La limitazione della concorrenza derivava dal fatto che le imprese di smaltimento, in quanto proprietarie dei materiali di rifiuto, venivano limitate nei loro rapporti con i terzi e veniva loro impedito di procedere in proprio al riutilizzo commerciale dei rifiuti stessi. In seguito ai colloqui intercorsi con la Commissione, DSD ha abolito il sistema del «costo zero».

⁸⁴ Decisioni della Commissione: 2001/436/CE, cit., par. 31 e 2001/837/CE, cit., par. 33: “*Questi garanti sono delle società finanziate dalle industrie produttrici dei singoli materiali di imballaggio ovvero costituite appositamente per la commercializzazione e il riutilizzo dei materiali raccolti. Gli imballaggi devono essere riciclati per produrre nuovi materiali rispettando le quote previste. Le quantità in eccesso devono essere riciclate con altri procedimenti, nella misura in cui questi siano tecnicamente possibili ed economicamente realizzabili. Se ciò non è possibile, queste quantità possono essere smaltite con procedimenti non inquinanti*”.

⁸⁵ Per la precisione, le decisioni della Commissione che si analizzano nel presente paragrafo sono entrambe state stimolate dall'intervento proattivo della DSD medesima che in data 2 settembre 1992, allo scopo di ottenere una attestazione negativa ovvero la concessione di una deroga al divieto di accordi, ha notificato alla Commissione i seguenti accordi caratterizzanti la sua organizzazione multilivello: l'atto costitutivo di DSD, il contratto di prestazione di servizi, il contratto di utilizzazione del marchio e i contratti di garanzia. Si veda *Comunicazione ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 3 del regolamento n. 17 del Consiglio*, Caso IV/34493 – DSD, G.U. 97/C 100/04 del 23 marzo 1997.

⁸⁶ Circa i rischi che la struttura dei compliance schemes comporta in termini concorrenziali, BOUTE A., *Environmental Protection and EC Anti-Trust Law: The Commission's Approach for Packaging Waste Management Systems*, in *RECIEL*, Vol. 15, n. 2, 2006, pp. 146-159: “*Moreover, Member States have set up collective systems organizing the collection and recovery of packaging waste in which obliged companies cooperate in order to discharge their obligations concerning packaging waste. Such packaging waste management systems could be considered as problematic from a competition perspective. By definition, they rely on cooperation and coordination between obliged companies that are, in general, competitors and therefore this may easily distort competition*”. Simili considerazioni vengono espresse da BAILEY P. M., *The application of competition law and policy to environmental agreements in an oligopolistic market*, in SSRN, FEEM Working Paper n. 73, 2000, available at http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=248118, paragrafo conclusivo del contributo: “*Collusive behaviour and/or an agreement, resulting in barriers to market entry via technologies or exclusivity, or even parallel pricing, is a particular concern of the competition authorities. And an “environmental agreement” can be a convenient method for hiding this anti-competitive behaviour (or, the conduct of the negotiating parties may simply lead in that direction). It is for these reasons that environmental agreements in an oligopolistic market are (and should be) subject to a heightened scrutiny by the competition authorities. As the Commission has demonstrated, where the environmental purpose is justified, the agreement will stand. And thus, the Commission has created a methodology for balancing the need for protection/amelioration of the environment with the need to assure a competitive internal market*”.

Con una prima pronuncia dell'aprile 2001⁸⁷, la Commissione ha riconosciuto DSD colpevole di abuso di posizione dominante nel mercato dell'organizzazione dei sistemi di ritiro e riciclaggio dei rifiuti di imballaggi usati provenienti dalle private abitazioni. In particolare, l'abuso sarebbe stato consumato in virtù della clausola che prevedeva la commisurazione della licence fee alla quantità totale di imballaggi prodotta (distribuita o importata) in Germania da ciascuna impresa⁸⁸, in luogo della quantità di rifiuti effettivamente trattata da DSD. Evidentemente, questa previsione disincentivava enormemente il ricorso a sistemi di ritiro e riciclo alternativi: dovendo comunque pagare a DSD la fee per tutti i rifiuti derivanti dagli imballaggi prodotti/distribuiti/importati in territorio tedesco, le quantità gestite direttamente dagli obbligati o affidate ad un ipotetico concorrente di DSD avrebbero avuto una duplice voce di costo corrispondente ai costi di gestione effettivi a cui si sarebbero aggiunti in ogni caso i costi della fee DSD.

Una simile situazione si verificava per gli importatori di imballaggi partecipanti ad un sistema diverso da DSD, ma appartenente al circuito Pro-Europe⁸⁹ e per questo legittimati ad apporre ai propri imballaggi il marchio "punto verde". Tali soggetti, pur avendo già assolto alle loro obbligazioni ambientali, si trovavano a dover comunque pagare una fee a DSD per la quantità di imballaggi importati in Germania, pur non usufruendo di alcun servizio da parte di DSD.

La Commissione ha ritenuto che una clausola di tal fatta fosse abusiva sia nel senso dello sfruttamento della posizione dominante di DSD, integrato mediante l'imposizione in capo ai clienti del pagamento di prestazioni non effettivamente godute e quindi in aperto contrasto con il principio "no service, no fee"; sia in senso escludente, in quanto le maggiori somme richieste scoraggiavano le imprese dal rivolgersi a qualsiasi ipotetico concorrente di DSD, con ciò rendendo estremamente difficile l'ingresso nel mercato di nuovi operatori. Pertanto, la Commissione ha ordinato a DSD di modificare la clausola contrattuale così da escludere dal computo della fee le quantità di rifiuti gestite da un altro sistema.

DSD ha appellato la decisione in commento, affermando che i. l'apposizione del logo sugli imballaggi non era obbligatoria; pertanto, le imprese clienti, al fine di evitare il pagamento della fee,

⁸⁷ Decisione della Commissione 2001/463/CE, DSD, GU L 166/1.

⁸⁸ Nel caso degli importatori, si faceva riferimento alla quantità di rifiuti distribuiti in Germania.

⁸⁹ Pro Europe, o Packaging Recovery Organisation Europe è società costituita da ARA (Austria), DSD (Germania), Eco-Emballages (Francia), Eco Embalajes España (Spagna), Valorlux (Lussemburgo), Sociedade Ponto Verde (Portogallo), Repak (Repubblica di Irlanda) e FOST Plus (Belgio) per gestire e amministrare l'utilizzo del marchio "Il Punto verde" quale mezzo di finanziamento dei propri sistemi collettivi. "Il Punto verde" è un simbolo ampiamente utilizzato per contrassegnare gli imballaggi che partecipano al finanziamento di un sistema di raccolta e di riciclaggio. La serie di accordi che regolano i rapporti fra le società comprende: i) lo statuto della società; ii) l'accordo generale di licenza mediante il quale DSD ha concesso a Pro Europe il diritto di controllare il marchio al di fuori della Germania; iii) accordi di licenza provvisori, principali e supplementari con otto sistemi nazionali di riciclaggio degli imballaggi, compresi quelli succitati diversi da SD più Materialretur (Norvegia). Questi accordi di licenza danno ai licenziatari principali il diritto esclusivo di utilizzare e di concedere sub-licenze per il marchio "Il Punto verde" nelle rispettive zone di attività, che coprono ciascuna il territorio di un paese. Essi contengono inoltre le condizioni per la concessione di sub-licenze. Si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Notifica di una serie di accordi* (Caso COMP/38.051, Pro Europe), 2001/C 153/04.

avrebbero potuto non apporlo ai propri imballaggi⁹⁰; ii. la concorrenza non era nei fatti ridotta dalla clausola contrattuale in discussione in quanto nell'unico segmento di mercato nel quale, per espressa previsione di legge, avrebbe potuto svilupparsi un mercato concorrenziale, ossia il segmento relativo ai rifiuti consegnati dalle piccole imprese artigiane, commerciali e industriali, si contavano numerose imprese autonome che non facevano uso del logo "punto verde"⁹¹; iii. la clausola sulla utilizzazione del logo era necessaria per garantire la realizzazione degli obiettivi ambientali stabiliti dall'ordinanza, per preservare le differenti funzioni del marchio Der Grüne Punkt e per permettere il buon funzionamento del sistema DSD^{92 93}.

Il Tribunale ha rigettato il ricorso di DSD con sentenza del 24 maggio 2007⁹⁴, la cui sostanza è stata poi confermata nel 2009 dalla Corte di Giustizia⁹⁵.

⁹⁰ Trib. primo grado, 24 maggio 2007, causa T-151/01, *Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH v. Commission*, in *Racc.*, 2007, p.II-1610, par. 93.

⁹¹ *Id.*, par. 95: "Infatti, a causa delle prescrizioni del decreto, le soluzioni autonome, in via generale, potrebbero fare concorrenza al sistema DSD solo per gli imballaggi consegnati dalle piccole imprese artigiane, commerciali e industriali. Su tale piccolo segmento del mercato, esisterebbero circa 40 soluzioni autonome che non utilizzerebbero il marchio Der Grüne Punkt e i quantitativi attribuiti a tali sistemi sarebbero aumentati di più del 60% tra il 1997 e il 2000. Diverse grandi catene di distribuzione sarebbero anche passate ad un sistema diverso dal sistema DSD, cosa che sarebbe dunque possibile senza difficoltà e senza che la DSD sia tenuta a concedere una licenza obbligatoria. Non si potrebbe parlare, quindi, di un ostacolo all'ingresso nel mercato".

⁹² *Id.*, par. 97: "In terzo luogo, la ricorrente sostiene che le disposizioni controverse del contratto di utilizzazione del logo sono necessarie per garantire la realizzazione degli obiettivi del decreto, per preservare le differenti funzioni del marchio Der Grüne Punkt — il quale non può, in ogni caso, essere oggetto di una licenza obbligatoria — e per permettere il buon funzionamento del sistema DSD".

⁹³ Si precisa che DSD ha impugnato la decisione della Commissione anche relativamente a questioni concernenti il corretto uso del marchio "punto verde". Il Tribunale di primo grado ha rilevato che la Commissione, con la decisione 2001/463/CE impugnata da DSD, non si sarebbe addentrata nei dettagli di questo tema, limitandosi ad affermare che la contestazione mossa a DSD concerneva esclusivamente il "regime del corrispettivo" creato dalla DSD e non i presunti effetti della decisione sulla sua attività in quanto titolare del marchio Der Grüne Punkt. Si veda Trib. primo grado, T-151/07, par. 196. Nel prosieguo della sentenza del 2007, invece, il Tribunale ha affrontato il problema dell'utilizzazione del marchio e ha riconosciuto a DSD la possibilità di ottenere una remunerazione adeguata per il solo utilizzo del marchio. Trib. primo grado, T-151/07, par. 196. Infine, il Tribunale ha rigettato la richiesta di misure cautelari avanzate dalla ricorrente, coincidenti con la sospensione dell'applicazione della decisione della Commissione nell'attesa della pronuncia definitiva del Tribunale sul ricorso. DSD temeva, infatti, che sia il sistema di esonero che i diritti derivanti dal marchio "punto verde" avrebbero potuto essere irreversibilmente compromessi. La successiva sentenza della Corte del 2009, pur riconfermando la sostanza della decisione del Tribunale, ha riconosciuto la violazione del diritto di DSD ad un giusto processo per via del fatto che il Tribunale non si fosse pronunciato sulla richiesta di misure cautelari provvisorie entro un ragionevole periodo di tempo. CGCE, sentenza 16 luglio 2009, causa C-385/07, *Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH v. Commission*, in *Racc.*, 2009, p. I-06155, par. 195). Per una ricostruzione dei profili di sovrapposizione fra la disciplina antitrust e quella di proprietà intellettuale, STOTHERS C., *CFI upholds 'compulsory licences' of Green Dot trade mark*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 2, n. 10, 2007 e NOLEN N., *Competition Law versus Trade Mark Law in the Waste Recovery Sector: An analyses of Der Grüne Punkt- Duales System Deutschland GmbH v Commission Making money out of waste*, Lund University, 2013, available at [http://qr.jur.lu.se/quickplace/jaen40/Main.nsf/0/0C9A7ABAC4A7E400C1257AEE00426242/\\$file/Nathalja%20Nole%20n.pdf](http://qr.jur.lu.se/quickplace/jaen40/Main.nsf/0/0C9A7ABAC4A7E400C1257AEE00426242/$file/Nathalja%20Nole%20n.pdf).

⁹⁴ Trib. primo grado, T-151/01, cit., par. 213.

⁹⁵ CGCE, causa C-385/07, cit.

In primo luogo, il Tribunale ha rilevato come l'ordinanza tedesca sugli imballaggi lasciasse assolutamente aperta la possibilità per un'impresa di decidere di gestire i propri rifiuti di imballaggio ricorrendo a più di un sistema di esonero e che, allo stesso modo, il logo "punto verde", non essendo esclusivo appannaggio di DSD⁹⁶, avrebbe legittimamente potuto essere utilizzato da altri sistemi di esonero. Pertanto, qualora un'impresa partecipasse ad un sistema di esonero europeo diverso da DSD o adottasse un sistema di gestione misto, per non importare in Germania imballaggi recanti il punto verde, avrebbe dovuto attuare una "*etichettatura selettiva*" in funzione del sistema di esonero utilizzato, soluzione che il Tribunale non ha ritenuto efficiente, in quanto avrebbe comportato costi aggiuntivi per i produttori degli imballaggi, oltre a non risultare in alcun modo imposta dall'ordinanza tedesca e rimanendo comunque insufficiente a porre fine all'abuso individuato dalla Commissione e concretizzato nella dissuasione delle imprese dal rivolgersi ad altri sistemi di esonero⁹⁷.

In altre parole, secondo il Tribunale, DSD avrebbe potuto assolvere alle obbligazioni di cui all'ordinanza semplicemente dimostrando di aver trattato una quantità di rifiuti corrispondente a quella individuata da ciascun contratto di licenza concluso con le imprese clienti⁹⁸.

Quanto alla concreta riduzione della concorrenza derivante dal comportamento di DSD, il Tribunale ha respinto le argomentazioni della ricorrente in quanto i dati presentati non avrebbero tenuto in debito conto il caso di sistemi misti o dei sistemi autonomi⁹⁹, risultando quindi parziali e insufficienti a fondare il secondo motivo del ricorso. Peraltro, anche rispetto al limitato segmento di mercato al quale tali dati potevano essere riferiti, il Tribunale ha ritenuto che essi dimostravano come le quantità di imballaggi trattate da sistemi autonomi fossero concretamente irrisorie e del tutto trascurabili, rispetto alla mole globale di rifiuti mossa da DSD. In generale, poi, l'argomento è stato respinto perché non ritenuto sufficiente a superare la contestazione relativa alla contraddizione del principio "*no service, no fee*"¹⁰⁰.

Infine, quanto alla necessità della clausola per garantire il raggiungimento degli obiettivi ambientali imposti dall'ordinanza tedesca, il Tribunale ha affermato che il valore attribuito al logo "punto verde" da parte della ricorrente, non corrispondeva alle intenzioni del legislatore: ed infatti, i tassi di riciclaggio o quote individuate dalla ordinanza dovevano essere calcolate in funzione del

⁹⁶ *Supra*, nota 78.

⁹⁷ Trib. primo grado, T-151/01, cit., par. 143, 144, 145.

⁹⁸ *Id.*, par. 135: "*Contrariamente a ciò che afferma la ricorrente (v. punto 112 supra), il fatto che l'imballaggio in questione sia eventualmente contrassegnato dal logo Der Grüne Punkt, persino quando esso può essere ripreso e riciclato da un altro sistema, non reca pregiudizio al buon funzionamento del sistema DSD, dato che ciò che rileva, nella relazione contrattuale tra la ricorrente e il produttore o il distributore degli imballaggi, è garantire che i quantitativi di materiale da riciclare immessi nel mercato siano effettivamente ripresi e riciclati per raggiungere i tassi previsti nel decreto. Orbene, come è stato spiegato precedentemente, il raggiungimento di tali tassi per il sistema DSD non si fonda sul fatto di conoscere se l'imballaggio in questione sia o meno contrassegnato dal marchio Der Grüne Punkt*".

⁹⁹ *Id.*, par. 146.

¹⁰⁰ *Id.*, par. 147 e par. 148.

materiale raccolto e non in funzione del marchio apposto sugli imballaggi¹⁰¹. Pertanto, il Tribunale ha ritenuto che la principale preoccupazione di DSD non fosse in realtà costituita dal pericolo di non soddisfare gli obblighi ambientali imposti dalla ordinanza, bensì dal timore di dover trattare dei rifiuti per i quali non aveva percepito i corrispettivi dovuti, circostanza che avrebbe potuto essere corretta, ad esempio, mediante la conclusione di appositi accordi compensativi fra DSD e le singole imprese¹⁰². Tale opzione avrebbe garantito che ciascun operatore fosse remunerato per il servizio fornito e sarebbe risultata certamente meno restrittiva della concorrenza rispetto alla soluzione adottata da DSD che quindi non risultava proporzionata agli scopi prefissati, né assolutamente indispensabile.

Correttamente, non riconoscendo le motivazioni addotte come obiettivamente giustificate e finalizzate al raggiungimento di legittimi obiettivi ambientali, il Tribunale e la Corte, confermando quanto già stabilito dalla Commissione¹⁰³, hanno vietato a DSD di proseguire nella condotta contestata.

4.1.3. (segue) Problematiche concorrenziali: intese.

Un secondo intervento da parte della Commissione, databile sempre nel corso del 2001¹⁰⁴ ed il cui iter processuale si è sviluppato parallelamente a quello concernente l'abuso di posizione dominante appena analizzato, ha avuto ad oggetto la compatibilità dei contratti stipulati da DSD con gli operatori posti a diversi livelli della filiera di riferimento.

Quanto al livello di accordi concluso fra DSD e le imprese aderenti, la Commissione ha ritenuto fosse compatibile con l'art. 81 proprio per via del fatto che non contenesse alcuna clausola di esclusiva e lasciasse le imprese aderenti libere di aderire ad altri ipotetici sistemi di esonero o di costituire un sistema di gestione diretta dei propri rifiuti¹⁰⁵.

Per la medesima ragione di non contenere alcuna clausola di esclusiva, anche il contratto concluso fra DSD e i "garanti" ha superato lo scrutinio di legittimità della Commissione andando esente da censure¹⁰⁶.

¹⁰¹ *Id.*, par. 150.

¹⁰² *Id.*, par. 137.

¹⁰³ Decisione della Commissione 2001/463/CE, DSD, GU L 166/1, punto 2.4. *Mancanza di giustificazione obiettiva.*

¹⁰⁴ Decisione della Commissione 2001/837/CE, cit.

¹⁰⁵ *Id.*, par. 106 e par. 107: "L'atto costitutivo di DSD non contiene alcuna clausola di esclusiva. Gli azionisti di DSD sono pertanto liberi di stipulare contratti, sia con i concorrenti di DSD sia con imprese contrattualmente vincolate a DSD. L'impegno degli operatori del commercio, originariamente iscritto nel preambolo dell'atto costitutivo, di utilizzare solo imballaggi contrassegnati con il «punto verde» è stato soppresso nel testo notificato. Non si riscontra pertanto una sensibile limitazione della concorrenza, ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, riconducibile all'atto costitutivo, nel mercato dell'organizzazione di un sistema di ritiro e recupero degli imballaggi di vendita eliminati dal consumatore finale privato. Per tale motivo non occorre definire il suddetto mercato. Né occorre stabilire se tali accordi pregiudichino gli scambi tra gli Stati membri".

¹⁰⁶ *Id.*, par. 66: "I contratti di garanzia non contengono clausole di esclusiva. DSD è pertanto libera di concludere contratti con più garanti per uno stesso tipo di materiale. DSD si è dichiarata disposta, in linea di massima, a concludere contratti di garanzia con qualunque impresa soddisfi i requisiti previsti" e par. 120: "Alla luce di quanto precede, la Commissione conclude che le suddette disposizioni dei contratti di garanzia non comportano alcuna sen-

Rispetto al livello del contratto di servizio, fra DSD e i raccoglitori downstream, invece, la Commissione ha individuato due potenziali profili di abuso.

Il primo profilo di potenziale abuso riguardava la clausola di esclusiva a mente della quale DSD individuava uno ed un solo partner per ciascun “distretto” rifiutandosi di concludere accordi con qualsiasi altra impresa. La Commissione ha ritenuto che tale clausola ricadesse nell’alveo dell’art. 101 in quanto detto sistema di esclusive, creando una rete di gestione dei rifiuti estesa lungo tutto il territorio nazionale e mantenendo in vita l’esclusiva per un periodo di tempo molto lungo, coincidente con la durata del contratto di servizio, di fatto rendeva più complicato l’ingresso nel mercato della raccolta di rifiuti di imballaggio di origine domestica da parte di nuovi concorrenti, in particolare stranieri¹⁰⁷.

Tale restrizione è nondimeno stata esentata ai sensi del terzo comma dell’art. 101.

In primo luogo, la Commissione, ammettendo che la finalità esclusiva del sistema DSD fosse quella di realizzare gli obiettivi ambientali e comunitari in tema di corretta gestione dei rifiuti da imballaggio, ha riconosciuto la funzione prodromica del contratto di servizio rispetto al raggiungimento di questo scopo¹⁰⁸.

In particolare, il contratto di servizio avrebbe consentito a DSD ed ai suoi partner di organizzare e pianificare la prestazione dei propri servizi in maniera affidabile, regolare e duratura nel tempo, con ciò integrando la condizione del miglioramento della produzione e della promozione del progresso tecnico ed economico¹⁰⁹.

Quanto al beneficio per il consumatore, questo sarebbe derivato sia dal fatto che le modalità concrete con cui si procedeva alla raccolta (direttamente presso le utenze private) corrispondevano in larga parte alle abitudini dei consumatori, sia dalla riduzione dei costi di gestione del sistema di esonero derivanti dallo sfruttamento delle economie di scala e di rete, riduzione che la Commis-

sibile limitazione della concorrenza nei mercati rilevanti dei servizi di recupero e/o delle materie prime secondarie, e che pertanto non rientrano nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1”.

¹⁰⁷ *Id.*, par. 129-130-131-132.

¹⁰⁸ *Id.*, par. 143: “DSD, in quanto unica impresa che gestisca su tutto il territorio tedesco un sistema di raccolta e di riutilizzo degli imballaggi di vendita, in base al proprio scopo sociale mira alla realizzazione degli obiettivi di politica ambientale nazionale e comunitaria nel settore della prevenzione, del riutilizzo e del riciclaggio dei rifiuti di imballaggi. Il contratto di prestazione di servizi è dunque volto all’attuazione sia del decreto tedesco sugli imballaggi che della direttiva 94/62/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 1994, sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio. Lo scopo di tali atti normativi è evitare o limitare le conseguenze che i rifiuti derivanti dagli imballaggi possono avere sull’ambiente e garantire dunque un migliore livello di tutela dell’ambiente” e 144 “I contratti di prestazione di servizi conclusi tra DSD e le imprese esercenti lo smaltimento dei rifiuti consentono la realizzazione operativa di questi obiettivi ambientali nell’ambito della raccolta e della cernita degli imballaggi per la vendita usati presso le abitazioni familiari e luoghi assimilabili. Essi rappresentano un mezzo indispensabile affinché DSD possa realizzare gli obiettivi e gli obblighi assunti con la gestione del sistema. A questo scopo i contratti di prestazione di servizi richiedono la costituzione di una logistica di raccolta e di cernita che prevede notevoli investimenti (considerando 53). La raccolta regolare di imballaggi per la vendita usati presso i consumatori finali privati secondo determinati tipi di materiali e la successiva cernita e/o preparazione per il riciclaggio completo serve alla realizzazione immediata di scopi ambientali”.

¹⁰⁹ *Id.*, par. 146.

sione ha presunto si sarebbe in futuro tradotta in una riduzione del corrispettivo che i consumatori avrebbero dovuto pagare per poter usufruire del servizio¹¹⁰.

Positiva è stata anche la valutazione della indispensabilità dell'esclusiva ai fini della realizzazione da parte di DSD degli obiettivi e degli obblighi assunti con la gestione del sistema¹¹¹. Ed infatti, presupposto del buon funzionamento del sistema e quindi del raggiungimento degli obiettivi ambientali imposti dalla normativa nazionale ed europea era la costituzione di una logistica di raccolta e di cernita che offrisse la copertura dell'intero territorio nazionale. Questo prevedeva notevoli investimenti necessari per procurarsi mezzi di trasporto idonei, per predisporre contenitori e container dedicati e dotarsi di appositi impianti per la cernita dei rifiuti raccolti¹¹². Tali investimenti dovevano essere garantiti da livelli di ammortamento economicamente affidabili che la costituzione di una rete unica di operatori del sistema contribuiva a raggiungere. Ciò detto, la Commissione ha limitato l'indispensabilità della clausola per il tempo strettamente necessario a garantire la completa implementazione del sistema e l'ammortamento degli investimenti realizzati nell'ambito del contratto di prestazione di servizi e ancora da realizzare prima della scadenza contrattuale¹¹³. Tale data è stata fatta coincidere con l'anno 2003, momento in cui il sistema sarebbe stato completato e a regime.

Infine, la Commissione ha ritenuto che la clausola di esclusiva non fosse idonea ad escludere completamente la concorrenza sul mercato della raccolta e della cernita degli imballaggi di vendita usati presso i consumatori finali privati in quanto le imprese non selezionate da DSD come partner avrebbero potuto rivolgere i propri servizi nell'ambito delle soluzioni autonome. Analogamente, anche la difficoltà della duplicazione del servizio, il fatto che la migliore condizione economica fosse raggiunta mediante la gestione affidata ad un unico soggetto, nonché il fatto che l'ordinanza tedesca imponesse la scelta dei fornitori mediante procedure di appalto garantivano che la concorrenza sul versante dell'offerta non fosse annullata¹¹⁴.

In ogni caso, la Commissione ha subordinato la validità dell'esenzione alla previsione della possibilità dei partner di contrattare anche con i concorrenti¹¹⁵, nonché al libero accesso dei competitori alle infrastrutture create dai partner di DSD.

¹¹⁰ *Id.*, par. 147: “Grazie ai contratti di prestazione di servizi viene garantita per gli imballaggi collegati al sistema DSD una raccolta estesa a tutto il territorio e differenziata secondo i materiali presso il consumatore finale privato. Questo sistema corrisponde alle abitudini di smaltimento tradizionali per i consumatori finali e può essere considerato come particolarmente vantaggioso per i consumatori” e par. 148: “Per molti produttori e distributori che hanno l'obbligo di ripresa e di riutilizzo e/o riciclaggio la partecipazione ad un sistema di esonero esteso a tutto il territorio dovrebbe determinare una riduzione dei costi, rispetto al soddisfacimento degli obblighi stessi su base individuale, grazie ai vantaggi sul piano della quantità e della combinazione dei materiali realizzabili con i contratti di prestazione di servizi. Si deve presumere che i risparmi in termini di costi realizzati nel periodo di validità del contratto verranno trasmessi in maniera adeguata ai consumatori e che questi beneficeranno inoltre del miglioramento della qualità dell'ambiente, ossia della riduzione delle quantità di imballaggi, che è l'obiettivo perseguito”.

¹¹¹ *Id.*, par. 150.

¹¹² *Id.*, par. 151 ss.

¹¹³ *Id.*, par. 154 ss.

¹¹⁴ *Id.*, par. 163.

¹¹⁵ *Id.*, par. 176 e par. 177.

Queste due condizioni sono state oggetto di appello da parte di DSD di fronte al Tribunale di primo grado, ma le doglianze sono state respinte in toto¹¹⁶.

In primo luogo, DSD riteneva che permettere ai partner di ritirare rifiuti anche per conto dei concorrenti avrebbe reso impossibile distinguere quelli ricadenti sotto la propria responsabilità dagli altri. Il Tribunale ha rigettato tale obiezione in quanto i fatti dimostravano che le quote di riciclaggio stabilite dalla normativa potevano senza alcun problema essere individuate anche in caso di condivisione delle infrastrutture in quanto venivano calcolate in percentuale alla massa del materiale immesso sul mercato e poi ritirato e riciclato e non in base al numero e alla tipologia degli imballaggi¹¹⁷.

In secondo luogo, DSD ha contestato l'obbligo di garanzia del c.d. *third party access* alle infrastrutture di cui si considerava proprietaria¹¹⁸. Secondo DSD, infatti, la dottrina della *essential facility* non avrebbe potuto essere applicata al caso concreto, nulla ostando alla possibilità di duplicare la rete di raccolta.

Il Tribunale, rigettando l'argomento, da un lato ha negato che il reale proprietario delle infrastrutture fosse DSD: infatti i veri proprietari di container e cassonetti sarebbero i singoli raccoglitori in quanto proprio questi ultimi avrebbero effettuato gli investimenti e sopportato i rischi ad essi connessi¹¹⁹. Dall'altro, ha riaffermato l'unicità e non duplicabilità della struttura di raccolta, sulla base di numerose ragioni: di economia di spazio, di organizzazione logistica, nonché di un corretto sfruttamento delle economie di rete, di scala e di gamma¹²⁰. Ha inoltre considerato economicamente non razionale la duplicazione della rete di raccolta e la richiesta ai consumatori di riem-

¹¹⁶ Trib. primo grado, 24 maggio 2007, causa T-289/01, *Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH v. Commission*, in *Racc.*, 2007, p. II-1694.

¹¹⁷ *Id.*, par. 163 ss, in particolare par. 169: “siccome la concorrenza tra sistemi non si effettua sulla base dell'attribuzione di specifici imballaggi, ma sull'attribuzione delle masse di materiali corrispondenti a tali imballaggi, il primo onere non può essere considerato sproporzionato, contrariamente a quanto deduce la ricorrente”.

¹¹⁸ *Id.*, par. 68: “La ricorrente sostiene che, anche se essa non è giuridicamente proprietaria delle attrezzature per la raccolta interessate dal primo onere, queste devono essere considerate, tuttavia, come attrezzature appartenenti alla DSD, dato che sono state da essa finanziate, formano parte integrante del sistema DSD e sono contrassegnate dal marchio *Der Grüne Punkt*. Di conseguenza, sarebbe necessario ottenere l'accordo della ricorrente per qualunque utilizzo in comune delle attrezzature delle imprese di smaltimento che hanno concluso un contratto di prestazione di servizi con la DSD”.

¹¹⁹ *Id.*, par. 78: “Tuttavia, la ricorrente non nega che spetta alle imprese di smaltimento e non alla DSD realizzare gli investimenti necessari per la raccolta e la cernita degli imballaggi (punto 151 della decisione impugnata). Allo stesso modo, essa non nega che gli impianti di cernita, i quali fino ad allora non esistevano, hanno necessitato investimenti considerevoli da parte delle imprese di smaltimento (punto 53 della decisione impugnata). Del resto, è per permettere a tali imprese di ammortizzare i loro investimenti, valutati in circa due miliardi di marchi tedeschi (DEM), nel periodo di durata del contratto di prestazione di servizi, che la Commissione ha accettato che la clausola di esclusiva della DSD a favore delle imprese di smaltimento avesse una durata assai lunga (v. il precedente punto 39). Tale clausola ha dunque l'obiettivo di assicurare la redditività degli investimenti effettuati dalle imprese di smaltimento e non di permettere alla DSD di rivendicare un diritto di controllo sull'utilizzo di tali investimenti”.

¹²⁰ *Id.*, par. 106 ss.

pire più di un contenitore¹²¹. Pertanto ha concluso affermando che l'impedimento ad un uso congiunto della medesima costituiva un'inevitabile barriera all'ingresso per qualsiasi concorrente¹²². Il secondo profilo di potenziale conflitto con l'art. 101 riguardava la clausola "costo zero" sopravvissuta per i rifiuti di plastica, a mente della quale i raccoglitori non potevano vendere tali rifiuti sul mercato, ma dovevano conferirli gratuitamente ai garanti selezionati da DSD.

Un precedente intervento della Commissione¹²³ aveva fatto sì che tale clausola fosse eliminata per alcuni rifiuti quali ad esempio la carta, il cartone e il vetro. Per quanto riguardava la plastica, invece, la permanenza di questa condizione anomala si giustificava in base al fatto che, in quello specifico momento storico, diversamente dalle altre tipologie di rifiuto, la plastica aveva un valore commerciale negativo, fatto che avrebbe indotto i raccoglitori a liberarsene ricorrendo a modalità poco costose e non rispondenti agli obiettivi ambientali imposti dall'ordinanza. Il corretto trattamento garantito, invece, tramite i contributi di DSD andava a giustificare l'obbligo dei raccoglitori di consegnare gratuitamente ai garanti la totalità dei rifiuti plastici raccolti¹²⁴.

La Commissione, riconoscendo l'eccezionalità delle circostanze e delle condizioni relative al riciclaggio della plastica, ha ammesso la possibilità di adottare provvedimenti che favorissero l'instaurazione di un nuovo mercato efficiente del recupero degli imballaggi selezionati in plastica e in materiali compositi. Pertanto, la Commissione ha concluso che il mantenimento temporaneo per la plastica del meccanismo del "costo zero", fino alla scadenza dei contratti di prestazione prevista entro la fine dell'anno 2003, non costituisca una limitazione della concorrenza¹²⁵.

Questo ragionamento ha dimostrato l'attenzione della Commissione alle dinamiche di efficienza, alle difficoltà pratiche nel procedere al riciclo della plastica ed alle preoccupazioni ambientali che

¹²¹ *Id.*, par. 110.

¹²² *Id.*, par. 113: "Alla luce di ciò, consentire alla DSD di impedire alle imprese di smaltimento di concludere e di onorare contratti con i concorrenti della DSD corrisponderebbe effettivamente a privare tali concorrenti di ogni seria possibilità di penetrare e di restare nel mercato della raccolta presso i consumatori e la Commissione può concludere legittimamente che l'utilizzo in comune è necessario per evitare qualsiasi eliminazione della concorrenza su tale mercato".

¹²³ Decisione 2001/837/CE, cit., par. 111: "Originariamente, il contratto di prestazione di servizi non prevedeva che l'impresa di smaltimento potesse commercializzare direttamente i materiali raccolti. Questa doveva cederli a titolo gratuito alle imprese garanti designate da DSD. La Commissione ha contestato a DSD questo principio del «costo zero», in quanto in contrasto con l'articolo 81, paragrafo 1, lettera a), del trattato CE. La limitazione della concorrenza derivava dal fatto che le imprese di smaltimento, in quanto proprietarie dei materiali di rifiuto, venivano limitate nei loro rapporti con i terzi e veniva loro impedito di procedere in proprio al riutilizzo commerciale dei rifiuti stessi. In seguito ai colloqui intercorsi con la Commissione, DSD ha abolito il sistema del «costo zero»".

¹²⁴ *Id.*, par. 110 ss. In particolare, par. 113: "Gli imballaggi di vendita in plastica o in materiali compositi di plastica, raccolti e selezionati nel quadro del sistema di DSD, registrano, senza alcuna eccezione, dei prezzi di mercato negativi, cosicché il loro riciclaggio in base alle disposizioni del decreto attualmente è assicurato unicamente grazie al contributo finanziario di DSD. Anche in passato, tale prezzo di mercato negativo ha indotto a smaltire la plastica destinata al recupero in modo meno oneroso e non conforme al disposto del suddetto decreto, ed ha richiesto da parte di DSD delle opportune misure di correzione e controllo. Una di queste misure è rappresentata dal mantenimento provvisorio del «costo zero» per le plastiche e gli imballaggi in materiali compositi".

¹²⁵ *Id.*, par. 114.

hanno giustificato il supporto e la promozione della nascita di un nuovo mercato di riferimento¹²⁶.

In generale, il caso di DSD aiuta a comprendere come un'analisi caso per caso sia necessaria ogni volta in cui ci si trovi a dover valutare un'ipotesi di accordo: capita, infatti, che situazioni *prima facie* contrarie alla concorrenza portino con sé altrettanti benefici che potrebbero essere destinati a prevalere nel bilanciamento degli interessi coinvolti¹²⁷.

L'evoluzione del sistema di compliance tedesco a seguito dell'intervento delle decisioni appena commentate ha visto il progressivo smantellamento della posizione di monopolio di DSD¹²⁸, in favore dell'ingresso nel mercato di una molteplicità di operatori¹²⁹. Le evidenze empiriche hanno dimostrato che i timori di un collasso del sistema di organizzazione della raccolta dei rifiuti in caso di apertura del mercato alla concorrenza erano del tutto infondati: al contrario i dati hanno evidenziato che a fronte del raggiungimento degli obiettivi ambientali e del mantenimento degli standard raggiunti, la concorrenza fra operatori ha originato un evidente vantaggio per i consumatori in termini di riduzione dei costi: *“To put this in numbers, the cost for the collection and recovery of sales packaging amounted about two billion Euros when DSD’s monopoly was in place. Today, with competition in this market, this amounts to about one billion Euros each year. The environmental objectives are achieved just as well in the competitive environment”*¹³⁰.

Pare, dunque, che il caso di DSD costituisca un esempio emblematico di come principi ambientali e concorrenziali possano convivere in maniera proficua ed effettivamente rafforzarsi reciprocamente.

4.2. La Francia e il sistema privatistico su base volontaria di Eco-Emballages.

Anche la Francia, come la Germania, aveva già dato avvio alla regolamentazione del settore dei rifiuti di imballaggio sin dai primi anni '70 e il processo di sviluppo della legislazione in materia è stato del tutto speculare a quello tedesco, così come - lo si vedrà fra poco - numerosissime sono le analogie fra i due sistemi di gestione Eco-Emballages e DSD.

La legge del 15 luglio 1975¹³¹ costituisce il testo normativo principale in materia di rifiuti. Essa innanzi tutto ha codificato la definizione di rifiuto ancora oggi in vigore¹³², affidando inoltre la

¹²⁶ Si veda KINGSTON S., *Greening*, cit. p. 256: *“This reasoning demonstrates the Commission’s sensitivity to the dynamic efficiency justifying the zero-interface clause, the particular technological difficulties in recovering plastics, and the environmental interests in nurturing such a recovery market”*.

¹²⁷ Si veda in generale l'analisi di LEHMAN M. A., *Voluntary environmental agreements and competition policy*. The case of the German system for packaging waste management, in *Environ. Resour. Econ.*, n. 28, 2004, pp. 435-449.

¹²⁸ OECD, *Horizontal Agreements in the Environmental Context*, 24.11.2011, DAF/COMP(2010)39, Germany, par. 3.1., p. 53: *“The Bundeskartellamt announced in 2002 that its policy of tolerating the restrictive agreements within the DSD system would end in 2006. Consequently, DSD decided to dismantle the cartel-like structure of the company. In 2003, companies from the waste management sector left the circle of silent partners. DSD was sold to a financial investor in 2005. The proceeding finally led to the opening of the waste disposal markets for competition”*.

¹²⁹ *Id.*, cit., p. 54: *“In Germany there are now nine competing sales packaging take-back schemes in operation”*.

¹³⁰ *Id.*, cit., p. 53.

¹³¹ Loi n. 75-633 du 15/07/75 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux, testo originale disponibile su

gestione dei rifiuti domestici e di quelli ad essi assimilabili per quantità e qualità ai comuni o ai raggruppamenti comunali, eventualmente anche coinvolgendo le regioni¹³³, ai quali attribuiva altresì ampi poteri di intervento e controllo oltre che la possibilità di riscuotere un contributo quale corrispettivo per il servizio offerto¹³⁴. Inoltre, ha introdotto i concetti di riduzione della produzione e della pericolosità dei rifiuti, riduzione della movimentazione dei rifiuti, nonché il principio della loro valorizzazione obbligando le industrie ad eliminare i propri rifiuti in maniera da “*facilitare il recupero dei materiali e degli elementi e forme di energia riutilizzabili*”¹³⁵.

Successivamente è intervenuto il Codice dei Comuni del 1977 il quale in verità si limitava a riconfermare in toto i contenuti della legge del 1975 senza fornire ulteriori indicazioni circa le modalità organizzative da seguire per procedere all’eliminazione dei propri rifiuti¹³⁶.

Pur in mancanza di indicazioni da parte del legislatore, molti comuni o raggruppamenti di comuni avevano proceduto volontariamente alla messa in opera di sistemi di raccolta differenziata e recupero delle categorie di rifiuti facilmente riciclabili ed economicamente valorizzabili, quali ad esempio il vetro e la carta, tramite la stipulazione di specifiche convenzioni con le associazioni di settore¹³⁷.

In applicazione della legge n. 75-633 del 15 luglio 1975, agli inizi degli anni ‘90 il legislatore è intervenuto nuovamente con due provvedimenti: il decreto *Lalonde*¹³⁸, dedicato ai rifiuti domestici ed il decreto 94-609 del 13 luglio 1994 dedicato ai rifiuti “non domestici”¹³⁹.

Quanto agli imballaggi domestici, sui quali si concentrerà la presente analisi, il legislatore ha previsto che i produttori, distributori o importatori di imballaggi, fossero tenuti a contribuire o a provvedere allo smaltimento dei propri rifiuti in due possibili modi. O rivolgendosi ad un organismo o impresa “omologata”, ossia titolare di apposita autorizzazione ministeriale a procedere alla

http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19750716&numTexte=&pageDebut=07279&pageFin=.

¹³² Loi n. 75-633 du 15/07/75, TITRE I, Dispositions générales, art. 1: “*Est un dechet au sens de la present loi tout résidu d'un processus de production, de transformation ou d'utilisation, toute substance, matériau ou plus généralement tout bien meuble abandonné ou que son détenteur destine à l'abandon*”.

¹³³ Loi n. 75-633 du 15/07/75, TITRE IV, Dispositions concernant les collectivités locales, art. 12.

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ Loi n. 75-633 du 15/07/75, TITRE V, Dispositions concernant la récupération, in particolare art. 15.

¹³⁶ Code des communes, Partie législative, LIVRE 3: Administration et services communaux, TITRE 7: Dispositions particulières à certains services industriels et commerciaux, CHAPITRE 3: Ordures ménagères et autres déchets. La versione consolidata del documento è disponibile su: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006148086&cidTexte=LEGITEXT000006070162&dateTexte=19960223>.

¹³⁷ GERELLI F., FRANCA C., *La nuova generazione delle normative ambientali*, cit., p. 90.

¹³⁸ Décret no 92-377 du 1er avril 1992 portant application pour les déchets résultant de l'abandon des emballages de la loi n. 75-633 du 15 juillet 1975 modifiée relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux, JORF n. 80 du 3 avril 1992 page 5003, disponible su <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000175185&fastPos=1&fastReqId=1802456181&categorieLien=id&oldAction=rechTexte>.

¹³⁹ Décret n. 94-609 du 13 juillet 1994 portant application de la loi n. 75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux et relatif, notamment, aux déchets d'emballage dont les détenteurs ne sont pas les ménages

presa in carico e gestione dei rifiuti di imballaggio per conto dei produttori, distributori o importatori di imballaggi¹⁴⁰; oppure procedendo autonomamente alla gestione dei rifiuti derivanti dai propri imballaggi, predisponendo un dispositivo di consegna¹⁴¹, oppure allestendo appositi punti di raccolta dei propri rifiuti tali da permettere di verificare la loro proporzione con gli imballaggi immessi sul mercato¹⁴².

In risposta a tale normativa, nel corso del 1992, un gruppo di industriali francesi, rappresentativo sia dei produttori che dei distributori, nonché dei recuperatori di acciaio, alluminio, carta-cartone, plastica e vetro e delle rispettive associazioni di categoria¹⁴³, ha costituito Eco-Emballages, una società per azioni di diritto privato avente quale oggetto sociale l'organizzazione dei sistemi di smaltimento e recupero dei rifiuti di imballaggio di origine domestica¹⁴⁴.

4.2.1. Organizzazione e funzionamento del sistema Eco-Emballages.

Il sistema di Eco-Emballages è il corrispondente francese di DSD ed il suo funzionamento è ad esso molto simile: si tratta infatti di una società privata, senza scopo di lucro, che organizza la raccolta differenziata, la cernita, il recupero e il riciclaggio dei rifiuti di imballaggio di origine domestica su tutto il territorio nazionale.

Con l'adesione ad Eco-Emballages, il soggetto obbligato trasferisce su quest'ultimo la responsabilità della corretta gestione dei propri rifiuti ed acquisisce il diritto di apporre sui propri imballaggi il logo "punto verde" per mostrare il canale attraverso il quale verrà gestito il loro "fine vita"¹⁴⁵. L'adesione è subordinata al pagamento di una quota di partecipazione che serve al finanziamento del sistema¹⁴⁶.

Anche il sistema Eco-Emballages si compone di una serie di accordi che vedono impegnati i vari attori della filiera di riferimento e, analogamente a quanto fatto da DSD, anche Eco-Emballages ha sottoposto all'attenzione della Commissione il proprio impianto contrattuale al fine di ottenere un'attestazione negativa o, in subordine, una dichiarazione di esenzione dal divieto di accordi¹⁴⁷.

Il Grafico 2 descrive i cinque livelli contrattuali del sistema Ecoemballages.

¹⁴⁰ Décret no 92-377, cit., art. 4.

¹⁴¹ *Id.*, art. 10.

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ Comunicazione a norma dell'articolo 19, paragrafo 3, del regolamento n. 17 del Consiglio (1), Caso 34.950, Eco-Emballages, GUCE 2000/C 227/6 del 9 agosto 2000, par. 12.

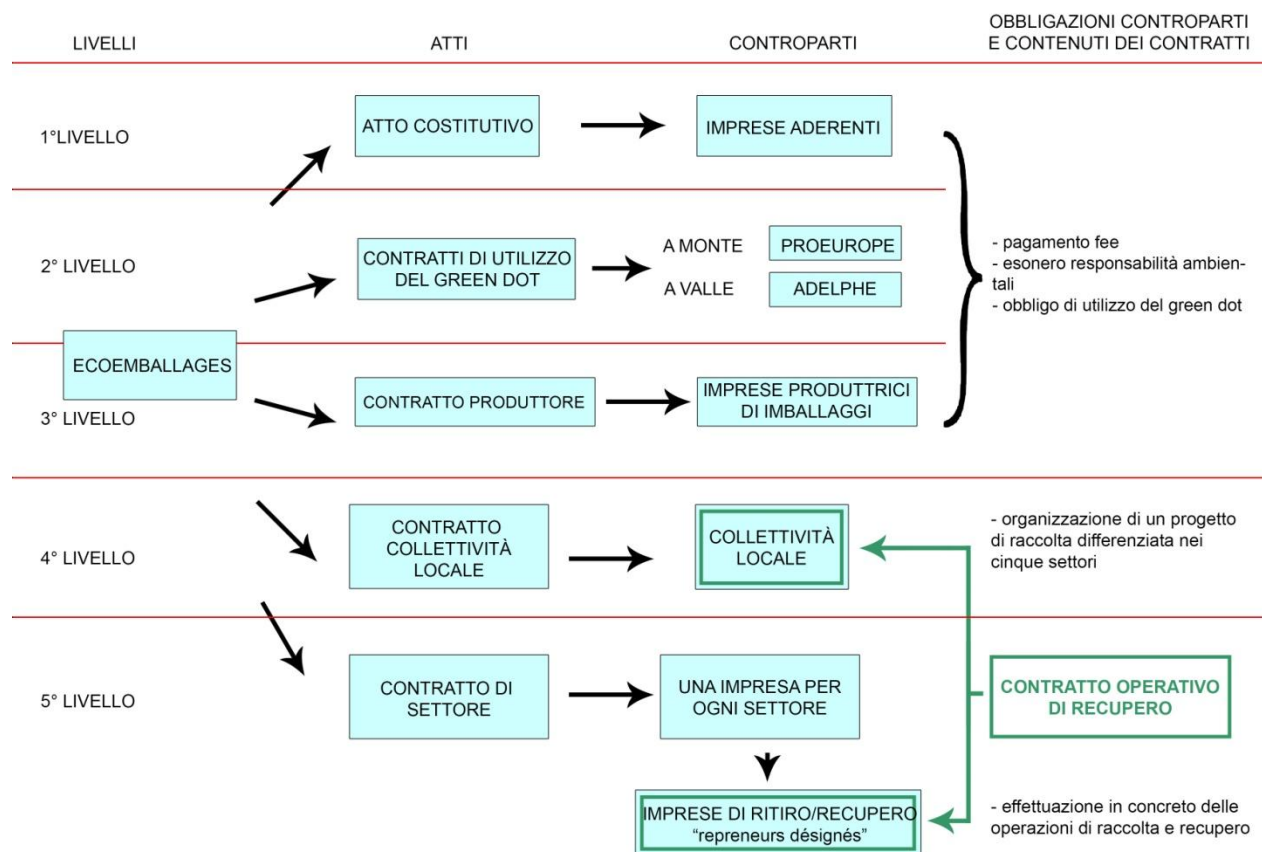
¹⁴⁴ *Id.*, par. 25

¹⁴⁵ *Id.*, par. 16

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *Id.*, par. 92

Grafico 2



Il primo livello coincide con l'atto costitutivo della società Eco-Emballages. La Commissione ha stabilito che, non contenendo alcuna clausola di esclusiva che limitasse la libertà dei soci di operare sui mercati rilevanti, esso non fosse contrario all'articolo 101 del trattato CE¹⁴⁸.

Il secondo livello contrattuale concerne l'accordo che autorizza Eco-Emballages all'utilizzo del logo "punto verde". Originariamente, tale contratto veniva concluso da Eco-Emballages direttamente con DSD, proprietaria del marchio "punto verde"; a partire dal 1995, invece, l'interlocutore a livello europeo per l'utilizzo del marchio "punto verde" è divenuta la società Packaging Recovery Organisation Europe SPRL ("Pro-Europe") alla quale DSD, mediante un contratto di licenza generale, ha ceduto i suoi diritti di utilizzazione del logo "punto verde" al di fuori della Germania¹⁴⁹. In virtù del contratto concluso con Pro-Europe, Eco-Emballages è diventata il

¹⁴⁸ Decisione della Commissione 2001/663/EC del 15 giugno 2001, Eco-emballages, GUCE L 233/37, par. 72: "Lo statuto non contiene alcuna clausola di esclusiva che limiti la libertà dei soci di operare sui mercati rilevanti, e non è quindi contrario all'articolo 81 del trattato CE".

¹⁴⁹ *Supra* nota 89. Sul funzionamento di Pro-Europe, è opportuno precisare che in qualità di "general licensor" del logo "punto verde", Pro-Europe conclude specifici contratti per l'utilizzo del marchio con tutti i soggetti che, soddisfacendo i requisiti previsti dalla direttiva 1994/62/CE, possono utilizzare il logo quale indicatore della corretta ge-

titolare della licenza principale esclusiva sul territorio francese per l'utilizzo del logo "punto verde". Tuttavia, Eco-Emballages ha accettato di concedere sottolicensze ai sistemi regionali e/o ai sistemi che si occupano di materiali specifici in Francia, verso il pagamento di un corrispettivo pari agli importi richiesti da Pro-Europe; per questa ragione, la Commissione ha ritenuto che tale accordo non creasse alcuna esclusiva ingiustificabile e che pertanto non fosse contrario all'art. 101 TFUE¹⁵⁰.

Il terzo livello di accordi riguarda i "contratti produttore" con cui Eco-Emballages, verso il pagamento di un corrispettivo, autorizza il contraente ad apporre il logo "punto verde" sugli imballaggi che ha fabbricato, commercializzato e/o immesso sul mercato¹⁵¹. Già in sede di notifica di tale accordo alla Commissione¹⁵², Eco-Emballages aveva assunto alcuni impegni finalizzati ad escluderne la rilevanza concorrenziale.

In particolare, Eco-Emballages si impegnava a garantire che il contributo di adesione al sistema rispettasse il principio "no service, no fee". Da un lato, infatti, prevedeva che questo fosse calcolato in funzione di appositi tariffari che tenevano in considerazione le quantità, i volumi e le tipologie di materiali da gestire¹⁵³; dall'altro, lasciava liberi gli obbligati di decidere se aderire al sistema soltanto per alcuni tipi di materiale e per la loro totalità, oppure per una parte degli imballaggi¹⁵⁴.

Inoltre, Eco-Emballages si impegnava a consentire a tutti i produttori di porre fine ogni anno al contratto di adesione senza pagamento di alcuna indennità¹⁵⁵.

Ritenendo che questi impegni annullassero i profili di contrasto con la normativa antitrust, la Commissione ha considerato il "contratto produttore", così formulato, come non ricadente nell'alveo dell'art. 101 TFUE.

stione dei rifiuti. Ulteriori informazioni su Pro-Europe e sul suo funzionamento sono disponibili sul sito ufficiale <http://pro-e.org/>

¹⁵⁰ Decisione della Commissione 2001/663/CE, cit., par. 82. Nello specifico, Eco-Emballages aveva concesso una sottolicensza non esclusiva ai sistemi collettivi Adelphi (impegnato nel settore del vetro e della raccolta multi materiale), a Cyclamed (attivo nel settore farmaceutico) e a Leclerc (operante nel settore dei sacchetti di plastica). Per l'uso del logo, i sistemi collettivi devono pagare a Eco-emballages una somma corrispondente alla loro quota nei diritti richiesti da ProEurope.

¹⁵¹ *Id.*, par. 22: "Il produttore ottiene il diritto di apporre il «punto verde» sui propri imballaggi: in realtà si tratta di un obbligo perché i prodotti che fanno parte del sistema devono obbligatoriamente essere identificati in questo modo. Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del contratto tipo, il diritto di utilizzazione si estende a tutti prodotti fabbricati, importati, commercializzati e/o immessi sul mercato dal contraente. Contro il pagamento del contributo, Eco-Emballages libera il produttore dai suoi obblighi in materia di smaltimento, cernita e recupero dei rifiuti di imballaggi".

¹⁵² Comunicazione del 9 agosto 2000, GUCE 2000/C 227/6, cit., par. 92.

¹⁵³ Sulle modalità di calcolo della c.d. "green dot fee", CABRAL M., et al, *Financial flows in the recycling of packaging waste: the case of France*, in *Pol. J. Environ. Stud.*, vol. 22, n. 6, 2013, p. 1640: "The green dot fee comprises a variable component (weight fee) and a fixed component (unit fee). The weight fee is determined by multiplying the total weight of each packaging waste placed onto the market by the respective fee (according to the type of material) [...] The unit fee depends on the value obtained for the weight fee".

¹⁵⁴ Comunicazione del 9 agosto 2000, GUCE 2000/C 227/6, cit., par. 93.

¹⁵⁵ *Id.*, par. 94.

Il quarto livello di contratti regola i rapporti fra Eco-Emballages e le collettività locali. Analogamente a quanto avveniva per DSD, infatti, anche Eco-Emballages si limita ad organizzare il sistema di gestione dei rifiuti di imballaggio, demandando le attività di raccolta, cernita e smaltimento ad altri soggetti¹⁵⁶.

In base al “contratto collettività locale”, le collettività locali si impegnavano ad organizzare la raccolta differenziata di cinque tipologie di materiali (vetro, acciaio, alluminio, carta-cartone e plastica) e a conferire la totalità dei rifiuti così raccolti o alle società selezionate da Eco-Emballages per il recupero, oppure a società di proprio gradimento, purché queste ultime assicurassero che la totalità dei rifiuti conferiti fosse trattata secondo i requisiti tecnici minimi e con procedimenti che ne garantissero l’effettivo riciclaggio¹⁵⁷. Poiché il contratto prevedeva che le collettività locali potessero risolvere in ogni momento il loro rapporto con Eco-Emballages, la Commissione ha ritenuto che, per quanto riguardava la durata, non fossero indebitamente limitativi della libertà di scelta e di azione delle collettività locali¹⁵⁸. Analogamente, poiché le collettività locali potevano stipulare contratti anche con soggetti diversi da Eco-Emballages, la Commissione ha ritenuto che i contratti in esame non precludessero ai sistemi concorrenti la possibilità di accedere al mercato della raccolta differenziata¹⁵⁹. In definitiva, non rinvenendo alcuna esclusiva che incidesse in maniera sensibile sulla situazione concorrenziale del mercato della raccolta differenziata, la Commissione ha ritenuto i “contratti collettività locali” non restrittivi della concorrenza¹⁶⁰.

Il quinto ed ultimo livello contrattuale è costituito dalle “convenzioni di recupero” concluse per periodi di sei anni da Eco-Emballages con imprese impegnate a ritirare e riciclare gli imballaggi raccolti in uno dei cinque settori (o materiali) e rispondenti ai requisiti tecnici minimi.

Eco-Emballages conclude un solo contratto per settore¹⁶¹, ma l’impresa individuata ha la possibilità di individuare liberamente le società che in concreto effettuano il recupero (c.d. *repreneurs désignés*) e di regolare il loro rapporto utilizzando un sub-contratto¹⁶². Come nel caso del contrat-

¹⁵⁶ Diversamente da quanto accadeva per DSD che mediante la costituzione del sistema “duale” lasciava interamente in capo all’industria il compito di implementare correttamente un sistema di valorizzazione dei rifiuti di imballaggio, Eco-Emballages “*is not responsible for the technical and financial results obtained by separate collection and sorting schemes. It is the municipalities’ task to obtain sufficient performances to be reimbursed for additional costs supported. They bear all the risks and all the responsibilities regarding packaging valorization and industry’s involvement is reduced to a minimal role*”. BUCLET N., et al., *Municipal waste management in France*, in BUCLET N., GODARD O., *Municipal waste management in Europe. A comparative study in building regimes*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers BV, 2000, p. 111.

¹⁵⁷ Decisione della Commissione 2001/663/CE, cit., par. 30 ss.

¹⁵⁸ *Id.*, par. 76.

¹⁵⁹ *Id.*, par. 77.

¹⁶⁰ *Id.*, par. 78.

¹⁶¹ *Id.*, par. 42.

¹⁶² *Id.*, par 45: “*Le operazioni di recupero, nel quadro di una garanzia di recupero, sono svolte non dai settori citati, ma da società designate da ciascuno di essi, cosiddette «società designate per il recupero» [repreneurs désignés]. Eco-Emballages dichiara di non aver alcuna influenza sulla scelta di tali società. Tuttavia, i contratti conclusi fra queste ultime e le collettività locali, denominati «contratti operativi di recupero», devono basarsi su contratti tipo,*

to “collettività locale”, il carattere unidirezionale dell’esclusiva che impegnava solo Eco-Emballages è stato considerato non restrittivo della concorrenza.

In conclusione, dunque, con un percorso argomentativo del tutto in linea con quello seguito per il sistema di esonero DSD¹⁶³ e subordinando la validità della propria decisione al rispetto degli impegni presentati da Eco-Emballages, la Commissione ritiene di non intervenire ai sensi dell’art. 101, par. 1 del TFUE con riguardo a nessuno degli accordi notificati.

4.3. L’Austria e il sistema Alstoff Recycling Austria SG (“ARA”).

Il terzo compliance scheme preso in considerazione dalla Commissione ai fini di verificarne la compatibilità con i principi antitrust è stato il sistema Austriaco ARA¹⁶⁴.

Come nel caso dei sistemi tedesco e francese, anche ARA è nata quale organizzazione multilivello finalizzata a garantire il rispetto delle disposizioni nazionali ed europee¹⁶⁵ in materia di corretta gestione dei rifiuti di imballaggio. Come gli altri sistemi presi in considerazione, anche ARA si struttura in una serie di accordi conclusi con i diversi operatori della filiera degli imballaggi.

Il Grafico 3 rappresenta l’impianto contrattuale del sistema ARA.

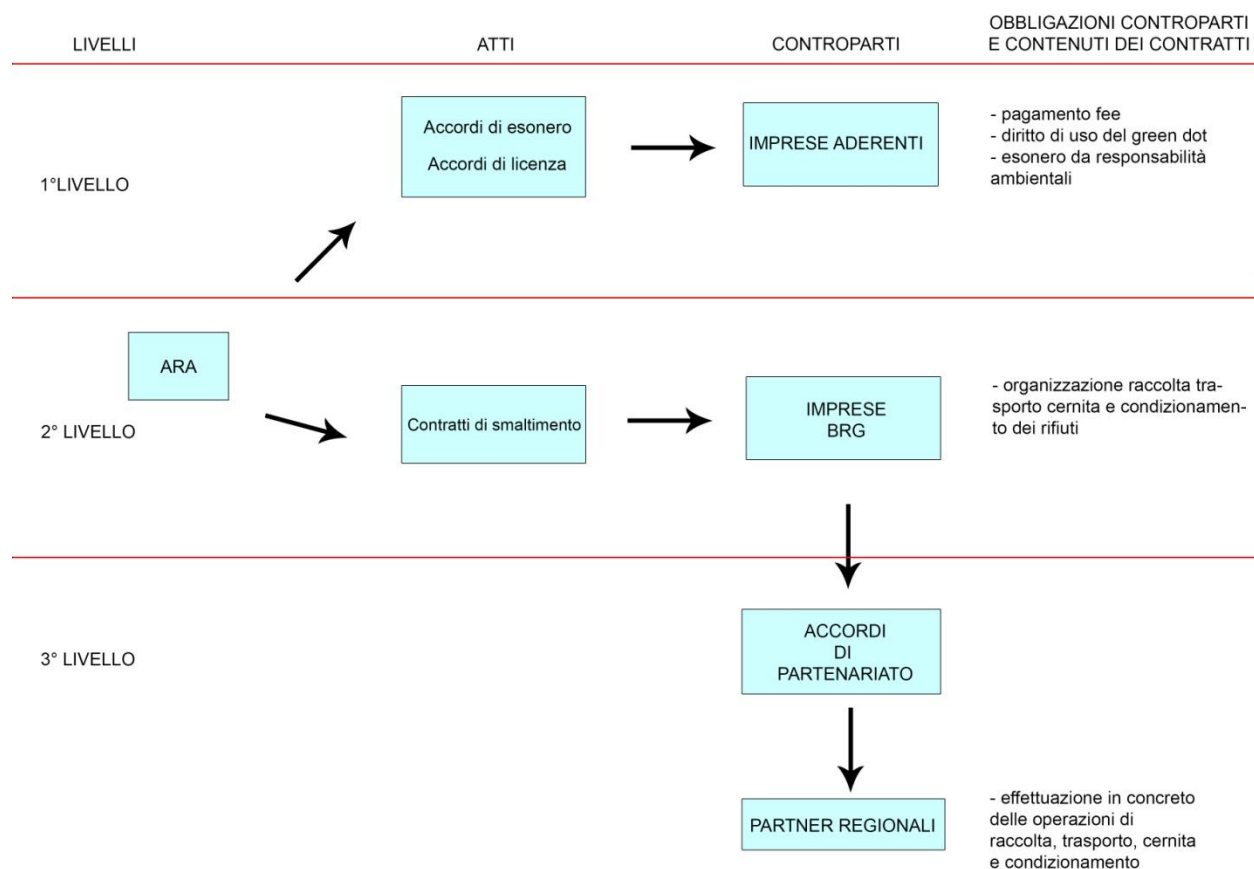
«al fine di non snaturare la garanzia fornita dai settori». In questo contesto, Eco-Emballages ha proposto un modello per ciascun settore tranne la plastica”.

¹⁶³ KINGSTON S., *Greening EU competition law and policy*, cit., p. 256: “The scheme is run by Eco-Emballages and was considered by the Commission in parallel with DSD”.

¹⁶⁴ La Commissione si è attivata anche in questo caso a seguito della notifica da parte di ARA finalizzata ad ottenere l’autorizzazione o, in subordine, l’esenzione degli accordi conclusi per implementare il sistema di gestione dei rifiuti di imballaggio. Si veda *Comunicazione a norma dell’articolo 19, paragrafo 3, del regolamento n. 17 del Consiglio, Caso COMP/A.35.470/D3 – ARA, Caso COMP/A.35.473/D3 – ARGEV, ARO*, G.U. 2002/C 252/02 del 19 ottobre 2002.

¹⁶⁵ Decreto BGBl. n. 648/1996 in vigore dal 1° dicembre 1996 relativo alla prevenzione della produzione e al recupero di rifiuti da imballaggi e di determinati residui di merci, nonché all’istituzione di sistemi di raccolta e recupero. Il decreto aggiorna il precedente decreto BGBl. n. 645/1992, in vigore nell’ottobre 1993 e dà attuazione ai principi contenuti nella direttiva sugli imballaggi 1994/62/CE.

Grafico 3



Il primo livello comprende gli “accordi di esonero dagli obblighi previsti dalla legge” e gli “accordi di licenza” conclusi tra ARA e le imprese interessate dal regolamento sugli imballaggi. Mediante l’adesione al sistema di esonero, i soggetti obbligati, dietro il pagamento di un corrispettivo, trasferiscono le proprie obbligazioni in capo ad ARA che si occuperà per loro della corretta gestione dei rifiuti di imballaggio¹⁶⁶. Diversamente da quanto accadeva in Germania e Francia, la legislazione austriaca non impone l’apposizione del logo “punto verde”¹⁶⁷: sebbene il contratto di licenza autorizzi le imprese all’uso del logo, ARA intende il contributo riscosso quale compenso per l’esenzione ottenuta con la partecipazione al sistema.

¹⁶⁶ KLIEN M., LOSER P., *Austrian waste sector*, working paper, CIRIEC, n. 10, 2009, p. 9 ss.: “*The packaging ordinance obliges producers, importers and (final) distributors to take-back their packaging, to reuse or recycle it, or pass it down to their suppliers and to inform the authorities. Alternatively, producers, importers and (final) distributors may participate in a collection and recycling system. By concluding a contract (under private law) with a licensed collection and recycling provider, they are able to free themselves of the obligations stipulated by the packaging ordinance*”. Il contributo citato offre una puntuale ricostruzione del sistema di gestione dei rifiuti austriaco.

¹⁶⁷ Decisione della Commissione del 16 ottobre 2003, 2004/208/CE, ARA, ARGEV, ARO, 2004, GUCE L 75/59, par. 53.

Per tale ragione, tale contributo viene versato solo per gli imballaggi per i quali il partner licenziatario desidera ottenere un esonero da parte del sistema ARA e la cui quantità viene comunicata al sistema ARA¹⁶⁸.

Le imprese sono libere di eventualmente organizzare un sistema autonomo per la gestione dei propri imballaggi, così come di non utilizzare alcun logo o di introdurre uno diverso dal “punto verde”, ma in tali ipotesi, per evitare di corrispondere ad ARA la *fee* prevista dal contratto, dovranno fornire prova delle quantità gestite autonomamente o mediante un sistema alternativo¹⁶⁹.

ARA permette inoltre alle imprese aderenti di correggere retroattivamente le quantità dichiarate e rimborsa un conguaglio per le quantità che hanno dimostrato aver smaltito in altro modo. La Commissione ha ritenuto che tale obbligo di prova non fosse restrittivo della concorrenza¹⁷⁰.

Quanto all’uso del marchio “punto verde”, ARA si è altresì impegnata a non opporre la propria esclusiva quale licenziataria nei confronti delle imprese partecipanti ad un altro compliance scheme che faccia uso del logo “punto verde” nel caso in cui il funzionamento del sistema alternativo scelto risulti conforme alla normativa nazionale¹⁷¹.

Il secondo livello si compone della rete di “contratti di smaltimento” conclusi da ARA con le imprese di riciclaggio settoriale economicamente indipendenti (“Branchenrecyclinggesellschaften” o “BRG”). Sottoscrivendo tali contratti, le BRG si impegnano ad organizzare raccolta, trasporto, cernita e condizionamento dei rifiuti; ognuna di esse è competente per determinati materiali o categorie di materiali d’imballaggio¹⁷².

Questi contratti prevedono delle clausole di esclusiva ancora più restrittive di quelle previste da DSD: infatti, ARA oltre ad individuare un solo partner per ciascuna tipologia di materiale di riciclo, impedisce a quest’ultimo di operare con altri sistemi.

Nonostante la loro particolare rigidità, tali clausole sono state giustificate dalla Commissione.

¹⁶⁸ *Id.*, par. 55: “Stando ad ARA, l’impegno di pagamento del partner licenziatario, di cui al capitolo II, non è mai stato inteso come un corrispettivo per l’uso del simbolo (e quindi come controprestazione per il diritto di utilizzo del «punto verde» sugli imballaggi), bensì come compenso per l’esenzione ottenuta con la partecipazione al sistema. Secondo l’interpretazione e l’applicazione data conseguentemente al capitolo II, paragrafo I, il corrispettivo per la licenza è versato solo per gli imballaggi per i quali il partner licenziatario desidera ottenere l’esonero attraverso il sistema”.

¹⁶⁹ *Id.*, par. 196.

¹⁷⁰ *Id.*, par. 197.

¹⁷¹ *Id.*, par. 202: “Per garantire che ARA non adotti altre misure contro imprese che non sono licenziatrici di ARA, ma che sulla base di un contratto con un sistema di raccolta e di riciclaggio o del diritto nazionale di un altro Stato membro sono obbligate a classificare gli imballaggi da loro messi in circolazione con il contrassegno del «punto verde», ARA si è assunta l’impegno di non opporre obiezione qualora il «punto verde» venga apposto su imballaggi senza licenza ARA ma riciclati conformemente al regolamento e qualora ciò venga dimostrato ad ARA mediante certificazione. Ciò vale per la non partecipazione sia parziale che totale al sistema ARA”.

¹⁷² Le imprese BRG selezionate da ARA all’epoca dei fatti erano le seguenti: l’impresa ARGEV per gli imballaggi di metallo (metalli ferrosi, alluminio) e per i cosiddetti imballaggi leggeri (legno, ceramica, materie plastiche, materiali compositi, materiali in fibre tessili), la società Österreichischer Kunststoff Kreislauf AG (di seguito ÖKK) per gli imballaggi in materie plastiche e in fibre tessili, l’impresa ARO per gli imballaggi di carta, cartone e cartone ondulato e la società Glas Recycling GmbH (AGR) per gli imballaggi di vetro. Si veda Decisione della Commissione 2004/208/CE, cit., par. 12.

L'esclusiva in favore di ARA non è stata ritenuta restrittiva della concorrenza in quanto gli effetti della clausola si esaurirebbero all'interno del sistema ARA, in alcun modo impedendo o ostacolando le attività di potenziali concorrenti. Ed infatti le BRG, non effettuano esse stesse alcuna operazione pratica, ma si limitano a propria volta ad operare nel mercato dell'organizzazione del sistema di esonero. Pertanto, i potenziali concorrenti di ARA possono stipulare contratti direttamente con imprese che eseguono la raccolta e la cernita effettive¹⁷³.

L'esclusiva in favore delle BRG è stata giustificata riconoscendo la necessità di una univoca collocazione e una opportuna specializzazione dei soggetti selezionati. Secondo la Commissione, a livello del sistema, senza una chiara delimitazione delle sfere di competenza, mansioni come aggiudicare gli appalti alle imprese di raccolta, cernita e riciclaggio o garantire il rispetto delle prescrizioni sulle quote non potrebbero essere svolte con efficienza¹⁷⁴.

Infine, quanto al terzo livello di contratti (anche detti "accordi di partenariato") conclusi fra le BRG e i partner regionali, cioè imprese o collettività territoriali¹⁷⁵ che procedono effettivamente a raccolta, trasporto e cernita dei rifiuti, la Commissione ha statuito quanto segue.

Le clausole di esclusiva ivi contenute sono state considerate restrittive della concorrenza per una molteplicità di ragioni: i. le BRG selezionate da ARA si trovavano in posizione di sostanziale monopolio, ii. il sistema era organizzato in modo da sfruttare sostanziali effetti di rete, iii. la duplicabilità delle strutture non era economicamente perseguibile, iv. le clausole di esclusiva erano previste per l'intera durata dell'accordo e di conseguenza costituivano una barriera all'ingresso per potenziali concorrenti¹⁷⁶.

Nonostante la restrizione della concorrenza, la Commissione ha esentato tali clausole ai sensi dell'art. 101(3) sulla base di un'argomentazione del tutto analoga a quella elaborata per il sistema DSD. In particolare, la commissione ha considerato: i. che il vincolo di esclusiva a favore dei partner addetti alla raccolta contenuti nei contratti di prestazione di servizi determinasse un miglioramento della produzione e una promozione del progresso tecnico o economico oltre che il raggiungimento degli obiettivi ambientali per i quali era stato costituito¹⁷⁷; ii. che la riduzione dei costi di gestione derivanti dall'implementazione di un sistema organizzato si sarebbe tradotta in un risparmio per i consumatori¹⁷⁸; iii. che le clausole di esclusiva fossero indispensabili al fine di assicurare un servizio di raccolta durevole e affidabile, elemento necessario per il successo del sistema nel suo insieme e che la durata di tre anni (pari alla durata dei contratti) fosse un termine adeguato a garantire il recupero degli investimenti finanziari effettuati dagli operatori per

¹⁷³ *Id.*, par. 206 e par. 207.

¹⁷⁴ *Id.*, par. 209

¹⁷⁵ Nello specifico, la Commissione considera il contratto concluso fra ARGEV e le imprese regionali di smaltimento come contratto "standard" su cui elaborare le proprie considerazioni.

¹⁷⁶ *Id.* par. 229.

¹⁷⁷ *Id.* par. 268 ss., *Miglioramento della produzione o della distribuzione dei prodotti o promozione del progresso tecnico economico*.

¹⁷⁸ *Id.* par. 272 ss., *Vantaggi per i consumatori*.

l'implementazione del sistema¹⁷⁹; iv. che, alla scadenza dei contratti, le BRG avrebbero individuato i nuovi partner ricorrendo a selezioni pubbliche, trasparenti ed obiettive, concludendo i nuovi contratti per una durata massima di cinque anni¹⁸⁰.

L'esenzione è stata inoltre subordinata a due ulteriori condizioni.

Per superare il problema della impossibilità di duplicare il sistema di raccolta e garantire l'effettiva concorrenza, la Commissione ha imposto che le BRG non impedissero alle imprese addette allo smaltimento di stipulare o rispettare contratti con i loro concorrenti sull'uso comune di contenitori o di altre strutture per la raccolta e la cernita di imballaggi di vendita usati¹⁸¹. Quanto alla certificazione delle quantità di imballaggi raccolti, essa è stata ammessa per le sole percentuali corrispondenti al sistema ARA, non potendo riguardare anche le quantità raccolte per sistemi differenti, in quanto tale seconda ipotesi avrebbe vincolato l'intera quantità di rifiuti raccolti, impedendo agli altri sistemi di raggiungere le quote previste dalla normativa¹⁸².

Avverso la decisione appena commentata, ARA ha presentato ricorso, ma il Tribunale ha rigettato *in toto* le doglianze della ricorrente e confermato le decisioni della Commissione.

In particolare, ARA contestava gli oneri (ulteriori e aggiuntivi rispetto agli impegni che aveva già presentato) che la Commissione aveva imposto al sistema al fine di scongiurare l'integrazione di effetti anticoncorrenziali derivanti dall'impianto contrattuale¹⁸³.

La decisione in commento risulta interessante almeno per due ragioni: nell'analisi della condotta di ARA, infatti, la Commissione e il Tribunale hanno considerato l'*effetto cumulativo* derivante dall'insieme dei contratti posti in essere dal compliance scheme con gli operatori della filiera; in secondo luogo, incentrando il caso attorno alla accessibilità al mercato da parte dei concorrenti di ARA, hanno applicato argomentazioni tipiche dello scrutinio di una condotta rilevante ai fini dell'art. 102 TFUE per un caso incardinato entro la cornice dell'art. 101 TFUE¹⁸⁴. In generale, inoltre, il caso mostra come gli accordi verticali e le clausole di esclusiva in essi contenute, indi-

¹⁷⁹ *Id.*, par. 274 ss., *Indispensabilità della restrizione*.

¹⁸⁰ *Id.*, par. 278 ss., *Non esclusione della concorrenza*.

¹⁸¹ *Id.*, par. 289, condizione a): “Ad ARGEV viene imposto di non impedire alle imprese addette allo smaltimento di stipulare o rispettare contratti con i concorrenti di ARA e ARGEV sull'uso comune di contenitori o di altre strutture per la raccolta e la cernita di imballaggi di vendita usati [condizione a)]”.

¹⁸² *Id.*, par. 290, condizione b): “Inoltre ARGEV può pretendere dalle imprese addette allo smaltimento soltanto la certificazione delle quantità di imballaggi che corrispondono alla percentuale del sistema ARA sulle quantità di imballaggi oggetto di licenza di sistemi per il settore domestico per determinate tipologie di materiali [condizione b)]. ARGEV non può chiedere alle imprese di smaltimento la certificazione delle quantità di imballaggi non raccolti per il sistema ARA. Questa condizione è necessaria per garantire che ARGEV non vincoli a sé l'intera quantità degli imballaggi raccolti rendendo impossibile alla concorrenza il rispetto delle quote e per far sì che i concorrenti del sistema ARA possano accedere senza restrizioni agli imballaggi di vendita per loro raccolti”.

¹⁸³ Trib. primo grado, sentenza del 22 marzo 2011, *Altstoff Recycling Austria AG c. Commissione*, causa T-419/03, in *Racc.*, 2011, p. II-979.

¹⁸⁴ VEDDER H., *Exclusivities in Collective Packaging Waste Management Schemes and EU Competition Law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 2, n. 4, 2011, p. 347.

pendentemente dalla loro durata, siano potenzialmente idonei ad aggravare o impedire l'accesso al mercato da parte dei concorrenti¹⁸⁵.

Successivamente, sempre con riferimento al problema dell'uso comune delle infrastrutture di raccolta, la Commissione in data 15 luglio 2011 ha formalmente aperto nei confronti di ARA un procedimento per verificare che la società non stesse abusando della propria posizione dominante nel mercato dell'organizzazione della raccolta, cernita e riciclaggio dei rifiuti di imballaggio impedendo ai concorrenti l'accesso alle infrastrutture per la raccolta e facendo pressioni sui consumatori e sulle imprese addette ai servizi di raccolta di non operare con i concorrenti di ARA¹⁸⁶.

Dopo due anni dall'apertura del procedimento, in data 18 luglio 2013 la Commissione ha informato la società del fatto che le conclusioni preliminari sui fatti contestati porterebbero ad affermare che si sia effettivamente verificata una violazione dell'art. 102 del Trattato per avere la società negato l'accesso alle infrastrutture essenziali (ossia ai container, ai sacchi della raccolta e agli altri servizi di raccolta correlati), oltre che per avere utilizzato la propria posizione di monopolio nel mercato dei rifiuti di imballaggio di origine domestica nel tentativo di imporsi quale operatore dominante anche nel mercato dei rifiuti di imballaggio di origine commerciale¹⁸⁷. Ed infatti, parrebbe che ARA si sia offerta di organizzare la raccolta dei rifiuti prodotti da alcuni operatori commerciali presso le loro sedi mediante il coinvolgimento dei raccoglitori facenti parte del suo circuito e utilizzando direttamente i contenitori da questi messi a disposizione, ricreando una situazione del tutto speculare a quella dei rifiuti domestici.

La società avrebbe inoltre stabilito che i contenitori messi a disposizione dovessero essere utilizzati solo per i rifiuti del circuito ARA. Questa clausola, unitamente al fatto che i consumatori, notoriamente, non sono propensi ad avere più di un contenitore, né a dividere ulteriormente i rifiuti prodotti, avrebbe portato gli operatori commerciali a rivolgersi solo a fornitori che facessero parte del sistema ARA¹⁸⁸. Diretta conseguenza di questa situazione, secondo la Commissione, sarebbe l'esclusione dei concorrenti dal mercato di riferimento.

Ad oggi, il procedimento è ancora pendente, ma è possibile azzardare una previsione.

Sembra abbastanza evidente che, qualora si dimostri l'effetto escludente della condotta di ARA, la sua posizione difensiva risulti piuttosto complessa.

Da un lato, infatti, sarebbe particolarmente difficile superare le ormai consolidate argomentazioni della Commissione relative alla qualificazione della rete di contenitori per la raccolta dei rifiuti

¹⁸⁵ *Id.*, p. 348: "This judgment is not only important to undertakings in the waste management industry offering similar schemes as that operated by ARA. It is also important on a more general note because it shows how the exclusivities with partners on the up- and downstream market may also result in competition problems because they may hamper the market access of potential competitors. This means that any competition analysis of vertical contracts, even if the duration and termination of these contracts is not excessively exclusionary, will need to take market access into consideration".

¹⁸⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Antitrust: Commission investigates possible foreclosure of competitors from Austrian markets for management of packaging waste*, Press release, Brussels, 15 July 2011, IP/11/893.

¹⁸⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Antitrust: Commission sends statement of objections to ARA for suspected abuse of dominance on Austrian waste management markets*, Press release, Brussels 18 July 2013, IP/13/711.

¹⁸⁸ *Id.*

quale “infrastruttura essenziale” ed alla riconosciuta impossibilità (o, comunque, non razionalità) della sua duplicazione. È pur vero che la Commissione sino ad ora si era sempre espressa con riguardo ai rifiuti domestici e, quindi, facendo riferimento alle abitudini degli utenti domestici nonché alla conformazione delle private abitazioni. Tuttavia, le considerazioni relative alla mancanza di spazio, ma soprattutto quelle relative alla difficoltà di effettuare una suddivisione di rifiuti dello stesso tipo fra contenitori diversi, nonché di individuare i criteri da seguire per procedere a tale ulteriore operazione di differenziazione sembrano trasferibili in una certa misura anche al settore dei rifiuti di origine commerciale/industriale.

Dall’altro lato, la condotta di ARA non appare supportata da alcuna giustificazione oggettiva e neppure dal genuino intento di perseguire legittime motivazioni quali, per esempio, quelle ambientali o di efficienza. Infatti, ad oggi il sistema austriaco della raccolta dei rifiuti, diversamente da quanto accadeva al momento della originaria implementazione del compliance scheme, non presenta problematiche legate al mancato raggiungimento degli obiettivi ambientali previsti a livello europeo. Al contrario, l’Austria rientra fra i Paesi più virtuosi che hanno già raggiunto l’obiettivo della totale diversione dei rifiuti dalla discarica, obiettivo che, come visto nel capitolo precedente, si fonda proprio sul buon funzionamento della raccolta differenziata. Sarebbe quindi che la condotta di ARA sia meramente volta a sfruttare la diffusione capillare su tutto il territorio nazionale della propria rete di raccoglitori di rifiuti domestici per “invadere” anche il (fiorente) mercato dei rifiuti di origine commerciale/industriale.

La clausola che vieta l’utilizzo comune dei contenitori appartenenti ai raccoglitori del circuito ARA inoltre costituisce una insormontabile barriera all’ingresso, anch’essa non giustificata da motivazioni oggettive. La Commissione potrebbe facilmente sostenere la non stretta necessità/indispensabilità della clausola ai fini della dimostrazione dell’assolvimento da parte di ARA delle proprie obbligazioni. Infatti, come già affermato nella decisione appena commentata¹⁸⁹, *“anche in caso di uso comune dei contenitori, ARGEV avrebbe la possibilità di adempiere ai propri obblighi di diritto pubblico. Il regolamento sugli imballaggi non contiene riferimenti al fatto che i contenitori di raccolta debbano essere messi a disposizione di un solo sistema. Nelle proprie osservazioni del 15 gennaio di quest’anno, anche l’Austria ha dichiarato che l’uso comune di contenitori per la raccolta domestica sarebbe fondamentalmente consentito in base alle condizioni dell’autorizzazione per il sistema secondo la AWG 2002. Va inoltre considerato che nell’interpretazione del regolamento sugli imballaggi occorre tener conto della già discussa importanza dell’uso comune per la realizzazione della concorrenza in base all’applicazione delle regole comunitarie in materia”*.

Analogamente, a fronte dell’eventuale obiezione di ARA relativa alla impossibilità di distinguere i rifiuti ricadenti sotto la propria responsabilità dagli altri, la Commissione potrebbe riproporre l’argomento secondo cui l’elemento da considerare a tale fine è la dimostrazione della gestione

¹⁸⁹ Decisione della Commissione 2004/208/CE, cit., par. 300.

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.

Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"

di CORBETTA SERENA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

della quantità di rifiuti concordata nei singoli contratti (quote), non occorrendo invece una precisa identificazione dei rifiuti medesimi.

In conclusione, dunque, si ritiene probabile che la Commissione valuti in via definitiva la condotta di ARA come escludente e che, di conseguenza, imponga l'obbligo di garantire l'uso comune delle infrastrutture di raccolta.

4.4. L'Inghilterra, il sistema Valpak e gli altri sistemi minori.

Per quanto riguarda l'Inghilterra, invece, i compliance schemes organizzati sono più d'uno, nonostante fra questi sia comunque possibile individuare un sistema principale (Valpak) ed alcuni sistemi minori (Biffpack, Difpack e Wastepack)¹⁹⁰.

Un'altra peculiarità del sistema inglese è che la legge di recepimento della direttiva quadro sugli imballaggi, la *“Producer Responsibility Obligations (Packaging Waste) Regulations”* del 1997¹⁹¹, non prevede il meccanismo di ritiro come obbligatorio. Ed infatti, ai soggetti obbligati (produttori, distributori e importatori di imballaggi nel Regno Unito¹⁹²) non viene imposto l'obbligo di ritiro (take-back) dei propri rifiuti, quanto, piuttosto, viene richiesto di dimostrare di aver raggiunto i tassi di riciclo e recupero che la normativa stabilisce per ciascuna tipologia di materiale di imballaggio ed in considerazione dei volumi immessi sul mercato¹⁹³.

L'attestazione dell'assolvimento di tale obbligo avviene mediante il rilascio di un documento denominato *“Packaging waste Recovery Note (“PRN”)* da parte del soggetto che concretamente ha proceduto al riciclo/recupero dei rifiuti a valle della raccolta.

I soggetti obbligati possono assolvere a questa disposizione in maniera autonoma, accordandosi direttamente con riciclatori o recuperatori accreditati ed autorizzati a rilasciare la PRN, oppure partecipando ad uno dei sistemi collettivi che organizzano per conto loro la gestione dei rifiuti di imballaggio.

¹⁹⁰ ROSE I., *Producer responsibility and the EC competition law*, in *Business Law International*, n. 4, 2000, p. 321: *“There are now some 16 schemes operating in the United Kingdom. Some of these operate as cross-sectoral schemes, able to service members dealing with all types of packaging materials and packaging waste at a national level. There are also single-sector schemes, which specialize in undertaking the recovery and recycling obligations relating to particular types of packaging materials and packaging waste. The largest scheme in the United Kingdom is called Valpak and is operated by Valpak Limited. Other schemes include Biffpack, which is operated by Biffa Waste Services Limited, Wastepack, which is operated by Wastepack UK Limited, Difpak, which is operated by Difpak Limited and was set up by the Dairy Industry Federation and Paperpak, which is operated by Paperpak Limited and was set up by the United Kingdom paper packaging industry”*.

¹⁹¹ Statutory Instruments, 1997 No. 648, Environmental Protection, *The Producer Responsibility Obligations (Packaging Waste) Regulations 1997*, available at <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1997/648/made/data.pdf>.

¹⁹² *Producer Responsibility Obligations (Packaging Waste) Regulations 1997*, cit., Schedule 1, Column 1, che definisce “producers” i *“Manufacturer, Converter, Packer/filler, Wholesaler, or Importer”*. Gli obblighi sono specificati nella parte II (PART II, *Producers obligations*) del medesimo atto.

¹⁹³ KINGSTON S., *Greening*, cit., p. 259.

Oltre a queste due alternative, una terza opzione prevede che gli obbligati possano acquistare PRN al c.d. “Environment Exchange”¹⁹⁴. Infatti, le PRN sono commerciabili; tuttavia, solo i soggetti obbligati, i riciclatori e i sistemi collettivi hanno il diritto di acquistarli.

Tutti i sistemi inglesi adottano il c.d. “*all or nothing approach*”, ossia richiedono ai propri aderenti di trasferire al sistema tutte le loro obbligazioni per tutti i rifiuti di loro produzione, indipendentemente dal materiale dell’imballaggio¹⁹⁵.

Il primo sistema ad essere sottoposto all’analisi della Commissione nel 1998 fu Valpack¹⁹⁶.

Ad esito dell’esame degli accordi di affiliazione che Valpak faceva sottoscrivere agli aderenti, la Commissione ha concluso che la clausola “*all or nothing*” costituisse una restrizione della concorrenza ai sensi dell’articolo 81, paragrafo 1 TFUE in quanto obbligando le imprese che desiderano affiliarsi al programma a trasferire integralmente i loro obblighi concernenti tutti i materiali di imballaggio, impediva a queste di rivolgersi anche ad altri sistemi collettivi concorrenti, con ciò limitando grandemente le possibilità di concorrenza per materiali specifici¹⁹⁷.

Anche in questo caso, la Commissione ha valutato la possibilità che una tale clausola potesse beneficiare dell’esonero di cui all’art. 101, paragrafo 3 TFUE ed ha effettivamente concesso l’esonero, nel caso specifico con una lettera amministrativa (*comfort letter*) in cui specificava quanto segue. L’esonero è stata concessa alla luce della natura emergente del mercato in questione e della probabilità che Valpak ed altri programmi fossero obbligati ad effettuare investimenti nelle infrastrutture britanniche di raccolta e/o di ritrattamento, al fine di assolvere agli obblighi dei propri affiliati in futuro. La Commissione ha ritenuto che l’approccio “*all or nothing*” fosse giustificabile nel breve periodo per garantire a Valpak e ad altri sistemi di raccolta simili la possibilità di ottenere finanziamenti sufficienti a permettere i necessari investimenti. La Commissione si è pertanto riservata il diritto di riesaminare il caso dopo un periodo di tre anni¹⁹⁸.

¹⁹⁴ EUROPEAN COMMISSION, *Paper concerning issues of competition in waste management systems*, 22.09.2005, available at http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/waste_management.pdf, punto 25.

¹⁹⁵ KINGSTON S., *Greening*, cit., p. 260.

¹⁹⁶ Occorre precisare che il sistema Valpack era stato sottoposto anche allo scrutinio sulla compatibilità con i principi concorrenziali (“*competition scrutiny*”) del Directorate General of Fair Trading (DGFT). Nel report prodotto, il DGFT affermava: “*during the development of the [Packaging] Regulations, my officers expressed their disquiet about the provisions that required a producer to pass the whole of its obligation to a collective scheme, rather than being able to meet its obligations in part by itself, and to take its remaining requirements to the scheme. I still take the view that, for effective competition to work in this market, obligated producers should have the choice of splitting their recovery and recycling requirements either between different compliance schemes or between such a scheme and individual compliance, and I hope that this issue can be re-examined at some stage*”. Altre perplessità espresse riguardavano il rischio che Valpak, che all’epoca del report (luglio 1997) era l’unico operatore su scala nazionale, potesse abbassare la qualità del servizio; inoltre si rilevavano le criticità derivanti dall’uso di clausole di esclusiva, nonché la necessità di garantire la possibilità di permettere agli associati, in maniera flessibile, di modificare la propria affiliazione da uno schema all’altro. Si veda estensivamente ROSE I., *Producer responsibility and the EC competition law*, cit., p. 321 e 322.

¹⁹⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *XXVIII Relazione sulla politica di concorrenza – 1998*, par. 133.

¹⁹⁸ *Id.*, par. 134. La letter of comfort è del 03.07.1998 e non è stata pubblicata.

Poco dopo, il 14 dicembre 2000, la Commissione ha avuto di nuovo modo di esprimersi sulle clausole “*all or nothing*”, con riferimento ai sistemi collettivi minori Difpak, Biffpack e Wastepack, sostanzialmente ricalcando i contenuti della decisione Valpack¹⁹⁹.

Sebbene gli accordi notificati si riferissero a sistemi collettivi caratterizzati da quote di mercato relativamente modeste, la Commissione ha concluso che, in virtù del loro effetto di rete, gli accordi di affiliazione costituivano comunque una restrizione della concorrenza, limitativa sia della libertà di scelta delle imprese obbligate con riguardo alla selezione dei propri partner (ed all'impossibilità di valutare la migliore combinazione di sistemi collettivi, eventualmente anche aderendo a più di una delle possibilità offerte dalla legge), sia della possibilità dei concorrenti dei sistemi di competere con questi con riferimento a materiali specifici.

Anche in questo secondo caso, tuttavia, la clausola “*all or nothing*” è stata esentata ai sensi dell'art. 101 terzo comma TFUE in quanto ritenuta indispensabile per ottenere i finanziamenti necessari ad effettuare investimenti nelle infrastrutture di raccolta e/o di ritrattamento, al fine di adempiere agli obblighi dei propri affiliati in futuro²⁰⁰. Anche i casi relativi ai sistemi collettivi minori, dunque, sono stati archiviati con una lettera amministrativa²⁰¹.

In seguito, la Commissione ha avuto occasione di ritornare sulla clausola “*all or nothing*”²⁰² precisando che essa costituisce una pratica di tying e, come tale, contraria all'art. 101 TFUE nella misura in cui dia luogo ad apprezzabili restrizioni della concorrenza. Il carattere “apprezzabile” delle restrizioni può derivare o nel caso in cui il soggetto che la impone detenga ampie quote di mercato, oppure, in caso di quote di mercato relativamente piccole, qualora si creino in concreto effetti cumulativi fra sistemi e accordi paralleli. Tale tipologia di clausola sarebbe altresì suscettibile di rilevanza ai sensi dell'art. 102 del Trattato nel caso sia posta in essere da un soggetto in posizione dominante²⁰³.

Infine, la Commissione ha tenuto a precisare i limiti dell'interpretazione che ha dato della clausola “*all or nothing*” nei casi appena commentati: essa, infatti, non può essere esentata qualora risulti chiaro che non occorrono più ulteriori investimenti per l'implementazione dei sistemi di esonero, oppure che non costituisca più il mezzo più idoneo per assicurarsi tali investimenti. Di conseguenza, in tutti gli Stati che hanno raggiunto i target di riciclo e recupero imposti dalla normativa, una clausola di tal fatta non sarebbe certamente ammissibile, in quanto non indispensabile per il corretto funzionamento di tali sistemi²⁰⁴.

¹⁹⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *XXX Relazione sulla politica di concorrenza*, cit., par. 2.1.2., p. 161.

²⁰⁰ *Id.*

²⁰¹ *Id.*, parte D — *Casi chiusi nel 2001 con lettera amministrativa di archiviazione*, caso 36.557, Biffpack, lettera del 2.2.2001; caso 36.562, Difpak, lettera del 2.2.2001, caso 36.712, Wastepack, lettera del 19.3.2001.

²⁰² EUROPEAN COMMISSION, *Paper concerning issues of competition in waste management systems*, cit., par. 72 ss.

²⁰³ *Id.*, par. 73.

²⁰⁴ *Id.*, par. 75.

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.
Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"
di CORBETTA SERENA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

PARTE II

Il mercato dei compliance schemes

CAPITOLO II

I compliance schemes e problematiche concorrenziali: il caso italiano

1. – L'Italia e il sistema consortile CONAI. 2. – Organizzazione e funzionamento del sistema CONAI e dei consorzi di filiera. 3. – Analisi dei livelli contrattuali del sistema CONAI. 3.1. – Statuto e Regolamento. 3.1.1. – Composizione del Consiglio di Amministrazione di CONAI e dei Consorzi di filiera. 3.1.2. – Recesso del socio e procedura di riconoscimento di un sistema alternativo. 3.2. – Il contratto di licenza per l'uso del marchio CONAI. 3.3. – Accordo ANCI-CONAI. 3.3.1. – L'acquisizione da parte dei consorzi di filiera della proprietà dei rifiuti conferiti. 3.4. – L'assegnazione dei materiali raccolti a riciclatori e recuperatori.

1. L'Italia e il sistema consortile CONAI.

Dopo aver riepilogato i tratti salienti dei casi giunti di fronte alla Commissione Europea, si può rivolgere lo sguardo al caso italiano il cui scrutinio, avvenuto ad opera dell'AGCM, pur essendo rimasto entro i confini nazionali, ha comunque avuto ad oggetto alcune criticità e ha dato luogo ad una serie di considerazioni che vale la pena di illustrare di seguito.

In questo paragrafo si cercherà di ricostruire l'iter normativo nazionale in tema di rifiuti di imballaggio, mentre nel paragrafo seguente si procederà all'analisi dei profili concorrenziali rilevanti per la presente analisi.

In termini di attività legislativa, si evidenzia che, come nel caso di Germania e Francia, anche il legislatore italiano si è occupato del settore degli imballaggi con un discreto anticipo rispetto all'avvento della normativa europea. In particolare, le prime indicazioni in tema di raccolta, riciclaggio e smaltimento di contenitori e di imballaggi erano già presenti nel decreto legge n. 397 del 1988 recante disposizioni urgenti in materia di smaltimento dei rifiuti industriali¹.

Da questo documento emerge la prima peculiarità che caratterizza il sistema italiano e lo differenzia da tutti gli altri: l'organizzazione degli schemi di esonero ricorrendo alla forma consortile, in luogo di quella societaria.

Ed infatti, proprio il citato decreto legge 397/1988 stabilì che le Regioni dovessero assicurare il riciclaggio e lo smaltimento dei contenitori per liquidi in vetro, metallo e plastica mediante l'istituzione di uno o più *consorzi obbligatori*, a carattere regionale o interregionale² i quali a-

¹ d.l. 9 settembre 1988, n. 397, Disposizioni urgenti in materia di smaltimento dei rifiuti industriali, in GU del 10 settembre 1988, n. 213, convertito con modificazioni dalla Legge 09 novembre 1988, n. 475, G.U. del 10 novembre 1988, n. 264, art. 9-quater: *Consorzi obbligatori per il riciclaggio di contenitori, o imballaggi, per liquidi e obiettivi di riciclaggio*.

² d.l. n. 397/1988, cit., art. 9-quater, comma 2: "Sono istituiti consorzi nazionali obbligatori per il riciclaggio dei contenitori od imballaggi per liquidi in vetro, metallo e plastica e sono definiti per ciascuno di essi obiettivi minimi di

vrebbero dovuto provvedere alla corretta gestione dei rifiuti di imballaggio, nonché garantire il rispetto degli obiettivi minimi³ di riciclaggio periodicamente ridefiniti dal Ministro dell'ambiente. In seguito, anche il decreto Ronchi⁴ ha mantenuto la forma consortile per il soggetto che, in sostituzione dei precedenti consorzi obbligatori, avrebbe organizzato il sistema di gestione dei rifiuti di imballaggio ai fini dell'assolvimento delle obbligazioni ambientali di cui alla direttiva 1994/62/CE. A tale ente, il Consorzio Nazionale Imballaggi ("CONAI")⁵, previsto dal decreto Ronchi quale unico soggetto deputato alla organizzazione e gestione del sistema di raccolta degli imballaggi primari⁶, dovevano obbligatoriamente partecipare tutti i produttori, gli utilizzatori ed i distributori di imballaggi⁷.

Con riferimento agli imballaggi secondari⁸ e terziari⁹, invece, il decreto ammetteva la possibilità di adempiere agli obblighi di riciclaggio e di recupero nonché agli obblighi di ripresa e raccolta dei propri rifiuti optando alternativamente per l'organizzazione di un sistema autonomo, per l'adesione ad uno dei c.d. *consorzi di filiera* costituiti per ciascuna tipologia di rifiuto¹⁰, oppure per la attuazione di un sistema cauzionale¹¹.

riciclaggio. I consorzi hanno personalità giuridica, non hanno fine di lucro, e possono avere articolazione regionale ed interregionale. Il Ministro dell'ambiente, tenuto conto delle strutture associative esistenti al 31 luglio 1988, individua i soggetti obbligati a partecipare al consorzio, definisce lo statuto tipo e promuove la costituzione dei consorzi".

³ d.l. n. 397/1988, cit., art. 9-quater, comma 8: "Gli obiettivi minimi di riciclaggio per contenitori, o imballaggi, per liquidi, prodotti con materiali diversi sono definiti per il triennio 1990-1992 nell'allegato 1. Con propri decreti, il Ministro dell'ambiente, di concerto con il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, definisce gli obiettivi minimi di riciclaggio per i successivi trienni, nonché, di concerto con il Ministro della sanità, i nuovi materiali che potranno essere utilizzati nella produzione dei contenitori per liquidi".

⁴ d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, Attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio, in GU del 15 febbraio 1997, n. 38, Suppl. Ordinario n. 33.

⁵ *Id.*, art. 41.

⁶ *Id.*, art. 35, lett. b) definisce l'imballaggio per la vendita o imballaggio primario come l'*imballaggio concepito in modo da costituire, nel punto di vendita, un'unità di vendita per l'utente finale o per il consumatore*.

⁷ *Id.*, art. 38, comma 2: "I produttori e gli utilizzatori adempiono all'obbligo della raccolta dei rifiuti di imballaggi. A tal fine i produttori e gli utilizzatori sono obbligati a partecipare al Consorzio Nazionale Imballaggi di cui all'articolo 41".

⁸ *Id.*, art. 35, comma 1, lettera c) definisce l'imballaggio multiplo o imballaggio secondario come l'*imballaggio concepito in modo da costituire, nel punto di vendita, il raggruppamento di un certo numero di unità di vendita, indipendentemente dal fatto che sia venduto come tale all'utente finale o al consumatore, o che serva soltanto a facilitare il rifornimento degli scaffali nel punto di vendita. Esso può essere rimosso dal prodotto senza alterarne le caratteristiche*.

⁹ *Id.*, art. 35, comma 1, lettera d) definisce l'imballaggio per il trasporto o imballaggio terziario come l'*imballaggio concepito in modo da facilitare la manipolazione e il trasporto di un certo numero di unità di vendita oppure di imballaggi multipli per evitare la loro manipolazione ed i danni connessi al trasporto, esclusi i container per i trasporti stradali, ferroviari, marittimi e aerei*.

¹⁰ *Infra*, nota 36.

¹¹ d.lgs. 22/1997, cit., art. 38, comma 3: "Per adempiere agli obblighi di riciclaggio e di recupero nonché agli obblighi della ripresa degli imballaggi usati e della raccolta dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari su superfici private, nonché all'obbligo del ritiro, su indicazione del Consorzio Nazionale Imballaggi di cui all'articolo 41, dei rifiuti di imballaggio conferiti dal servizio pubblico, i produttori, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore delle disposizioni del presente Titolo, possono: a) organizzare autonomamente la raccolta, il riutilizzo, il riciclaggio ed il

In sintesi, dunque, per il circuito dei rifiuti di imballaggi primari veniva imposto un unico soggetto che evidentemente avrebbe assunto la posizione di incumbent-monopolista, il CONAI; mentre per il circuito dei rifiuti di imballaggi secondari e terziari era lasciata aperta la possibilità di ingresso nel mercato di altri operatori.

Tuttavia, tale apertura risultò solo apparente: infatti, da un lato, i numerosi adempimenti imposti dal decreto ai soggetti non aderenti al CONAI¹², i termini temporali molto brevi per potervi provvedere¹³ e gli ingenti costi¹⁴ da sostenere per l'organizzazione di un sistema alternativo e, dall'altro, le sanzioni economiche molto elevate¹⁵ previste dal decreto nel caso di mancato rag-

recupero dei rifiuti di imballaggio; b) aderire ad uno dei consorzi di cui all'articolo 40; c) mettere in atto un sistema cauzionale".

¹² *Id.*, art. 38, commi 5-7: "5. I produttori che non aderiscono al Consorzio di cui all'articolo 40 devono dimostrare all'Osservatorio di cui all'articolo 26, entro novanta giorni dal termine di cui al comma 3 di: a) adottare dei provvedimenti per il ritiro degli imballaggi usati da loro immessi sul mercato; b) avere organizzato la prevenzione della produzione dei rifiuti di imballaggio, la riutilizzazione degli imballaggi e la raccolta, il trasporto, il riciclaggio ed il recupero dei rifiuti di imballaggio; c) garantire che gli utenti finali degli imballaggi siano informati sul ritiro e sulle sue relative possibilità. 6. I produttori che non aderiscono ai Consorzi di cui all'articolo 40 devono inoltre elaborare e trasmettere al Consorzio Nazionale Imballaggi di cui all'articolo 41 un proprio Programma specifico di prevenzione che costituisce la base per l'elaborazione del programma generale di cui all'articolo 42. 7. Entro il 31 marzo di ogni anno, a partire da quello successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto, i produttori che non aderiscono ai Consorzi di cui all'articolo 40 sono tenuti a presentare all'Osservatorio sui rifiuti di cui all'articolo 26 una relazione sulla gestione, comprensiva del programma specifico e dei risultati conseguiti nel recupero e nel riciclo dei rifiuti di imballaggio, nella quale possono essere evidenziati i problemi inerenti il raggiungimento degli scopi istituzionali e le eventuali proposte di adeguamento della normativa".

¹³ Il decreto Ronchi prevedeva un termine di soli sei mesi per poter organizzare il sistema alternativo autonomo, fattore aspramente criticato anche dalla stessa AGCM che lo ha ritenuto fra le principali cause dell'insuccesso della previsione: "Va detto che già il decreto Ronchi prevedeva come alternativa al sistema consortile, oltre al meccanismo della cauzione, la possibilità per ciascun produttore di organizzare autonomamente la raccolta (e successivo riciclo/recupero) dei propri rifiuti di imballaggio(c.d. autoproduzione): tale previsione della legge è però rimasta sulla carta, poiché ai produttori furono concessi solo sei mesi di tempo per realizzare il proprio sistema di gestione dei rifiuti. Trattandosi di un termine troppo breve, tutti gli operatori interessati trovarono di fatto assai più agevole aderire al rispettivo consorzio di filiera, mentre i nuovi operatori (entrati in attività dopo i fatidici sei mesi) semplicemente si trovarono senza alternative". AGCM, Audizione del Presidente dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato presso la Commissione Parlamentare di inchiesta sul ciclo dei rifiuti e sulle attività illecite ad esso connesse, 07.11.2007, disponibile su http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/1126-audizione-061107.html

¹⁴ *d.lgs. 22/1997, cit.*, art. 38, commi 9-10: "9. Sono a carico dei produttori e degli utilizzatori i costi per: a) il ritiro degli imballaggi usati e la raccolta dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari; b) la raccolta differenziata dei rifiuti di imballaggio conferiti al servizio pubblico; c) il riutilizzo degli imballaggi usati; d) il riciclaggio e il recupero dei rifiuti di imballaggio; e) lo smaltimento dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari. 10. La restituzione di imballaggi usati o di rifiuti di imballaggio, ivi compreso il conferimento di rifiuti in raccolta differenziata, non deve comportare oneri economici per il consumatore".

¹⁵ *Id.*, art. 54: "1. I produttori e gli utilizzatori che non adempiono all'obbligo di cui all'articolo 38, comma 2, entro il 28 febbraio 1999, sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria pari a sei volte le somme dovute per l'adesione al CONAI, fatto comunque salvo l'obbligo di corrispondere i contributi pregressi. Tale sanzione è ridotta della metà nel caso di adesioni effettuate entro il sessantesimo giorno dalla scadenza sopra indicata. I produttori di imballaggi che non provvedono ad organizzare un proprio sistema per l'adempimento degli obblighi di cui all'articolo 38, comma 3, e non aderiscono ai Consorzi di cui all'articolo 40 né adottano un proprio sistema cauzionale sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire quindici milioni a lire novanta milioni. La stessa pena si applica agli utilizzatori che non adempiono all'obbligo di cui all'articolo 38, comma 4. 2. La violazione dei divieti di

giungimento degli obiettivi minimi di raccolta hanno indotto implicitamente tutti gli operatori ad aderire al principale sistema di raccolta anche per i rifiuti di imballaggio secondari e terziari.

Una tale organizzazione dei sistemi di esonero era già stata criticata nel 1996 dall'AGCM: in tale occasione, l'autorità ha ritenuto che l'obbligo imposto dal decreto della costituzione di consorzi tra produttori di rifiuti di imballaggio costituisca una limitazione delle dinamiche di mercato non giustificata dal recepimento dei principi comunitari e neppure qualificabile come l'unica alternativa per realizzare gli obiettivi di tutela ambientale¹⁶.

In particolare, l'AGCM, dopo aver constatato che *“la maggior parte dei rifiuti riciclabili, in particolare, la carta, il vetro, l'alluminio l'acciaio ed il legno, hanno un valore di mercato, ragione per cui la raccolta ed il riutilizzo di questi ultimi consente di individuare autonomi mercati”* e che, di conseguenza, *“l'attività di raccolta di tali rifiuti può presentare profili di redditività sia per lo svolgimento del servizio, sia per l'attività di rivendita dei prodotti”*, ha affermato che il settore dei rifiuti riciclabili non sia caratterizzato da un fallimento del mercato¹⁷. Per questo motivo, ha escluso la necessità di *“interventi pubblici volti a limitare il diritto di iniziativa economica vuoi attraverso l'istituzione di privative a favore dei comuni, vuoi attraverso una legittimazione all'iniziativa riservata a taluni operatori”* ed ha affermato che *“in assenza di tale necessità, appare più conforme ai principi di tutela del mercato, che la direttiva comunitaria ha comunque inteso riaffermare, che le imprese su cui gravano gli obblighi di riciclaggio possano scegliere se organizzare autonomamente i propri sistemi di smaltimento, rivolgendosi ad apposite imprese raccoglitrice, ovvero consorzarsi con altre imprese produttrici di rifiuti per beneficiare di eventuali economie di gamma, dato peraltro che proprio la libera iniziativa delle singole imprese appare sicuramente strumento più adeguato ed agile rispetto ad una struttura a partecipazione obbligatoria, di dimensione nazionale, che non potrà tenere conto né della particolare efficacia di servizi offerti in specifiche realtà locali né della particolare capacità di singoli soggetti produttori, ad assolvere, in modo conveniente, ai propri obblighi di riciclaggio”*.

In seguito, anche la Commissione Parlamentare di inchiesta sul ciclo dei rifiuti e sulle attività illecite ad esso connesse, nella relazione presentata il 15 febbraio 2006, ha ricondotto la presenza di alcune inefficienze del sistema alla posizione monopolistica dei consorzi e ne ha auspicato una

cui all'articolo 43, commi 1 e 4, è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire dieci milioni a lire sessanta milioni. La stessa pena si applica a chiunque immette nel mercato interno imballaggi privi dei requisiti di cui all'articolo 36, comma 5. 3. La violazione del divieto di cui all'articolo 43, comma 3, è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire cinque milioni a lire trenta milioni”.

¹⁶ AGCM, *Recepimento delle direttive comunitarie in materia di rifiuti*, AS80, 04.12.1996.

¹⁷ Si noti come, in seguito, l'Autorità abbia rimodulato la propria affermazione: *“talora è possibile attribuire un valore economico positivo al rifiuto, atteso che lo stesso può essere recuperato e riutilizzato all'interno di un nuovo processo produttivo (sia questo rappresentato dall'attività di produzione di energia elettrica piuttosto che dall'ottenimento di materia prima). Nel momento in cui, pertanto, il mercato attribuisce un valore al rifiuto – che così diviene un bene economico – le imprese legittimamente attive, e tra queste i recuperatori, devono poter trattare il rifiuto al fine di valorizzarlo economicamente”*. AGCM, AS550 del 1 luglio 2009, *Osservazioni in merito alle determinazioni della Regione Lazio in materia di gestione dei rifiuti solidi e assimilati*, richiamata in ARNAUDO L., PIETROPAOLO G.M., *Ambiente e concorrenza. Il caso delle gestioni consortili in Italia*, in MCR, n. 1, 2011, p. 181, nota 44.

modifica in chiave concorrenziale, riferendosi, in particolare alla loro trasformazione da obbligatori a volontari¹⁸: “[...] *Un esame complessivo del sistema induce a registrare, accanto ad indubbe positività, alcune inefficienze dovute, probabilmente, alla posizione monopolistica dei consorzi. Deve costituire, pertanto, motivo di adeguato approfondimento, sia a livello legislativo che imprenditoriale, l’eventualità di una graduale trasformazione degli attuali consorzi da obbligatori in volontari, per un verso aprendo l’esperienza consortile ai benefici della concorrenza e, per altro, facendo attenzione a che ciò non comporti facili scorciatoie fondate sull’impropria quanto pernicioso equivalenza tra volontarietà e riduzione dei costi di sostenibilità ambientale. Non deve essere esclusa, in definitiva, la percorribilità di una linea di tendenza mirante a consentire e ad alimentare sempre più estese forme consortili od associative in competizione con l’istituzione obbligatoria*”.

A seguito delle osservazioni e critiche mosse al sistema consortile obbligatorio¹⁹, il legislatore del d.lgs. 152/2006 ha effettivamente sancito il passaggio del regime consortile da obbligatorio a volontario ed ha altresì cercato di favorire la graduale apertura alla concorrenza del mercato dell’organizzazione dei sistemi di esonero prevedendo la possibilità per i produttori di istituire sistemi di esonero alternativi²⁰.

L’operatività di tali sistemi è subordinata alla verifica e *riconoscimento* della loro rispondenza a requisiti di efficienza, efficacia, economicità, autosufficienza, rispetto degli obiettivi ambientali²¹, nonché alla “*copertura dell’intero territorio nazionale*”²². Tale ultimo requisito, sempre in chiave

¹⁸ CAMERA DEI DEPUTATI – SENATO DELLA REPUBBLICA, *Commissione Parlamentare d’inchiesta sul ciclo dei rifiuti e sulle attività illecite ad esso connesse (istituita con legge 31 ottobre 2001, n. 399), Relazione finale Approvata nella seduta del 15 febbraio 2006*, disponibile su <http://www.napoliassise.it/intero1.pdf>.

¹⁹ BLASI, E., *Le recenti aperture alla concorrenza del sistema di gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio*, nota a T.A.R Lazio, Roma, Sez. II bis, 2 febbraio 2012 n. 1136, su *RQDA*, n. 1-2, 2012, p. 203: “*Facendo tesoro di tali osservazioni, il d.lgs.152/2006, approvato pochi mesi dopo, recava una (seppur marginale) apertura alla concorrenza, mediante la previsione di sistemi di gestione dei rifiuti da imballaggi autonomi, posti in essere dagli operatori economici ‘anche in forma associata’, purché operativi ‘su tutto il territorio nazionale’. Sono questi i due requisiti attorno ai quali ruota l’intera disciplina, in quanto la loro presenza o assenza è in grado di stravolgere completamente la ratio della norma in direzione pro o anti-concorrenziale*”.

²⁰ d.lgs. 152/2006, art. 221 commi 2 e 3: “*2. ... I produttori e gli utilizzatori partecipano al Consorzio nazionale imballaggi, salvo il caso in cui venga adottato uno dei sistemi di cui al comma 3, lettere a) e c) del presente articolo. 3. Per adempiere agli obblighi di riciclaggio e di recupero nonché agli obblighi della ripresa degli imballaggi usati e della raccolta dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari su superfici private, e con riferimento all’obbligo del ritiro, su indicazione del Consorzio nazionale imballaggi di cui all’articolo 224, dei rifiuti di imballaggio conferiti dal servizio pubblico, i produttori possono alternativamente: a) organizzare autonomamente, anche in forma collettiva, la gestione dei propri rifiuti di imballaggio sull’intero territorio nazionale; b) aderire ad uno dei consorzi di cui all’articolo 223; c) attestare sotto la propria responsabilità che è stato messo in atto un sistema di restituzione dei propri imballaggi, mediante idonea documentazione che dimostri l’autosufficienza del sistema, nel rispetto dei criteri e delle modalità di cui ai commi 5 e 6*”.

²¹ *Id.*, art. 221, comma 5 seconda parte: “*Per ottenere il riconoscimento i produttori devono dimostrare di aver organizzato il sistema secondo i criteri di efficienza, efficacia, economicità, che il sistema sarà effettivamente ed autonomamente funzionante e che sarà in grado di conseguire, nell’ambito delle attività svolte, gli obiettivi di recupero e riciclaggio dei cui all’art. 220*”.

²² *Id.*, art. 221, comma 3, lett a). Sul punto, si segnala il recente intervento dell’AGCM in occasione delle *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2014*, AS1137, 04.07.2014,

di apertura del mercato al maggior numero possibile di nuovi operatori economici, può essere soddisfatto costituendo i sistemi alternativi anche in *forma associata*, oggi *forma collettiva*²³.

Proprio l'attenzione del nostro legislatore alle dinamiche concorrenziali costituisce la seconda peculiarità del caso italiano rispetto agli altri sinora analizzati.

Ed infatti, il d.lgs. 152/2006 accanto ai riferimenti degli obiettivi ambientali imposti dalle direttive europee in materia di rifiuti, contiene anche espliciti richiami ai principi del diritto della concorrenza.

Così, accanto alla prevenzione ed alla riduzione dell'impatto dei rifiuti sull'ambiente ed alla necessità di assicurare un elevato livello di tutela dell'ambiente, si trova l'espressa menzione della necessità di garantire il funzionamento del mercato, di evitare discriminazioni nei confronti dei prodotti importati, di prevenire l'insorgere di ostacoli agli scambi e distorsioni alla concorrenza e di garantire il massimo rendimento possibile degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio²⁴.

p. 99: "l'articolo 221, comma 3, lettera a), TUA prevede che i sistemi autonomi debbano organizzare la gestione dei propri rifiuti su tutto il territorio nazionale; l'imposizione dell'obbligo della copertura dell'intero territorio nazionale, costringe i sistemi autonomi a dotarsi di capillari sistemi di raccolta che potrebbero risultare sovradimensionati rispetto alle effettive esigenze. Tale obbligo, benché non discriminatorio in quanto imposto anche al sistema consortile appare comunque introdurre per i sistemi autonomi un incremento dei costi di ingresso nel mercato non giustificato da obiettivi di natura ambientale. L'obbligo gravante sui sistemi autonomi di raccogliere i rifiuti "propri", invece, appare discriminatorio, in quanto impone obblighi di tracciabilità e di rendicontazione più gravosi di quanto non sia imposto al sistema consortile, il quale può raggiungere gli obiettivi di riciclo imposti dalla legge limitandosi a raccogliere imballaggi della medesima natura/tipologia, senza necessariamente verificare che questi provengano dai propri associati". In sede di proposta di modifica, l'Autorità propone che l'articolo 221, comma 3, lettera a) del d.lgs. 152/2006 debba consentire per il sistema autonomo il raggiungimento degli obiettivi minimi di riciclo imposti dalla normativa nazionale e comunitaria "anche attraverso la gestione di rifiuti di produttori diversi da quelli aderenti al sistema autonomo, senza che questo sia obbligato ad organizzare tali attività in tutto il territorio nazionale. Le aree la cui copertura può risultare non economicamente vantaggiosa potrebbero essere raggiunte da CONAI o da altro soggetto incaricato di svolgere tale servizio pubblico".

²³ La possibilità di operare in forma associata è stata aggiunta dal legislatore del 2006 al fine di agevolare in qualche misura il raggiungimento dell'obiettivo dell'intera copertura del territorio nazionale, obiettivo praticamente impossibile da raggiungere da parte del singolo operatore del mercato in maniera autonoma. Il decreto n. 4/2008 di modifica del TUA aveva eliminato questa possibilità in seguito reintrodotta solo con il decreto Cresci Italia del 2012 (con la formula "anche in forma collettiva"). Nonostante questa modifiche, ad oggi, oltre al CONAI esiste solo un altro sistema riconosciuto: il Consorzio Nazionale Imballaggi in Plastica ("CONIP"). Si tratta di un consorzio volontario di produttori che organizza, garantisce e promuove la ripresa, il ritiro, la raccolta dei rifiuti di imballaggio in materiale plastico secondari e terziari su superfici private o ad esse equiparate; nonché il riciclaggio e il recupero dei rifiuti di imballaggio in materiale plastico. Si veda art. 3 del relativo Statuto, disponibile su <http://www.conip.it/documenti/STATUTO.pdf>. Sempre settore degli imballaggi secondari e terziari (specificamente per gli imballaggi LDPE) la società Aliplast ha dato avvio alle procedure per il riconoscimento dell'autonomo piano per la gestione autonoma dei propri rifiuti di imballaggio (denominato 'P.A.R.I.'). Ulteriori approfondimenti *infra*, par. 3.1.2. - *Recesso del socio e procedura di riconoscimento di un sistema alternativo*.

²⁴ d.lgs. 152/2006, art. 217, comma 1: "Il presente titolo disciplina la gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio sia per prevenirne e ridurre l'impatto sull'ambiente ed assicurare un elevato livello di tutela dell'ambiente, sia per garantire il funzionamento del mercato, nonché per evitare discriminazioni nei confronti dei prodotti importati, prevenire l'insorgere di ostacoli agli scambi e distorsioni della concorrenza e garantire il massimo rendimento possibile degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio, in conformità alla direttiva 94/62/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 1994, come integrata e modificata dalla direttiva 2004/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, di cui la parte quarta del presente decreto costituisce recepimento nell'ordinamento interno. I sistemi di gestione devono essere aperti alla partecipazione degli operatori economici interessati".

Inoltre, il legislatore italiano precisa ulteriormente che i sistemi di gestione devono essere aperti alla partecipazione degli operatori economici interessati²⁵ e pone fra i criteri informativi dell'attività di gestione dei rifiuti di imballaggio la promozione delle opportunità di mercato per incoraggiare l'utilizzazione dei materiali ottenuti dagli imballaggi recuperati e riciclati²⁶.

Tuttavia, la consapevolezza delle numerose implicazioni concorrenziali presenti nel settore dei rifiuti non ha avuto immediata traduzione pratica. Questo anche a causa della complessità del settore e delle sue numerose connessioni con le attività industriali e dei mercati rinvenibili a monte e a valle della filiera dei rifiuti²⁷, nonché delle ineliminabili sovrapposizioni delle regole concorrenziali alle altre normative applicabili²⁸.

Nel prossimo paragrafo si procederà alla descrizione del funzionamento concreto del sistema sviluppato in Italia, alla ricostruzione dell'analisi delle sue criticità effettuata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e al commento delle modifiche adottate in ottemperanza a quanto richiesto dall'Autorità stessa.

2. Organizzazione e funzionamento del sistema CONAI e dei consorzi di filiera.

Come anticipato sopra, CONAI è il principale sistema di esonero espressamente previsto dal d.lgs. 152/2006²⁹. Si tratta di un consorzio senza fini di lucro con personalità giuridica di diritto privato, retto da uno Statuto approvato da un decreto ministeriale³⁰, nonché da un Regolamento³¹.

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*, art. 219: “L'attività di gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio si informa ai seguenti principi generali: a) incentivazione e promozione della prevenzione alla fonte della quantità e della pericolosità nella fabbricazione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio, soprattutto attraverso iniziative, anche di natura economica in conformità ai principi del diritto comunitario, volte a promuovere lo sviluppo di tecnologie pulite ed a ridurre a monte la produzione e l'utilizzazione degli imballaggi, nonché a favorire la produzione di imballaggi riutilizzabili ed il loro concreto riutilizzo; b) incentivazione del riciclaggio e del recupero di materia prima, sviluppo della raccolta differenziata di rifiuti di imballaggio e **promozione di opportunità di mercato** per incoraggiare l'utilizzazione dei materiali ottenuti da imballaggi riciclati e recuperati; c) riduzione del flusso dei rifiuti di imballaggio destinati allo smaltimento finale attraverso le altre forme di recupero; d) applicazione di misure di prevenzione consistenti in programmi nazionali o azioni analoghe da adottarsi previa consultazione degli operatori economici interessati”.

²⁷ AGCM, Indagine conoscitiva, IC(26), cit., par. 66: “Una verifica dell'efficienza e legittimità concorrenziale della gestione dei rifiuti di imballaggio – così come fino ad ora posta in essere in Italia attraverso il sistema consortile CONAI – non può prescindere da un pur sommario rilievo circa le connessioni esistenti con la pluralità delle attività industriali e dei mercati situati a monte e a valle di tale gestione”.

²⁸ Basti pensare alla sovrapposizione di diritto dell'ambiente e principi della concorrenza (*supra* Parte I, Capitolo I), nonché alla disciplina dei servizi pubblici e diritto della concorrenza (*infra* Parte III, Capitolo II).

²⁹ d.lgs. 152/2006, art. 224, comma 1: “Per il raggiungimento degli obiettivi globali di recupero e di riciclaggio e per garantire il necessario coordinamento dell'attività di raccolta differenziata, i produttori e gli utilizzatori, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 221, comma 2, partecipano in forma paritaria al Consorzio nazionale imballaggi, in seguito denominato CONAI, che ha personalità giuridica di diritto privato senza fine di lucro ed è retto da uno statuto approvato con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio di concerto con il Ministro delle attività produttive”.

³⁰ D.M. 30 ottobre 1997 recante Approvazione dello statuto del Consorzio Nazionale Imballaggi (CONAI), mai pubblicato in GU ed in seguito modificato dal Decreto 11 luglio 2003 recante Approvazione delle modifiche statutarie del Consorzio nazionale degli imballaggi - CONAI (GU n. 191 del 19-8-2003). Testo consolidato, anche a seguito di ulteriori modifiche apportate in sede di assemblea, disponibile su <http://www.reteambiente.it/normativa/43/>.

CONAI è stato istituito per il raggiungimento degli obiettivi globali di recupero e di riciclaggio dei rifiuti di imballaggio indicati dalla legge³² nonché per garantire il necessario raccordo con l'attività di raccolta differenziata effettuata dalle pubbliche amministrazioni³³.

Le principali funzioni di CONAI riguardano le attività di programmazione, promozione e comunicazione prodromiche al raggiungimento dei citati obiettivi ambientali, quelle di informazione e gestione finanziaria del sistema, nonché quelle di raccordo e coordinamento con l'attività delle pubbliche amministrazioni³⁴.

In particolare, a norma dell'art. 224, comma terzo del d.lgs. 152/2006, CONAI si occupa di:

- i) definire, in accordo con le regioni e le pubbliche amministrazioni interessate, gli ambiti territoriali in cui rendere operante un sistema integrato per la raccolta, la selezione e il trasporto dei materiali selezionati attraverso la raccolta differenziata a centri di raccolta o smistamento;
- ii) definire le condizioni generali di ritiro, da parte dei produttori, dei rifiuti selezionati provenienti dalla raccolta differenziata;
- iii) ripartire fra i produttori e gli utilizzatori i costi della raccolta differenziata, del riciclaggio e del recupero dei rifiuti di imballaggio primari o comunque conferiti al servizio pubblico di raccolta differenziata³⁵.

CONAI inoltre costituisce l'organizzazione "ombrello" che coordina anche l'attività effettuata dai consorzi di filiera³⁶, ossia le strutture che si sono costituite al fine di organizzare e razionaliz-

³¹ Regolamento CONAI, disponibile su <http://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDgQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.conai.org%2Fhpmdoc.asp%3FIdDoc%3D2097&ei=aDpnU4fVAs6k0AWsroDYAQ&usg=AFQjCNHF4Jx44UeFw0KPrthxwy-njmJA>

³² Originariamente tali obiettivi erano previsti dal titolo II del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, oggi dall'articolo 220 del d.lgs. 152/06.

³³ Statuto CONAI, art. 3, *Scopo e oggetto*, comma 1: "Il Consorzio non ha fini di lucro ed è costituito per il raggiungimento degli obiettivi globali di recupero e di riciclaggio dei rifiuti di imballaggio indicati nel titolo II del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, nonché per garantire il necessario raccordo con l'attività di raccolta differenziata effettuata dalle pubbliche amministrazioni".

³⁴ AGCM, IC(26), cit., par. 92: "Sin dal d.lgs. n. 22/1997 (artt. 41 ss.), al CONAI sono state affidate ampie funzioni di programmazione, promozione e comunicazione per il raggiungimento degli obiettivi globali di recupero e di riciclaggio, nonché il necessario raccordo con l'attività di raccolta differenziata effettuata dalle pubbliche amministrazioni".

³⁵ *Id.*, "Tra i principali compiti operativi assegnati al CONAI spiccano (art. 224, comma 3, TUA): (i) la definizione delle condizioni generali di ritiro, da parte dei produttori, dei rifiuti selezionati provenienti dalla raccolta differenziata; (ii) la definizione, in accordo con le Regioni e le pubbliche amministrazioni interessate, degli ambiti territoriali in cui rendere operante un sistema integrato per la raccolta, la selezione e il trasporto dei materiali selezionati attraverso la raccolta differenziata a centri di raccolta o smistamento; (iii) la ripartizione tra i produttori e gli utilizzatori dei costi (indicati come corrispettivo per i maggiori oneri) della raccolta differenziata, del riciclaggio e del recupero dei rifiuti di imballaggio primari o comunque conferiti al servizio pubblico di raccolta differenziata".

³⁶ *Id.* par. 111: "Tanto premesso, nell'ambito del c.d. sistema CONAI risultano attualmente operativi i seguenti consorzi di filiera, costituitisi in base all'art. 40 del d.lgs. n. 22/1997, corrispondente all'attuale art. 223 TUA: (1) Consorzio nazionale acciaio ("CNA"); (2) Consorzio nazionale imballaggi alluminio ("CIAL"); (3) Consorzio nazionale recupero e riciclo degli imballaggi a base cellulosica ("COMIECO"); (4) Consorzio per la raccolta, il riciclaggio ed il recupero di rifiuti di imballaggi in legno ("RILEGNO"); (5) Consorzio nazionale per la raccolta, il riciclaggio ed il recupero dei rifiuti di imballaggi in plastica ("COREPLA"); (6) Consorzio recupero vetro ("COREVE")".

zare la ripresa degli imballaggi usati, la raccolta dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari su superfici private e il ritiro degli imballaggi conferiti al servizio pubblico³⁷.

I consorzi di filiera, anch'essi dotati di personalità giuridica di diritto privato e retti da Statuti soggetti ad approvazione ministeriale³⁸, corrispondono a ciascuna delle principali frazioni merceologiche degli imballaggi: carta, vetro, plastica, alluminio, legno e acciaio³⁹.

Per il coordinamento delle loro attività, CONAI elabora e aggiorna il programma generale per la prevenzione e la gestione degli imballaggi ("Programma"), prevedendo per ciascuna delle menzionate tipologie di imballaggio gli obiettivi e i livelli minimi di recupero e di riciclo⁴⁰.

In merito al raccordo con le attività delle pubbliche amministrazioni, occorre precisare che esso si rende necessario in quanto il sistema di gestione italiano non è duale, ossia organizzato e gestito direttamente e autonomamente dalle imprese in maniera separata dalla pubblica amministrazione, bensì *integrato*. Questo significa che il sistema di esonero prevede una "*compartecipazione gestionale*"⁴¹ delle parti pubblica e privata che si traduce nel coinvolgimento attivo delle pubbliche amministrazioni alle quali fanno capo specifici obblighi e responsabilità⁴².

3. Analisi dei livelli contrattuali del sistema CONAI.

Volendo descrivere l'impianto organizzativo di CONAI mutuando lo schema "per livelli" utilizzato dalla Commissione nell'analisi dei sistemi di esonero sottoposti alla sua attenzione, i principali livelli contrattuali o di accordo rinvenibili sono i seguenti:

- i. il primo livello comprende gli atti costitutivi del Consorzio, Statuto e Regolamento;
- ii. il secondo livello è costituito dall'accordo di licenza che CONAI conclude con le imprese consorziate che desiderano utilizzare il marchio CONAI sui propri prodotti;
- iii. il terzo livello, invece, vede coinvolte le pubbliche amministrazioni cui spetta l'organizzazione della raccolta differenziata sul loro territorio, e coincide con l'accordo ANCI-CONAI;

³⁷ d.lgs. 22/1997, cit., art. 40, comma 1: "*Al fine di razionalizzare e organizzare la ripresa degli imballaggi usati, la raccolta dei rifiuti di imballaggi secondari e terziari su superfici private, ed il ritiro, su indicazione del Consorzio Nazionale Imballaggi di cui all'articolo 41, dei rifiuti di imballaggi conferiti al servizio pubblico, nonché il riciclaggio ed il recupero dei rifiuti di imballaggio secondo criteri di efficacia, efficienza ed economicità i produttori che non provvedono ai sensi dell'articolo 38, comma 3, lettere a) e c) costituiscono un Consorzio per ciascuna tipologia di materiale di imballaggi*".

³⁸ *Id.*, comma 2: "*I Consorzi di cui al comma 1 hanno personalità giuridica di diritto privato e sono retti da uno statuto approvato con decreto del Ministro dell'ambiente e del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato*".

³⁹ I consorzi di filiera sono: COREPLA, Consorzio per recupero/riciclo di imballaggi in plastica (www.corepla.it); COREVE, Consorzio per recupero/riciclo di imballaggi in vetro (www.coreve.it); COMIECO, Consorzio per recupero/riciclo imballaggi a base cellulosica (www.comieco.org); CIAL, Consorzio per recupero/riciclo di imballaggi in alluminio (www.cial.it); RILEGNO, Consorzio per recupero/riciclo di imballaggi in legno (www.rilegno.org) e RICREA, Consorzio nazionale riciclo e recupero imballaggi acciaio (www.consorzioricrea.org).

⁴⁰ d.lgs.152/2006, art. 225.

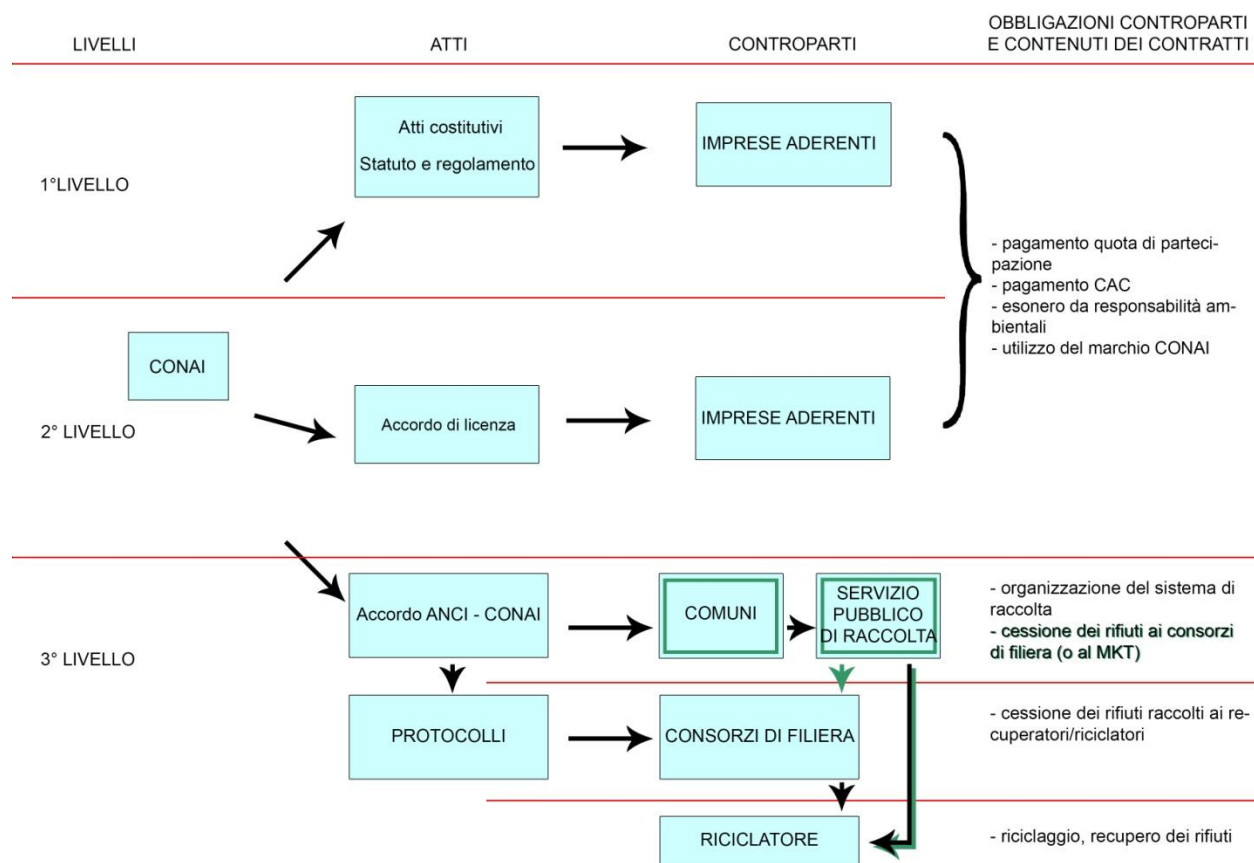
⁴¹ L'espressione è tratta da AGCM, IC(26), cit., par. 67.

⁴² Ci si riferisce in particolare ai Comuni che, a mente del d.lgs. 152/2006, art. 222, risultano responsabili dell'organizzazione della raccolta differenziata dei rifiuti urbani sul loro territorio.

iv. il quarto e ultimo livello di accordi regola l'assegnazione dei materiali raccolti ai riciclatori/recuperatori.

Il Grafico 4 illustra l'organizzazione contrattuale del sistema CONAI

Grafico 4



3.1. Statuto e Regolamento.

A mente dello Statuto, partecipano a CONAI i produttori e gli utilizzatori di imballaggi⁴³ (eventualmente anche attraverso delega conferita alle associazioni imprenditoriali alle quali aderiscono⁴⁴). Il numero di consorziati è illimitato⁴⁵ e la loro adesione al Consorzio è subordinata all'accettazione senza riserve o condizioni dello Statuto, del Regolamento e delle altre delibere

⁴³ Statuto CONAI, art. 5, comma 2: "I produttori e gli utilizzatori partecipano al CONAI in forma paritaria e costituiscono due distinte categorie di consorziati ai fini indicati dal presente statuto".

⁴⁴ Statuto CONAI, art. 6, comma 2: "Nella domanda di cui al comma 1 ogni impresa può altresì conferire all'associazione imprenditoriale alla quale aderisce specifica delega per la rappresentanza in Assemblea ai sensi del successivo art. 21, comma 2. Limitatamente alle imprese che rientrano nel limite dimensionale indicato nel comma 4, la delega può anche conseguire a una disposizione dello statuto dell'associazione imprenditoriale che preveda espressamente il conferimento della delega con l'adesione alla stessa".

⁴⁵ Statuto CONAI, art. 5, comma 5.

adottate dal Consorzio⁴⁶, nonché al pagamento di una quota di partecipazione costituita da un importo fisso e da un eventuale importo variabile in relazione ai corrispettivi delle operazioni relative agli imballaggi o ai ricavi complessivi dell'impresa nell'ultimo esercizio⁴⁷. La quota di partecipazione viene versata una sola volta e può essere adeguata annualmente su richiesta del consorziato⁴⁸; essa si traduce nella acquisizione di quote di partecipazione al Consorzio alla quale ovviamente corrisponde il diritto di partecipazione alle assemblee e il diritto di voto⁴⁹. Le quote di partecipazione al Consorzio sono indivisibili e intrasferibili ad eccezione che in caso di trasferimento di azienda⁵⁰.

Oltre al pagamento della quota di partecipazione, i consorziati sono altresì tenuti a pagare il Contributo Ambientale CONAI ("CAC")⁵¹ che viene stabilito annualmente da CONAI unitamente ai consorzi di filiera ed ha la funzione di finanziare, oltre le spese di gestione del consorzio, i costi per i maggiori oneri relativi alla raccolta differenziata e per il recupero e il riciclaggio degli imballaggi, ripartendoli fra produttori e utilizzatori⁵². Sono tenuti al pagamento del CAC coloro che per la prima volta immettono nel mercato nazionale un imballaggio finito (cioè i produttori e gli importatori di imballaggi vuoti e gli importatori di merci imballate), nonché i produttori o importatori di materiali di imballaggio che forniscono gli autoproduttori e gli autoproduttori stessi nel

⁴⁶ Statuto CONAI, art. 6, comma 1: "Ogni impresa produttrice o utilizzatrice di imballaggi per divenire consorziata deve presentare una domanda con la quale: - dichiara al Consiglio d'amministrazione del CONAI di possedere i requisiti di cui al precedente art. 5, commi 1 e 3, di essere a conoscenza delle disposizioni del presente statuto, del regolamento, delle deliberazioni già adottate dagli organi del Consorzio, e di accettare il tutto senza riserve o condizioni; - indica il consorzio di cui all'art. 223 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 al quale aderisca come produttrice o del cui sistema faccia parte come utilizzatrice".

⁴⁷ Statuto CONAI, art. 6, comma 3: "I consorziati sono tenuti a sottoscrivere e versare, all'atto della presentazione della domanda di ammissione, una quota di partecipazione costituita da un importo fisso [...] e, salvo quanto previsto dal successivo comma 4, da uno variabile, che si aggiunge al primo fino all'ammontare massimo complessivo di € 100.000,00. L'importo variabile è determinato con riferimento all'ultimo esercizio chiuso al momento dell'adesione ed è pari a [...]".

⁴⁸ Statuto CONAI, art. 6, comma 6: "Entro sei mesi dalla chiusura di ciascun esercizio, ogni consorziato può attestare al Consorzio, con dichiarazione scritta spedita anche in via telematica, le variazioni che, rispetto all'ammontare dei ricavi o dei costi del comma 3 relativi all'ultimo esercizio chiuso, risultino pari almeno al 20% dell'ammontare di quelli presi a riferimento all'atto dell'adesione, e rideterminare di conseguenza la sua quota. Qualora la quota di partecipazione sia stata determinata ai sensi del comma 4, il consorziato può attestare l'aumento dei ricavi che abbia comportato il superamento della soglia ivi indicata e rideterminare la sua quota ai sensi del comma 5".

⁴⁹ Statuto CONAI, art. 18.

⁵⁰ Statuto CONAI, art. 12.

⁵¹ La base giuridica del CAC è data dal d.lgs. 152/2006, art. 224, comma 3, lettera h): "3. Il CONAI svolge le seguenti funzioni: [...] h) ripartisce tra i produttori e gli utilizzatori il corrispettivo per i maggiori oneri della raccolta differenziata di cui all'articolo 221, comma 10, lettera b), nonché gli oneri per il riciclaggio e per il recupero dei rifiuti di imballaggio conferiti al servizio di raccolta differenziata, in proporzione alla quantità totale, al peso ed alla tipologia del materiale di imballaggio immessi sul mercato nazionale, al netto delle quantità di imballaggi usati riutilizzati nell'anno precedente per ciascuna tipologia di materiale. A tal fine determina e pone a carico dei consorziati, con le modalità individuate dallo statuto, anche in base alle utilizzazioni e ai criteri di cui al comma 8, il contributo denominato contributo ambientale CONAI".

⁵² La ripartizione dei costi viene precisata dallo Statuto CONAI, art. 14, lett. a.

momento in cui importano materie prime per confezionare le proprie merci⁵³. Le somme dovute dai consorziati a fronte dei costi di finanziamento del sistema sono determinate in funzione della quantità, del peso e della tipologia del materiale d'imballaggio immesso sul mercato nazionale, nonché dei costi connessi alla raccolta, riciclaggio e recupero di ciascuna tipologia di materiale, secondo criteri di economicità e di efficienza, tenuto conto della necessità di contrastare fenomeni di evasione, di elusione e di alterazione della concorrenza⁵⁴.

Il prelievo del CAC viene effettuato dal consorziato all'atto della "prima cessione"⁵⁵ ad un utilizzatore⁵⁶. Per le cessioni successive alla prima, il contributo si intende "assolto". Per gli imballaggi destinati all'esportazione il CAC non è dovuto: il Consorzio prevede la possibilità di ottenere il rimborso delle somme pagate per l'acquisto di imballaggi o materiali di imballaggio poi esportati (esenzione ex post) o che si prevede di esportare (esenzione ex ante), così come la possibilità per coloro che effettuano sia importazioni che esportazioni di usufruire della c.d. "procedura di compensazione", regolando contabilmente con il Consorzio soltanto il saldo di tali partite⁵⁷.

Autorevole dottrina⁵⁸ ha notato come la determinazione del CAC quale "valore medio" applicato uniformemente a tutto il territorio nazionale, senza tenere conto del costo effettivo della raccolta differenziata e delle condizioni di mercato del servizio a livello locale, determini nella pratica una discriminazione fra aree, premiando quelle dove la gestione dei rifiuti risulta già più avanzata: ossia le aree in cui si registrano alti costi di smaltimento e bassi costi di raccolta. Questa determinazione di diversi "sistemi di convenienza"⁵⁹ viene annoverata fra le cause di aumento del divario Nord-Sud e la sua eliminazione sarebbe probabilmente possibile mediante una revisione dei meccanismi di calcolo del CAC.

I produttori, oltre a iscriversi a CONAI, si iscrivono anche ai singoli consorzi di filiera in rapporto ai materiali prodotti⁶⁰; gli utilizzatori possono volontariamente aderirvi⁶¹. Resta ferma la possi-

⁵³ CONAI, *Guida all'adesione e all'applicazione del contributo annuale – 2014, Condizioni generali*, p. 12, disponibile su <http://www.conai.org/hpm00.asp?IdCanale=101>.

⁵⁴ Statuto CONAI, art. 14, lett. b.

⁵⁵ La prima cessione consiste nel trasferimento, anche temporaneo e a qualunque titolo, nel territorio nazionale, dell'imballaggio finito effettuato dall'ultimo produttore al primo utilizzatore, oppure del materiale di imballaggio effettuato da un produttore di materia prima o di semilavorati ad un auto produttore. CONAI, *Guida all'adesione e all'applicazione del contributo annuale*, cit., p. 12.

⁵⁶ Di fatto, quindi, i reali finanziatori del sistema sono proprio gli utilizzatori. Sul punto, ARNAUDO L., *The competition environment of packaging-waste management: some evidence from Italy*, in *ECLR*, n. 10, 2011, p. 530: "As a matter of fact, this contribution is paid by the product end-user as a (not explicitly-declared) fraction of the packaging price: the consumers who, at the same time, also pay the public tariffs/taxes for the environmental services they receive as citizens, are therefore the real financiers of the packaging-waste recovery system".

⁵⁷ CONAI, *Guida all'adesione e all'applicazione del contributo annuale*, cit., pp. 44-49.

⁵⁸ MASSARUTTO A., *I rifiuti vanno gestiti, non rimossi*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, Argomenti, n. 1, 2008, p. 65 e 66.

⁵⁹ L'espressione appartiene a SPADONI, B., *Il settore dei rifiuti*, in DE VINCENTI C., a cura di, *Finanziamento delle utilities e investimenti di lungo termine*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012, p. 89.

⁶⁰ CONAI, *Guida all'adesione e all'applicazione del contributo annuale*, cit., p. 12, punto 2.1. dove si stabilisce per tutte le categorie di produttori di imballaggi (i. produttore di materie prime destinate a imballaggi; ii. importatore di materie prime destinate a imballaggi; produttore-trasformatore di semilavorati destinati a imballaggi; importatore di

bilità di gestione autonoma dei propri imballaggi e rifiuti di imballaggio di cui all'art. 221 d.lgs. 152/2006. L'adesione ai consorzi di filiera avverrà secondo le modalità previste da ciascuno Statuto⁶².

Come si nota, Statuto e Regolamento non contengono clausole di esclusiva in favore dei consorziati, non incidono sul numero delle imprese aderenti che è illimitato e non permettono la circolazione delle quote di partecipazione, né la distribuzione di dividendi, inoltre commisurano il CAC alle effettive quantità trattate dal Consorzio prevedendo anche la possibilità di rimborsi per le maggiori somme pagate in caso di esportazione dei prodotti (così rispettando il principio “*no service, no fee*”)⁶³. Relativamente a questi aspetti, dunque, non si rinvengono profili di potenziale contrasto con i principi della concorrenza.

Vi sono però almeno altri due fattori che potrebbero condurre a conclusioni differenti: si tratta della rappresentanza degli operatori in seno al consiglio di amministrazione e alle condizioni di esercizio da parte dei consorziati della facoltà recesso.

3.1.1. Composizione del Consiglio di Amministrazione di CONAI e dei Consorzi di filiera.

Quanto alla composizione del Consiglio di Amministrazione di CONAI (e dei consorzi), l'AGCM ha ritenuto che, non rappresentando in maniera equa tutti gli operatori della complessa filiera dei rifiuti, potesse favorire condotte abusive da parte del sistema⁶⁴.

Per questa ragione, l'Autorità, in sede di indagine conoscitiva, ha auspicato che i consorzi procedessero ad una revisione dei propri Statuti. Nello specifico, oltre ad una maggiore rappresentanza dei consumatori, si suggeriva la rappresentanza paritaria di recuperatori e riciclatori rispetto a

semilavorati destinati a imballaggi; produttore di imballaggi vuoti; importatore-rivenditore di imballaggi vuoti) l'adesione al CONAI, nonché l'adesione a uno o più consorzi di filiera in rapporto ai materiali prodotti e ai singoli Statuti consortili.

⁶¹ *Id.*, punto 2.2., dove si stabilisce per tutte le categorie di utilizzatori (acquirente-riempitore di imballaggi vuoti; importatore di imballaggi pieni; auto produttore; commerciante di imballaggi pieni; commerciante di imballaggi vuoti) il solo adempimento dell'adesione al CONAI con l'eventuale precisazione del proprio settore di appartenenza.

⁶² *Id.*, p. 24.

⁶³ Sulla corretta commisurazione del CAC, si evidenzia come l'AGCM abbia recentemente rilevato che la attuale formulazione dell'art. 224 del d.lgs. 152/2006 si presti ad una lettura anticoncorrenziale. Secondo l'Autorità, infatti, la norma consentirebbe al CONAI “*di percepire il contributo ambientale (CAC) anche sugli imballaggi secondari e terziari (rifiuti speciali), senza che questo sia poi obbligato a svolgere alcuna attività di gestione degli stessi. Lungi dall'imporre al CONAI l'applicazione del CAC anche sugli imballaggi secondari e terziari – scelta che rimane in capo al consorzio – la norma, tuttavia, obbliga il consorzio ad utilizzare tali somme per finanziare la raccolta differenziata, così creando una forma di sussidio incrociato tra il segmento merceologico relativo agli imballaggi che confluiscono negli RSU e quelli che non entrano in tale circuito*”. AGCM, *Audizione del Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato Prof. Giovanni Pitruzzella sul tema dei profili concorrenziali nell'ambito della gestione dei rifiuti solidi urbani, anche con riferimento alle attività dei consorzi per la raccolta*, Roma, 6 novembre 2014, disponibile su http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/4511-audizione-20141106.html.

⁶⁴ AGCM, *Indagine conoscitiva*, IC(26), cit., par. 224: “*Con riferimento all'organizzazione interna al CONAI – che, allo stato, vede gli organi consortili dell'assemblea e del consiglio di amministrazione composti per lo più di rappresentanti delle categorie dei produttori e utilizzatori degli imballaggi – l'Autorità ritiene auspicabile, da un lato, una maggiore rappresentanza dei consumatori (ora consistente in uno solo dei ventinove membri del consiglio di amministrazione), dall'altra l'ingresso di una effettiva rappresentanza anche delle categorie dei recuperatori/riciclatori, nonché l'introduzione di una rappresentanza anche per i soggetti gestori dei servizi di raccolta*”.

quella di produttori di materie prime, nonché l'introduzione di una rappresentanza dei soggetti gestori del servizio di raccolta⁶⁵. La richiesta mirava a garantire una maggiore trasparenza e controllo sulle decisioni assunte da CONAI (e dai consorzi) in quanto si riteneva che la partecipazione di tutti i portatori di interesse avrebbe fatto emergere le varie posizioni e garantito una loro composizione già in sede assembleare⁶⁶.

Per meglio comprendere la portata delle osservazioni dell'Autorità, occorre fare una breve parentesi e chiarire quali siano i casi concreti in cui la sottorappresentanza dei produttori/riciclatori risulti potenzialmente idonea a favorire condotte anticoncorrenziali. Anzitutto va introdotta la distinzione fra filiere "chiuse" e filiere "aperte". Le prime sono caratterizzate dal fatto che la categoria dei produttori e quella dei riciclatori/recuperatori coincidono (come avviene, ad esempio nella filiera della carta), per cui i materiali per essere riciclati ritornano alle industrie che li hanno prodotti; nelle seconde, invece, i riciclatori non coincidono con i produttori e costituiscono un comparto a sé stante separato e a valle del ciclo di gestione⁶⁷. È proprio in questo secondo caso che la rappresentanza dei riciclatori/recuperatori può effettivamente fungere da "pungolo concorrenziale" e garantire il dovuto controllo sulle decisioni dei consorzi⁶⁸.

Si noti infine come la dottrina abbia altresì evidenziato la necessità di meglio definire le differenze intercorrenti fra i recuperatori e i riciclatori, elemento che comporterebbe un ulteriore adeguamento delle "quote" di rappresentanza nei consigli di amministrazione che dovrebbero darne adeguato riscontro.

⁶⁵ ARNAUDO L., *The competition environment*, cit., p. 532: "In order to keep under control the risk factors connected to the collective management system embodied by CONAI, the ICA supported a more active role to be granted to the consumers representatives within it. At the same time, the management bodies of the consortia should include not only representatives of packaging manufacturers and commercial users, as happened until now, but also representatives of recovery/recycling companies and waste collectors: these reforms should guarantee more institutional transparency and put under a pro-competitive pressure the administrations of the consortia when making decisions".

⁶⁶ AGCM, *Indagine conoscitiva riguardante il settore dei rifiuti da imballaggio*, IC(26), Decisione n. 18585 del 3 luglio 2008, par. 225: "In effetti, tenuto conto dell'impatto delle decisioni del sistema consortile sulle attività dell'industria del recupero – nonché, in ragione dell'Accordo ANCI-CONAI, anche sui servizi di raccolta – sembra quantomeno ipotizzabile l'esercizio da parte dei rappresentanti dei comparti appena citati di un salutare controllo sulle delibere del CONAI, nonché di un pungolo concorrenziale alle scelte di sistema: ciò in quanto tali categorie risultano portatrici di interessi per molti versi contrapposti a quelli dei produttori. Si ritiene pertanto che un siffatto stimolo al naturale 'conflitto d'interessi' esistente tra le varie categorie potrebbe determinare maggiori efficienze e trasparenza nelle attività consortili".

⁶⁷ COIZET R., *Le novità per il sistema dei consorzi*, in *Rifiuti. Bollettino di informazione normativa*, n. 2/3, 2008, pp. 56.

⁶⁸ *Id.*, p. 56: "il legislatore ha correttamente indicato il binomio «riciclatori e recuperatori» in quanto, data la natura promiscua dell'allegato C che comprende nelle operazioni di recupero anche quelle di riciclo, non è disponibile una definizione dei «riciclatori» distinta da quella dei «recuperatori». Ma nei recuperatori sono presenti anche le imprese che utilizzano i rifiuti «come combustibile o come altro mezzo per produrre energia» (R1), oppure che «attuano una messa in riserva di rifiuti per sottoporli a una delle operazioni indicate nei punti da R1 a R12» (R13). In altre parole, insieme ai riciclatori, avrebbero titolo ad essere rappresentati nei consigli di amministrazione dei consorzi anche coloro che effettuano recupero energetico o messa in riserva, quindi anche le piattaforme di selezione, mono o multimateriale, e gran parte dei raccoglitori, con tutto il vasto repertorio di operatori che ne consegue".

Nonostante anche il legislatore del 2008 abbia modificato l'art. 223 del d.lgs. 152/2006 nel senso di favorire una migliore rappresentanza anche dei recuperatori e riciclatori⁶⁹, i consorzi non si sono ancora adeguati alla nuova previsione che risulta tuttora in gran parte disattesa⁷⁰.

Il legislatore è intervenuto di nuovo sul punto con il DM 26 aprile 2013 recante l'approvazione dello schema tipo dello statuto dei Consorzi costituiti per la gestione degli imballaggi⁷¹, provvedimento che ha originato un contenzioso innanzi al giudice amministrativo per via del fatto che contiene previsioni che incidono sul numero di membri del CdA (che potrà contare al massimo 9 membri) ed sulla sua composizione (che dovrà garantire che il numero dei rappresentanti dei recuperatori e di quelli dei produttori sia uguale)⁷². Tali disposizioni sono state contestate da alcuni consorzi di filiera in quanto ritenute eccessivamente di dettaglio e, pertanto, lesive della loro autodeterminazione. Ad esito del giudizio di primo grado, il giudice amministrativo con due sentenze "gemelle" ha confermato la bontà dei contenuti del decreto, respingendo tutti i rilievi sollevati dai ricorrenti (rispettivamente consorzio CIAL e consorzio COREPLA)⁷³. Successivamente, il consorzio CIAL ha impugnato la sentenza n. 10262 innanzi al Consiglio di Stato che, con decreto del 13 novembre 2014, ha accolto la richiesta cautelare avanzata da CIAL e sospeso gli effetti del DM impugnato sino alla udienza del merito, tenutasi il 18 dicembre 2014 ed il cui esito non è ancora stato reso noto.

Da ultimo, si segnala che il d.l. 133/2014⁷⁴, all'art. 35, comma 12, ha previsto in maniera esplicita una migliore rappresentanza degli stakeholders all'interno del consiglio di amministrazione del consorzio nazionale per il riciclaggio di rifiuti di beni in polietilene, aggiungendo al comma 3 dell'art. 234 la seguente previsione: *"In ogni caso, del consiglio di amministrazione del consorzio deve fare parte un rappresentante indicato da ciascuna associazione maggiormente rappresentativa a livello nazionale delle categorie produttive interessate, nominato con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentito il Ministro dello sviluppo economico"*.

3.1.2. Recesso del socio e procedura di riconoscimento di un sistema alternativo.

Un secondo aspetto di potenziale distorsione della concorrenza riguarda le condizioni in presenza delle quali il consorziato possa esercitare il proprio diritto di recesso.

⁶⁹ d.lgs. 152/2006, art. 223, comma 1, seconda parte, come modificato dall'articolo 2, comma 30-quater, lettera a), del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4: *"Ai Consorzi possono partecipare i recuperatori, ed i riciclatori che non corrispondono alla categoria dei produttori, previo accordo con gli altri consorziati ed unitamente agli stessi"*.

⁷⁰ Basti confrontare le disposizioni dei singoli statuti relative alla composizione dei vari consigli di amministrazione.

⁷¹ DM del 26 aprile 2013, *Approvazione dello schema tipo dello statuto dei Consorzi costituiti per la gestione degli imballaggi*, in GU del 29 luglio 2013, n. 176.

⁷² DM del 26 aprile 2013, art. 12.

⁷³ Si vedano le sentenze del TAR Lazio n. 10262 e n. 10263 del 10 ottobre 2014, sezione Seconda Bis.

⁷⁴ d.l. 12 settembre 2014, n. 133, *Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive*, in GU del 12 settembre 2014, n.212, convertito con modificazioni dalla Legge 11 novembre 2014, n. 164 in GU del 11 novembre 2014, n.262, Suppl. Ordinario n.85.

In particolare, a mente dell'art. 9 dello Statuto di CONAI, il recesso è ammesso qualora vengano meno le condizioni d'ammissione o nel caso in cui il consorzio adotti uno dei sistemi previsti dall'art. 221, comma 3, lettere a) e c) del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152. In tale seconda ipotesi, gli effetti del recesso si producono dal momento dell'avvenuto riconoscimento del funzionamento del sistema⁷⁵ da parte dell'Osservatorio nazionale sui rifiuti ("ONR"), ora sostituito dal Ministero dell'Ambiente ("MATTM")⁷⁶.

La problematicità della norma si nasconde dietro al fatto che l'accertamento del funzionamento del sistema alternativo (procedura di riconoscimento) avviene sulla base dei "*necessari elementi di valutazione forniti dal Consorzio nazionale imballaggi*"⁷⁷. In altre parole, il CONAI viene coinvolto nella procedura di riconoscimento dei sistemi ad esso alternativi, con ciò trovandosi nella posizione di influire (negativamente) sull'esito della medesima e di ostacolare l'emersione dei potenziali concorrenti.

Proprio con riferimento alla procedura di riconoscimento, l'AGCM è intervenuta in diverse occasioni.

Nel 2007, il Presidente dell'AGCM aveva pesantemente criticato la mancanza di un'amministrazione competente al riconoscimento dei nuovi consorzi, ritenendo tale situazione fonte di incertezza normativa e di grave danno alle imprese: "*Sia la costituzione di nuovi consorzi, sia la possibilità di organizzare autonomamente da parte di ciascun produttore la gestione dei propri rifiuti sono subordinate ad un riconoscimento da parte di un'autorità di vigilanza, la cui istituzione era prevista dall'art. 207, che è però stato soppresso da un successivo decreto correttivo (d.lgs. 8 novembre 2006, n. 284). Di fatto oggi non c'è l'amministrazione competente a verificare la regolarità dei sistemi di autoproduzione e la costituzione di nuovi consorzi alternativi a quelli esistenti: tale situazione di grave incertezza normativa comporta un danno rilevante per le imprese che intendessero accedere a questi mercati, per i produttori che volessero provvedere direttamente al riciclaggio e quindi per l'industria nel suo complesso*"⁷⁸.

La criticità era successivamente evidenziata anche nel 2009⁷⁹: nello specifico, l'attribuzione di un peso significativo alle valutazioni del CONAI nell'ambito del processo di riconoscimento di un

⁷⁵ d.lgs. 152/2006, art. 221, comma 5.

⁷⁶ A seguito del collegato ambientale alla legge di stabilità per il 2014, l'Osservatorio Nazionale sui rifiuti non è più operativo e viene sostituito dalla direzione del Ministero dell'Ambiente. Il testo del ddl del collegato ambientale, ad oggi, non è ancora stato approvato. Infatti, originariamente numerato C2093, dopo il passaggio alla Camera, risulta tutt'ora in esame al Senato con nuova numerazione S1676 e nuova denominazione come ddl. "*Disposizioni in materia ambientale – Green Economy*" o "*ex collegato ambientale*". Per approfondimenti sull'iter del disegno di legge, si rinvia al seguente link: <http://www.camera.it/leg17/126?idDocumento=2093>. L'ultima versione disponibile del testo, risalente al 17 novembre 2014, conferma le previsioni relative alle sorti dell'ONR.

⁷⁷ *Id.*, art. 223, comma 5.

⁷⁸ AGCM, *Audizione del Presidente dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato presso la Commissione Parlamentare di inchiesta sul ciclo dei rifiuti e sulle attività illecite ad esso connesse*, 07.11.2007, disponibile su http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/1126-audizione-061107.html.

⁷⁹ AGCM, *Misure straordinarie in materia di risorse idriche e di protezione dell'ambiente*, AS500, 24.02.2009, dove si legge: "*Posta l'attuale disciplina di determinazione e attribuzione del Contributo Ambientale CONAI di cui all'articolo 224 del Testo Unico Ambientale, infatti, l'attribuzione di un peso significativo alle valutazioni del CO-*

sistema autonomo di gestione dei rifiuti veniva considerata un potenziale ostacolo all'introduzione di quelle dinamiche concorrenziali auspiccate dall'Autorità nelle conclusioni dell'Indagine Conoscitiva del 2008. Nella medesima occasione l'Autorità già anticipava il rischio che un utilizzo distorto di tali prerogative da parte del CONAI avrebbe potuto configurare un comportamento rilevante ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 287/1990 e/o dell'articolo 101 del Trattato CE.

Più di recente, con le proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2014⁸⁰ l'Autorità ha rilevato come la procedura di riconoscimento dei sistemi autonomi ponga il CONAI in una posizione di palese conflitto di interessi ed ha sollecitato una modifica dell'art. 221 comma 5, d.lgs. 152/2006 nel senso di attribuire il potere di riconoscimento ad un organo terzo ed indipendente.

Poco dopo, l'AGCM ha altresì avviato, su segnalazione della società Aliplast, una istruttoria nei confronti di CONAI e del consorzio COREPLA⁸¹ i quali effettivamente lamentavano le problematiche censurate dall'Autorità nelle citate proposte per la legge per il mercato e la concorrenza. Nello specifico, Aliplast è una società che opera nel settore della raccolta, stoccaggio, recupero e riciclo degli imballaggi in plastica ed ha avviato il procedimento per ottenere il riconoscimento di un sistema di raccolta alternativo per i propri rifiuti di imballaggi plastici secondari e terziari, ai sensi dell'art. 221, comma 3 del d.lgs. 152/2006⁸². Il consorzio alternativo costituito da Aliplast, denominato "P.A.R.I.", aveva ottenuto le autorizzazioni per poter operare: in particolare, in data 20 novembre 2008, l'ONR aveva rilasciato l'autorizzazione *ex ante* e, in data 30 giugno 2009, l'autorizzazione *ex post*. Da questo momento in avanti, Aliplast aveva cessato di pagare il CAC a CONAI e aveva iniziato a pagare il solo "costo di gestione" a P.A.R.I. Tale somma, peraltro, ri-

NAI nell'ambito del processo di riconoscimento di un sistema autonomo di gestione dei rifiuti, potrebbe ostacolare l'introduzione di quelle dinamiche concorrenziali auspiccate dall'Autorità nelle conclusioni dell'Indagine Conoscitiva. Ciò tanto più laddove si consideri che i produttori di imballaggi aderenti al CONAI potrebbero incidere in maniera più penetrante, in virtù della novella legislativa, sulla possibilità per i produttori concorrenti di realizzare sistemi alternativi ai consorzi di filiera per l'adempimento degli obblighi di riciclaggio e di recupero previsti dal vigente articolo 221 del TUA. Un utilizzo distorto di tali prerogative da parte del CONAI, peraltro, potrebbe configurare un comportamento valutabile ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 287/1990 e/o dell'articolo 81 del Trattato CE".

⁸⁰ AGCM, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2014*, AS1137, 04.07.2014, par. *La procedura di autorizzazione dei sistemi autonomi*, p. 100 ss.: "L'Autorità ritiene non opportuno il coinvolgimento del CONAI nella procedura autorizzativa, come oggi previsto dall'articolo 221, comma 5, TUA, ed auspica che le valutazioni tecniche per la autorizzazione del sistema autonomo siano affidate ad un organo terzo ed indipendente, quale, ad esempio, l'ISPR".

⁸¹ AGCM, *CONAI – Gestione rifiuti da imballaggi in plastica*, A476, 17.07.2014, comunicazione di avvio dell'istruttoria ai sensi dell'articolo 14, della legge n. 287/90, nei confronti del Consorzio Nazionale Imballaggi (CONAI) e del Consorzio Nazionale per la Raccolta, il Riciclaggio e il Recupero degli Imballaggi in Plastica (COREPLA), per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 102 TFUE, disponibile su <http://www.agcm.it/stampa/news/7136-antitrust-avvia-istruttoria-nei-confronti-dei-consorzi-conai-e-corepla-per-verificare-un-possibile-abuso-di-posizione-dominante-nel-mercato-del-riciclo-dei-rifiuti-da-imballaggi-in-plastica.html>.

⁸² *Id.*, par. 3, *Il segnalante*.

sultava essere molto minore del CAC: 93 euro/ton, a fronte delle allora 195 euro/ton richieste da CONAI⁸³.

Secondo l'AGCM, CONAI avrebbe sistematicamente contrastato tale iniziativa di Aliplast al fine di evitare che P.A.R.I. ottenesse il riconoscimento quale consorzio alternativo.

In particolare, nel corso di tutta la "prima fase della procedura di riconoscimento" di fronte all'ONR, CONAI ha sollevato una molteplicità di obiezioni tecniche e giuridiche in relazione all'istanza di riconoscimento presentata da Aliplast⁸⁴. In seguito, vedendo la maggior parte delle proprie obiezioni respinte dall'ONR che, al contrario, ha proceduto al rilascio dell'autorizzazione *ex ante*, CONAI, così come COREPLA, ha deciso di intervenire anche giudizialmente impugnando tale provvedimento e, successivamente, anche il provvedimento di autorizzazione *ex post*, per chiederne l'annullamento.

Il TAR Lazio, con sentenza n. 1136 del 2012, ha rigettato i motivi di ricorso con i quali i ricorrenti riproponevano le obiezioni giuridiche all'istanza già presentate all'ONR, ma, giudicando insufficiente l'attività di verifica del funzionamento del sistema autonomo svolta dall'ONR successivamente al rilascio dell'autorizzazione *ex ante*, ha accolto il motivo con il quale veniva chiesto l'annullamento del provvedimento dell'ONR di riconoscimento *ex post* e ha demandato al MATTM la reiterazione della procedura di verifica e controllo del funzionamento del sistema autonomo. Per lo svolgimento dell'ulteriore fase di verifica del funzionamento del sistema P.A.R.I., il MATTM ha incaricato l'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale ("ISPRA"). Anche nel corso di questa fase supplementare di verifica, CONAI ha proseguito nella sua opposizione ad Aliplast attaccando duramente la relazione effettuata dall'ISPRA⁸⁵.

Nel frattempo, il Consiglio di Stato ha respinto l'appello presentato da Aliplast avverso la sentenza n. 1136 del 2012 e ne ha confermato integralmente i contenuti⁸⁶.

Subito dopo la conclusione del giudizio, CONAI ha adottato una serie di "azioni denigratorie" a danno di P.A.R.I.: in data 5 luglio 2013 CONAI ha richiesto ad Aliplast il pagamento retroattivo del CAC per il periodo intercorrente tra luglio 2009 (momento a partire dal quale Aliplast aveva smesso di applicare il CAC) e luglio 2013⁸⁷, senza tuttavia quantificare con precisione la cifra richiesta⁸⁸; in data 31 luglio 2013, CONAI ha inviato una lettera a tutti i clienti di Aliplast aderenti al Sistema P.A.R.I., informandoli del fatto che il mancato pagamento del CAC avrebbe reso

⁸³ *Id.*, par. 14.

⁸⁴ AGCM, *CONAI – Gestione rifiuti da imballaggi in plastica*, cit., par. 15. Riassumendo, CONAI aveva contestato quanto segue: i. in primis, l'impossibilità di effettuare correttamente la procedura di riconoscimento di un sistema alternativo per via della mancata adozione dei regolamenti ministeriali attuativi delle disposizioni di rango primario contenute nel d.lgs. 152/2006; ii. in secondo luogo, la forma associata adottata dal sistema PARI (che all'epoca della contestazione non era più prevista dal d.lgs. 152/2006); iii. la terza critica riguardava il fatto che il consorzio avrebbe trattato solo una specifica tipologia di rifiuti (i c.d. LPDE) e non la totalità dei rifiuti di imballaggi plastici prodotti dai propri associati; iv. infine, CONAI contestava l'irregolarità del recesso di Aliplast dal consorzio.

⁸⁵ *Id.*, par. 22.

⁸⁶ Si veda Consiglio di Stato, sentenza n. 3363 del 2013.

⁸⁷ *Id.*, par. 41.

⁸⁸ *Id.*, par. 24.

anch'essi inadempienti in relazione a tale obbligo e quindi passibili di sanzioni⁸⁹; infine, in data 15 ottobre 2013 ha pubblicato sul proprio sito web un comunicato stampa⁹⁰, nel quale informava il mercato e, dunque, tutti gli utilizzatori del Sistema P.A.R.I., del fatto che tale sistema fosse, ad esito della sentenza del Consiglio di Stato, “*privo di riconoscimento*”⁹¹.

Secondo l'Autorità, l'adozione delle citate azioni denigratorie nei confronti del nuovo sistema avrebbero avuto “*l'effetto di creare uno stato di incertezza giuridica in relazione all'effettiva capacità del Sistema P.A.R.I. di operare come sistema di gestione autonomo*” e, insinuando dubbi sulla effettiva capacità del sistema di garantire l'esenzione dall'applicazione del CAC, avrebbero indotto i consorziati ad interrompere le loro relazioni commerciali con P.A.R.I. e ad abbandonare il sistema⁹².

Infine, CONAI, dopo aver segnalato il rischio che alcuni dei rifiuti prodotti da Aliplast avrebbero comunque potuto essere intercettati e gestiti dal circuito CONAI in quanto gettati nei cassonetti della raccolta differenziata, non si sarebbe ad oggi reso disponibile a concludere con Aliplast un accordo finalizzato a individuare con precisione i criteri per permettere a quest'ultima a) di tracciare e contribuire economicamente alla gestione dei rifiuti che essa non riesce a recuperare direttamente e la cui gestione finisce a carico di CONAI e b) di assicurare la raccolta degli imballaggi P.A.R.I. su tutto il territorio nazionale⁹³.

Secondo l'AGCM, il rifiuto a concludere i protocolli di intesa con Aliplast, da un lato, contraddice un'esplicita esortazione dell'ONR, rinnovata dal MATTM nel corso della conferenza di servizi del 26 febbraio 2014⁹⁴ e, dall'altro, non pare supportata da alcuna ragione economica valida e plausibile. Ed infatti, come rileva l'AGCM: “*La stipula dei protocolli di intesa, invero, avrebbe senz'altro potuto porre rimedio alle preoccupazioni del CONAI; pertanto, il rifiuto a concluderli non è spiegabile se non perché conduce ad ostacolare, ritardare, e probabilmente impedire, il definitivo riconoscimento del sistema autonomo. Per questo motivo, sembrerebbe che esso abbia meramente una valenza escludente nei confronti del Sistema P.A.R.I.*”⁹⁵.

Secondo la preliminare valutazione dell'AGCM, tali comportamenti di CONAI avrebbero un effetto escludente non solo nei confronti del sistema P.A.R.I., ma, *attraverso un effetto di signaling, anche nei confronti di tutti i produttori di imballaggi in plastica secondari e terziari, even-*

⁸⁹ *Id.* par. 20.

⁹⁰ Comunicato stampa, disponibile su <http://www.conai.org/hpm01.asp?CgiAction=Display&IdCanale=146&IdNotizia=2143>.

⁹¹ AGCM, *CONAI – Gestione rifiuti da imballaggi in plastica*, cit., par. 21.

⁹² *Id.*, par. 42 ss.

⁹³ *Id.* par. 24: “*A fronte della richiesta di Aliplast in tal senso, il CONAI si sarebbe rifiutato di instaurare alcun tipo di collaborazione e/o coordinamento con il sistema autonomo. In particolare, dalla documentazione acquisita emerge che Aliplast si è resa disponibile al pagamento delle contribuzioni spettanti a CONAI chiedendo a quest'ultimo una quantificazione; tuttavia, il CONAI non ha risposto alla specifica richiesta di Aliplast e si è limitato a ribadire l'obbligo per la stessa di versare il CAC*”.

⁹⁴ *Id.*, par. 23.

⁹⁵ *Id.*, par. 40.

*tualmente intenzionati a presentare istanza di riconoscimento come sistema autonomo*⁹⁶. Essi causerebbero anche un pregiudizio ai consumatori, impossibilitati a rivolgersi ad un sistema che risulta maggiormente efficiente di CONAI, considerato che P.A.R.I. applicherebbe loro un contributo pari a 60 euro/ton, contro i 140 euro/ton ad oggi richiesti dal CONAI a titolo di CAC⁹⁷.

Infine, secondo l'Autorità, *“il descritto comportamento appare idoneo a pregiudicare il commercio intracomunitario e, pertanto, sembra integrare gli estremi per un'infrazione dell'articolo 102 TFUE. Ciò in considerazione del fatto che tutte le condotte esaminate sembrerebbero interessare l'intero mercato nazionale. Tale conclusione appare avvalorata, peraltro, dal fatto che le condotte si prestano a condizionare anche la possibilità per i produttori stranieri di imballaggi in plastica interessati ad operare in Italia [...] di costituire sistemi autonomi. Ne discende che la fattispecie in esame rileva ai sensi della normativa europea, e non di quella nazionale”*. Tali valutazioni coinvolgerebbero anche il consorzio di filiera COREPLA con il quale CONAI ha condiviso obiettivi e strategia escludente.

Il procedimento istruttorio avviato con il provvedimento appena commentato dovrà concludersi entro il 31 luglio 2015. In considerazione della giurisprudenza comunitaria oramai costante⁹⁸ che ha orientato l'evoluzione dei mercati dell'organizzazione dei sistemi di gestione dei rifiuti di imballaggio verso il progressivo passaggio da situazioni di monopolio a mercati aperti alla concorrenza di più operatori e tenuto conto del riconosciuto carattere intercomunitario delle problematiche sollevate nel caso in commento, si ritiene che l'AGCM tenderà a confermare le conclusioni preliminari esposte nella comunicazione di avvio dell'istruttoria. In tale direzione sembrano deporre anche gli ultimi sviluppi della procedura autorizzatoria di fronte al MATTM. Si segnala, infatti, che nel frattempo ISPRA, in data 29 luglio 2014, ha concluso positivamente la fase di indagine supplementare ulteriormente integrata con la documentazione raccolta nel corso dell'ultima conferenza di servizi tenutasi il 26 febbraio 2014. Sulla base della relazione conclusiva di ISPRA, in data 4 agosto 2014, il MATTM, *“ritenendo che gli elementi acquisiti nel corso dell'attività istruttoria svolta siano idonei a ritenere il sistema P.A.R.I. e le sue modalità di funzionamento conformi ai requisiti di cui all'articolo 221, comma 5”* del d.lgs. 152/2006, ha decretato il riconoscimento del sistema P.A.R.I. secondo il progetto elaborato e proposto dalla società Aliplast S.p.a. (seppur subordinando la validità del decreto al rispetto di alcune condizioni)⁹⁹.

L'ottenimento da parte del consorzio P.A.R.I. del provvedimento ministeriale di riconoscimento, che potrebbe venir meno solo ove si dimostrasse che il suo funzionamento non sia concretamente in grado di garantire il raggiungimento degli obiettivi ambientali minimi stabiliti dalla normativa e il rispetto delle condizioni contenute nel decreto di autorizzazione medesimo, potrebbe costituire il caso pilota al quale altri operatori potrebbero ispirarsi, dando avvio ad una nuova stagione

⁹⁶ *Id.*, par. 47.

⁹⁷ *Id.*, par. 48.

⁹⁸ Ampiamente analizzata *supra* Parte II, Capitolo I.

⁹⁹ Decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, prot. 5201/TRI/DI/R del 4 agosto 2014, disponibile su http://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/normativa/dm_04_08_2014_5201.pdf.

concorrenziale per il settore dei rifiuti che risulta ancora piuttosto statico e ancora fortemente concentrato.

3.2. Il contratto di licenza per l'uso del marchio CONAI.

Il secondo livello contrattuale coinvolge CONAI e le imprese che desiderino far uso del marchio CONAI. Occorre infatti precisare che CONAI fa parte del sistema Pro-Europe, ma non ha mai concluso alcun contratto di licenza d'uso del marchio "punto verde", pertanto non ha poteri di conferimento di licenza ai consorziati¹⁰⁰. Tuttavia, CONAI si è dotato di un proprio marchio al fine di rendere maggiormente visibili e più facilmente identificabili le aziende produttrici od utilizzatrici di imballaggi facenti parte del sistema CONAI. A norma del Regolamento generale per l'utilizzo del marchio CONAI¹⁰¹, l'accesso al diritto d'uso del marchio è aperto a tutti i produttori e utilizzatori consorziati che ne facciano richiesta, purché siano in regola con gli adempimenti regolamentari e statutari del Consorzio. La licenza d'uso può essere concessa a scopo occasionale o continuativo; in ogni caso a titolo gratuito.

Rispetto a questo secondo livello di accordi, dunque, non si rinvencono strozzature alla concorrenza.

3.3. Accordo ANCI-CONAI.

Il terzo livello contrattuale, costituito dall'Accordo ANCI-CONAI, stabilisce le condizioni generali che regolamentano il rapporto fra i Comuni e il sistema consortile. L'accordo è stato firmato per la prima volta nel luglio 1999 e successivamente rinnovato ogni cinque anni. L'ultima versione dell'Accordo ANCI-CONAI che copre il quinquennio 2014-2019 è stata sottoscritta il 7 aprile 2014¹⁰².

¹⁰⁰ CONAI, *Informativa sul marchio registrato "punto verde" degli imballaggi, per le aziende italiane esportatrici*, 28 luglio 2009, disponibile su <http://pro-e.org/files/INFORMATIVA%20SUL%20MARCHIO%20PUNTO%20VERDE%20-%20GREEN%20DOT%2028.%2007%2009.pdf>.

¹⁰¹ Disponibile su www.conai.org/hpmdoc.asp?IdDoc=467.

¹⁰² Accordo ANCI-CONAI 2014/2019 disponibile su <http://www.conai.org/hpm00.asp?IdCanale=120>. Per un breve riepilogo dei contenuti della nuova versione, si veda Comunicato stampa disponibile su <http://www.conai.org/hpm01.asp?CgiAction=Display&IdCanale=146&IdNotizia=2153>: "ANCI e CONAI hanno raggiunto un'intesa per la sottoscrizione dell'Accordo di Programma Quadro che regolerà per il quinquennio 1/4/2014-31/3/2019 l'entità dei corrispettivi da riconoscere ai Comuni convenzionati per i "maggiori oneri" della raccolta differenziata dei rifiuti di imballaggio. Saranno altresì sottoscritti gli Allegati Tecnici relativi alle filiere di alluminio, acciaio, carta, legno e vetro che prevedono significativi incrementi dei corrispettivi unitari: mediamente fra il 16 e il 17%. Negli allegati Tecnici sono state introdotte una serie di specifiche tecniche legate ai controlli in piattaforma sul materiale conferito e al monitoraggio dei relativi flussi, che migliorano il funzionamento complessivo a vantaggio sia delle attività di raccolta che di avvio a riciclo dei materiali conferiti. Nella parte generale dell'Accordo Quadro viene confermata la garanzia di ritiro universale, da parte dei Consorzi di filiera su tutto il territorio nazionale dei rifiuti di imballaggio conferiti al servizio pubblico di raccolta, anche ad obiettivi di riciclo e di recupero previsti dalla legge raggiunti e superati. L'Accordo inoltre introduce una maggiore indicizzazione annuale dei corrispettivi e rafforza il sostegno delle Amministrazioni locali incrementando l'impegno finanziario annuo del CONAI per le iniziative sul territorio di sviluppo quali-quantitativo della raccolta differenziata. In merito ai rifiuti di imballaggio in plastica, l'attuale allegato tecnico è stato prorogato fino al 30/06/2014 per dar modo alle parti di chiudere la trattativa anche per questo allegato per le sole modalità di calcolo dei corrispettivi. È stato in-

Le considerazioni circa la conformità dell'Accordo con i principi di diritto antitrust verranno effettuate tenendo prevalentemente in considerazione la penultima versione, alla quale peraltro si riferiscono anche gli interventi dell'AGCM e della dottrina. Si metteranno poi in rilievo le modifiche introdotte dall'ultima versione, valutando anche di queste, ove opportuno, le implicazioni in termini concorrenziali.

La principale funzione dell'Accordo è quella di garantire la copertura dei maggiori oneri connessi all'implementazione della raccolta differenziata da parte dei Comuni e dai gestori del servizio al fine di contribuire alla diffusione della raccolta differenziata in maniera omogenea su tutto il territorio e garantire l'avvio a riciclo dei materiali raccolti¹⁰³.

In concreto l'accordo prevede che il CONAI, tramite i consorzi di filiera, corrisponda ai Comuni che hanno proceduto alla raccolta selettiva dei rifiuti di imballaggio delle somme, variabili a seconda della tipologia e delle caratteristiche quantitative e qualitative di imballaggio in questione¹⁰⁴, quali corrispettivo per il servizio reso¹⁰⁵.

Mediante la sottoscrizione di apposite Convenzioni con ciascuno dei consorzi di filiera, ogni Comune ha la possibilità di aderire all'Accordo. In questo modo, il Comune si impegna ad orga-

fatti già condiviso l'obiettivo economico: il nuovo allegato prevederà un incremento a partire dal primo aprile 2014 dei corrispettivi pari al 10,6% rispetto a quelli riconosciuti nel 2013. Tale incremento, peraltro, tenuto conto della mancata applicazione delle restrizioni delle fasce di qualità previste per il 2013 dall'Accordo vigente, sale al 16,6% circa, in linea quindi con quello medio previsto per gli altri materiali”.

¹⁰³ Per un approfondimento sul problema dell'avvio a riciclo dei rifiuti raccolti, si veda *infra* Parte III. Basti qui accennare al fatto che occorre coordinare il mercato della raccolta differenziata con i mercati a valle, in particolare con i mercati della valorizzazione dei rifiuti, onde evitare gli enormi sprechi derivanti dall'impossibilità di trattare correttamente flussi di rifiuti per mancanza di impianti appropriati e dal conseguente ricorso alla discarica.

¹⁰⁴ La qualità è stabilita applicando dei parametri o “fasce di qualità” in base alla “purezza “ del materiale raccolto e alla presenza di materiali estranei agli imballaggi oggetto della raccolta. A ciascuna fascia di qualità corrisponde un corrispettivo che può anche essere maggiorato in caso di qualità “eccellente”.

¹⁰⁵ Accordo 2009-2013, par. 2.2.: “*Il CONAI si impegna a corrispondere tramite i consorzi di filiera sulla base della quantità e della qualità dei rifiuti di imballaggio raccolti e conferiti, il pagamento dei corrispettivi come fissati dal presente Accordo. Sono altresì a carico del sistema consortile, secondo quanto disposto negli allegati Tecnici al presente Accordo, eventuali oneri di movimentazione e/o trasporto, anche fuori ambito, per il conferimento dei rifiuti di imballaggio ai centri e/o impianti indicati dal medesimo*”. La previsione non è modificata nei contenuti dall'Accordo 2014-2019, cap. 5: *Impegni delle parti e modalità attuative*, p. 10: “*Il CONAI si impegna altresì a corrispondere, tramite i Consorzi di filiera, sulla base della quantità e della qualità dei rifiuti di imballaggio raccolti e conferiti, il pagamento di corrispettivi per i maggiori oneri per la raccolta differenziata dei rifiuti di imballaggio*”. Più precisamente, il punto 3 dell'Accordo 2009-2013 afferma: “*Il CONAI, tramite i consorzi di filiera, nel rispetto di quanto sopra, riconoscerà ai Comuni o loro delegati, per i servizi resi, i corrispettivi indicati agli Allegati Tecnici del presente Accordo, per le diverse fasi di gestione dei rifiuti di imballaggio, dalla raccolta al conferimento alle strutture operative indicate dalle Convenzioni attuative dell'Accordo. Eventuali operazioni di pretrattamento e/o valorizzazione delle frazioni raccolte e il loro corrispettivi potranno essere concordati tra i consorzi di filiera e i gestori dei servizi*”. Di nuovo, l'ultima versione non modifica la sostanza della previsione: “*Gli allegati tecnici riportano i corrispettivi che CONAI, tramite i Consorzi di filiera, riconoscerà ai Comuni o loro delegati, per i servizi resi, per le diverse fasi di gestione dei rifiuti di imballaggio, dalla raccolta al conferimento alle strutture operative indicate nelle convenzioni attuative dell'accordo. Eventuali lavorazioni di pretrattamento e/o di valorizzazione delle frazioni raccolte e i relativi corrispettivi potranno essere concordati tra i Consorzi di filiera ed i gestori dei servizi*”.

nizzare la raccolta differenziata secondo le modalità prescritte per ciascun materiale nel relativo Allegato Tecnico e a conferire i rifiuti così raccolti al corrispondente consorzio di filiera¹⁰⁶.

Di contro, al Comune viene garantito l'avvio a riciclo di tutto il materiale conferito ed il corrispettivo concordato sulla base dei criteri generali, oltre ad eventuali corrispettivi aggiuntivi qualora abbia effettuato operazioni ulteriori rispetto alla semplice raccolta (ad esempio il trasporto e la riduzione volumetrica dei rifiuti).

Nel caso di "raccolta differenziata promiscua" di rifiuti di imballaggio e frazioni merceologiche a questi simili, è previsto un riconoscimento economico per le frazioni economiche simili, dettagliato negli allegati tecnici all'Accordo. Resta salva la facoltà per i Comuni e/o i loro delegati di commercializzare direttamente le frazioni merceologiche simili una volta separate dalle frazioni di rifiuto di imballaggio¹⁰⁷.

La fonte per il finanziamento dei maggiori oneri e dei corrispettivi aggiuntivi in favore dei Comuni deriva dalle riserve che i singoli consorzi creano grazie all'incameramento del CAC.

L'adesione all'Accordo è volontaria e i Comuni possono recedere in ogni momento, fermo restando il rispetto dei termini di preavviso previsti; alternativamente, sono liberi di rivolgersi direttamente al mercato, senza convenzionarsi con alcun consorzio, ma concludendo appositi contratti bilaterali direttamente con i cessionari¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Accordo 2009-2013, cap. 4, *Operatività dell'Accordo – convenzioni locali*, p. 16: "Ogni comune, o soggetto da esso delegato, può chiedere a ciascun Consorzio di filiera di sottoscrivere una convenzione attuativa del presente Accordo dei relativi Allegati Tecnici ai fini del ritiro e presa in carico dei rifiuti di imballaggio provenienti dalla raccolta differenziata, del pagamento dei corrispettivi di cui al punto 3". Accordo 2014-2019, cap. 5, *Gli impegni delle parti e modalità attuative*, p. 10 e 11: "Ogni Comune può chiedere a ciascun Consorzio di filiera di sottoscrivere una convenzione attuativa del presente Accordo e dei relativi allegati tecnici. Il Consorzio di filiera formalizza la sottoscrizione della convenzione entro 90 giorni dalla richiesta".

¹⁰⁷ Accordo 2009-2013: "Per i materiali per i quali sia funzionale la raccolta differenziata promiscua di rifiuti di imballaggio e frazioni merceologiche a questi simili, se pur non tutte riconducibili ai rifiuti di imballaggio, gli allegati tecnici al presente Accordo stabiliranno comunque un corrispettivo di valore positivo. Resta salva la facoltà per i Comuni e/o i loro delegati di commercializzare direttamente le frazioni merceologiche simili una volta separate dalle frazioni di rifiuto di imballaggio. Verranno in ogni caso forniti alle parti i dati di raccolta relativi alle frazioni merceologiche simili". In modo simile, Accordo 2014-2019, p.11: "Per i materiali per i quali sia funzionale la raccolta differenziata promiscua di rifiuti di imballaggio e frazioni merceologiche a questi simili, gli allegati tecnici al presente Accordo potranno stabilire modalità gestionali che favoriscano un riconoscimento economico, per le frazioni merceologiche simili, da parte di soggetti terzi. Resta salva la facoltà per i Comuni e/o i loro delegati di commercializzare direttamente le frazioni merceologiche simili una volta separate dalle frazioni di rifiuto di imballaggio".

¹⁰⁸ Accordo 2009-2013, par. 4.3.: "Durante tutto il periodo di durata del presente Accordo i comuni e/o i soggetti da essi delegati possono recedere da una o più convenzioni con preavviso scritto al Consorzio interessato di almeno 90 giorni, secondo modalità e condizioni da definire negli Allegati Tecnici al presente Accordo. Considerate le esigenze di programmazione delle attività di riciclo, il recesso può comunque essere esercitato non prima di diciotto mesi dalla sottoscrizione della convenzione. I Comuni e/o i soggetti da essi delegati che hanno esercitato il recesso hanno facoltà di sottoscrivere nuovamente la convenzione disdettata, con vigenza dal 1° gennaio di ciascun anno e alle condizioni in vigore a tale data". Accordo 2014-2019, cap. 6, *L'operatività dell'Accordo*, p. 13: "Le Convenzioni con i singoli Consorzi di filiera contengono una facoltà di recesso in capo al Convenzionato esercitabile, a partire dal secondo anno di vigenza della Convenzione, mediante raccomandata con ricevuta di ritorno o PEC inviata al Consorzio di filiera di volta in volta interessato con un preavviso di almeno 90 giorni. L'esercizio della facoltà di recesso non libera il convenzionato dall'obbligo di trasmettere al Consorzio di filiera interessato i dati relativi alla

Sullo specifico aspetto della volontarietà dell'adesione all'Accordo, autorevole dottrina¹⁰⁹ ha rilevato come l'opzione di rivolgersi autonomamente al mercato delle materie prime seconde esponendo ai rischi tipici della commercializzazione libera, ricopra nei fatti un ruolo molto residuale. Ed infatti, *“solamente le amministrazioni dotate di sufficienti capacità e mezzi organizzativi potranno concretamente tentare il mare aperto del mercato, mentre la restante maggioranza (in primo luogo i piccoli Comuni) preferirà disporre di introiti forse minori, ma senz'altro più sicuri, rimanendo vincolata all'Accordo”*.

Venendo ai contenuti dell'Accordo, si rileva come esso contenga alcune previsioni potenzialmente restrittive della concorrenza, così come evidenziato dall'AGCM nella indagine conoscitiva condotta nel 2008¹¹⁰.

3.3.1. L'acquisizione da parte dei consorzi di filiera della proprietà dei rifiuti conferiti.

In occasione dell'indagine conoscitiva, l'Autorità ha criticato la prassi secondo la quale i consorzi acquisiscono la proprietà dei rifiuti loro conferiti mediante il servizio pubblico di raccolta differenziata o raccolti sulle piattaforme su superfici private da essi gestite.

Tale schema, che i consorzi giustificano sulla base di ragioni di maggior certezza e trasparenza¹¹¹, impedisce ai Comuni di contrattare direttamente con i riciclatori, dovendosi invece limitare a conferire i rifiuti al consorzio che deciderà in totale autonomia a chi rivolgersi. Secondo l'AGCM, l'indispensabilità di questa prassi viene confutata dal fatto che Rilegno, unico fra tutti e sei i consorzi di filiera, permette ai suoi consorziati di individuare liberamente, secondo le regole di mercato, il riciclatore a cui rivolgersi per il successivo affidamento del materiale, limitandosi a svolgere una funzione di supervisione e controllo delle fasi a valle della raccolta. Rilegno, inoltre

raccolta dei relativi rifiuti di imballaggio per tutta la residua durata della Convenzione. L'esercizio della facoltà di recesso, inoltre, non osta ad una successiva sottoscrizione di una nuova Convenzione secondo quanto specificato negli Allegati Tecnici”. Come si nota, in questo caso sono intervenute due modifiche: la prima riguarda la durata del periodo nel quale non è ammessa la possibilità di recedere dalla convenzione che passa da 18 mesi a due anni; la seconda riguarda la precisazione relativa all'introduzione dell'onere del consorziato (sebbene receduto) di trasmettere i dati relativi ai rifiuti di imballaggio raccolti per tutto il tempo residuo dell'originaria convenzione.

¹⁰⁹ ARNAUDO L., PIETROPAOLO G.M., *Ambiente e concorrenza. Il caso delle gestioni consortili in Italia*, in *MCR*, n. 1, 2011, p. 183.

¹¹⁰ AGCM, *Indagine conoscitiva*, IC(26), cit., *passim*.

¹¹¹ *Id.*, sezione IV.III.II - *Proprietà dei rifiuti di imballaggio a valle delle attività di raccolta*. In particolare, al paragrafo 236, nota 98, si legge: *“I rappresentanti di CNA, ad esempio, hanno sostenuto che «Il CNA ha l'obbligo di legge e statutario di gestire il riciclo, curando il raggiungimento dei quantitativi fissati dalla legge, perciò deve avere una partecipazione diretta nel sistema per controllarne le varie fasi: nel momento in cui la legge impone al Comune l'onere di organizzare la raccolta dei rifiuti e al CNA di avviare questi al riciclo, occorre un passaggio dei rifiuti di imballaggio al CNA (il c.d. “ritiro”), passaggio che per vari motivi, di certezza, di stabilità dei rapporti e inerenti inoltre alla responsabilità che deriva dal loro possesso, implica il trasferimento della proprietà» (audizione del 5 dicembre 2006). Ancora, secondo i rappresentanti del CONAI «occorre distinguere a seconda dei materiali. In generale, è comunque la legge a dire che i consorzi devono ritirare i rifiuti oggetto della raccolta, quindi il trasferimento della loro proprietà è funzionale a garantire il trasferimento degli stessi, con le connesse responsabilità ambientali e civili» (audizione del 14 dicembre 2006)”*.

non è messo a conoscenza delle condizioni contenute negli accordi eventualmente conclusi direttamente fra consorzio e riciclatore¹¹².

Non si dimentichi poi che, formalmente, il corrispettivo pagato ai Comuni si configura quale corrispettivo per il servizio reso¹¹³ e non come il prezzo per il materiale conferito.

Ciononostante, nella pratica, i consorzi acquistano la proprietà dei rifiuti al momento del loro conferimento¹¹⁴ e procedono a gestirli in totale autonomia occupandosi personalmente della loro cessione agli impianti di recupero/riciclaggio/smaltimento e degli eventuali passaggi intermedi (ad esempio la selezione dei materiali di qualità migliore da avviare separatamente dagli altri), senza limitarsi a svolgere la funzione di garanti dei flussi dei materiali raccolti.

In considerazione delle forti limitazioni che questa impostazione provoca alla libertà di gestione dei rifiuti da parte dei Comuni, l'Autorità auspica che il modello gestionale adottato da Rilegno, la cui validità è peraltro dimostrata dai fatti, venga mutuato anche dagli altri consorzi, i quali dovrebbero più correttamente assumere il ruolo di supervisori della corretta gestione dei rifiuti dalle fasi di raccolta a quelle di recupero-riutilizzo. Secondo l'Autorità, infatti, una tale soluzione, da un lato, ridurrebbe i compiti organizzativi e di arbitraggio attualmente a carico dei consorzi e, di conseguenza, ridurrebbe i costi del servizio¹¹⁵; dall'altro, garantirebbe un'importante fonte di introiti direttamente ai Comuni che potrebbero reinvestirli per il miglioramento del servizio ed eventualmente riversarli sul consumatore in forma di riduzione delle tariffe applicate¹¹⁶.

3.4. L'assegnazione dei materiali raccolti a riciclatori e recuperatori.

Il quarto ed ultimo livello di rapporti ha ad oggetto l'assegnazione dei rifiuti di imballaggio ai riciclatori/recuperatori, operazione che si caratterizza per due passaggi molto delicati. Il primo passaggio riguarda l'individuazione del soggetto che ha la disponibilità dei materiali raccolti, suscettibili di essere reimmessi nel ciclo produttivo. Evidentemente, tale passaggio dipende in maniera diretta dal problema appena affrontato della proprietà dei rifiuti provenienti dalla raccolta su su-

¹¹² Si veda AGCM. IC(26), cit., par. 185: *“In relazione alle attività consortili e alle modalità operative di questo, va sottolineato il fatto che RILEGNO, a differenza di tutti gli altri consorzi di filiera, non diviene proprietario dei rifiuti da imballaggi conferiti dalla raccolta organizzata dai Comuni convenzionati, che restano liberi – anche a fronte della convenzione sottoscritta con RILEGNO a valle dell'Accordo ANCI-CONAI – di sottoscrivere accordi con un riciclatore liberamente individuato secondo le regole del mercato per il successivo affidamento del materiale, con corrispettivi fissati dalle parti e dei quali il consorzio non viene posto a conoscenza”*.

¹¹³ Per la precisione, entrambe le versioni dell'Accordo parlano di *“corrispettivo per i maggiori oneri della raccolta differenziata degli imballaggi”*. Accordo 2008-2013, Presentazioni, p. 5 e Accordo 2014-2019, Capitolo 3 – *Gli aspetti normativi*, p. 6.

¹¹⁴ Si veda AGCM. IC(26), cit., par. 237: *“[...] modello organizzativo che prevede l'acquisizione di proprietà del rifiuto in capo al consorzio di filiera”*.

¹¹⁵ *Id.*, par. 240: *“Ciò determinerebbe l'alleggerimento dei compiti organizzativi e di arbitraggio attualmente in capo ai consorzi di filiera, in pratica chiamati a corrispondere un importo agli enti locali per i servizi di raccolta resi ai produttori consorziati, e, a seguito della presa in carico dei rifiuti, impegnati a stipulare accordi di cessione/assegnazione con i soggetti riciclatori interessati, tra cui – nel caso di filiera chiusa – gli stessi produttori”*.

¹¹⁶ *Id.*: *“Per altro verso, la soluzione prospettata consentirebbe agli enti locali interessati di negoziare una cessione di beni, con conseguenti eventuali introiti da impiegare nel finanziamento delle attività di raccolta e possibili alleggerimenti della tariffa applicata ai cittadini per il conferimento dei rifiuti solidi urbani”*.

perficie pubblica¹¹⁷. Un secondo elemento critico, invece, riguarda i criteri e le modalità concretamente adottate dai singoli consorzi per assegnare i materiali raccolti a riciclatori/recuperatori selezionati. In particolare, i rilievi mossi dall'AGCM nell'indagine conoscitiva avevano ad oggetto alcune modalità di assegnazione non trasparenti e potenzialmente idonee a originare omogeneizzazioni dei prezzi per la cessione dei rifiuti, ma anche effetti distorsivi della concorrenza nelle filiere di riferimento, soprattutto qualora queste fossero caratterizzate da una struttura oligopolistica del mercato¹¹⁸.

Al problema dei rapporti dei consorzi di filiera con i riciclatori e delle modalità di assegnazione dei rifiuti accennata nell'indagine del 2008, con particolare riferimento al settore della carta, l'Autorità ha successivamente dedicato un'autonoma indagine¹¹⁹ ad esito della quale ha rilevato come le modalità in concreto adottate da COMIECO non garantissero l'assegnazione dei rifiuti cartacei ottenuti dalla raccolta differenziata su suolo pubblico secondo modalità trasparenti e competitive, ma permettessero il conferimento alle cartiere consorziate mediante un sistema "amministrato", ossia un sistema di assegnazione attraverso quote prestabilite in sede consortile¹²⁰. L'Autorità aveva ritenuto che tale meccanismo avrebbe potuto rappresentare un'intesa restrittiva della concorrenza in quanto, attraverso esso, gli associati COMIECO i) stabilivano pro-quota le quantità di rifiuti cartacei (ossia di materia prima) di ciascuna cartiera, cristallizzando le quote di mercato, e ii) fissavano il corrispettivo di mandato uniformemente a livello nazionale¹²¹. L'indagine, si è conclusa nell'aprile 2011 con un provvedimento di accettazione degli impegni proposti dalla parte ai sensi dell'art. 14-ter della legge 287 del 1990¹²². In particolare, il consorzio si è impegnato a introdurre il sistema delle aste quale meccanismo di assegnazione del 40% dei rifiuti raccolti, mantenendo in vigore per il restante 60% l'attuale sistema amministrato¹²³. L'Autorità ha ritenuto tale impegno sufficiente a raggiungere l'obiettivo di maggiore trasparenza ed ha giustificato il mantenimento parziale del sistema amministrato sia in considerazione delle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento (nel quale COMIECO risulta gestire solo 1/3

¹¹⁷ *Id.*, par. 246.

¹¹⁸ *Id.*, par. 247: "A seconda della natura chiusa o aperta delle filiere, l'impatto di tali assegnazioni sulle attività dei soggetti interessati varia anche considerevolmente, ma è in ogni caso necessario sottolineare come la definizione di criteri trasparenti ed efficienti sia un'esigenza condivisa dal sistema consortile nel suo complesso. Al proposito, va dato atto in primo luogo delle persistenti critiche appuntate in materia da associazioni rappresentative degli interessi dell'industria del recupero/riciclo. Nel corso dell'indagine conoscitiva, inoltre, sono pervenute segnalazioni relative a presunte distorsioni della concorrenza derivanti dalle concrete modalità adottate da alcuni consorzi, che vengono qui di seguito presi più specificamente in considerazione, anche alla luce della possibile rilevanza delle condotte di tali soggetti sotto il profilo della violazione della normativa antitrust vigente".

¹¹⁹ AGCM, *Gestione dei rifiuti cartacei-Comieco*, I-730, avvio istruttoria, provv. n. 20392, 24.03.2010, AGCM, *Gestione dei rifiuti cartacei-Comieco*, I-730, pubblicazione impegni, provv. n. 21745, 03.11.2010, AGCM, *Gestione dei rifiuti cartacei-Comieco*, I-730, chiusura istruttoria, provv. n. 22212 del 16.03.2011.

¹²⁰ AGCM, I-730, provv. n. 22212, cit., sezione IV-b), par. 22 ss.

¹²¹ AGCM, *Attività di tutela e promozione della concorrenza*, 2011, p. 83 ss, disponibile su http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/3218-cap2.html.

¹²² ROLANDO F., *La raccolta e il trattamento dei rifiuti nell'ambito della disciplina dei servizi di interesse economico generale*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1, 2012, p. 222 ss.

¹²³ AGCM, I-730, provv. n. 22212, cit., par. 65.

del totale dei rifiuti raccolti in Italia, mentre i rimanenti 2/3 sarebbero già regolati secondo dinamiche di mercato)¹²⁴, sia in considerazione degli obblighi di servizio pubblico e delle specifiche funzioni di tutela ambientale svolte dal consorzio il quale sarebbe tenuto a intervenire per gestire eventuali fallimenti di mercato nel caso le aste dovessero andare deserte¹²⁵.

Particolarmente positivo, invece, è stato il giudizio espresso dall'AGCM nei confronti del sistema di "aste" sviluppato dal consorzio COREPLA che anziché basarsi sulle tariffe per la cessione dei materiali raccolti previste dall'Accordo ANCI-CONAI, individua il prezzo da praticare ai cessionari (riciclatori/recuperatori) direttamente sul mercato. Tale sistema, infatti, permetterebbe i. di monitorare gli andamenti del mercato, formulando i prezzi dei materiali raccolti in modo da garantirne la massima valorizzazione, ii. di evitare le opacità riscontrate in alcune metodologie di selezione dei cessionari cui assegnare i materiali e iii. di richiamare anche investitori stranieri, attirati dalle evidenti possibilità di guadagno, fattore questo dal quale deriverebbero importanti ampliamenti di mercato¹²⁶.

In conclusione, pare che l'impianto contrattuale del sistema CONAI non possa essere considerato completamente esente da critiche per quanto sia certamente da riconoscere il fondamentale ruolo sino ad oggi giocato in termini di raggiungimento degli obiettivi ambientali stabiliti dalle direttive europee. In generale, inoltre, rilevata la persistente e sempre crescente importanza del settore dei rifiuti, occorre che le autorità nazionali garantiscano un serio e continuo monitoraggio del settore finalizzato proprio ad evitare illecite ed ingiustificate restrizioni alla concorrenza che i sistemi collettivi di gestione potrebbero causare¹²⁷. Come già più volte ricordato nel corso del presente lavoro, si ritiene necessario procedere ad una progressiva revisione e rivalutazione dei principi ambientali e concorrenziali alla luce dell'evoluzione del settore in modo da garantire il loro continuo bilanciamento senza che gli uni abbiano ingiustificata prevalenza sugli altri ed anzi, garantendo la loro continua e crescente integrazione.

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.*, par. 67: "In tale contesto, le osservazioni di SACCA e Unionmaceri in merito all'esiguità dei quantitativi assegnati tramite aste ovvero all'opportunità di non sottrarre al mercato alcun quantitativo di rifiuti cartacei appaiono non tener conto degli obblighi di servizio pubblico che CONAI è tenuto comunque a garantire e del bilanciamento di questi con i principi a tutela della concorrenza. In quest'ottica gli impegni confinano il mantenimento dell'attuale meccanismo di assegnazione pro quota a ciò che appare necessario a garantire, in questa fase, la certezza dello svolgimento delle funzioni di tutela ambientale svolte dal Consorzio. A tali considerazioni si aggiunga che il mantenimento di una percentuale assegnata pro quota si presta ad evitare il rischio di fallimenti di mercato che potrebbero essere rappresentati dall'assenza di partecipanti alle aste laddove il bene oggetto d'asta dovesse assumere valore nullo (in ragione della quotazione di mercato del macero) e, pertanto, dovesse rappresentare un costo la sua raccolta e il successivo recupero".

¹²⁶ AGCM. IC(26), cit., par 177.

¹²⁷ ARNAUDO L., *The competition environment*, cit., p. 533; "Also on the basis of the summary survey we provided of the packaging waste management adopted in Italy and its aftermaths on competition, we may conclude that these concerns are legitimate: a serious, continuous monitoring of the sector by public authorities should therefore be kept in order to exclude any illicit and unjustified restriction of market opportunities deriving from the establishment of collective waste-management systems".

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.
Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"
di CORBETTA SERENA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

PARTE III

Il mercato della raccolta

CAPITOLO I

Inquadramento sistematico delle questioni

SOMMARIO: 1. – Premessa. 2. – Il settore dei servizi pubblici quale banco di prova dell’impianto concorrenziale di un ordinamento. 3. – Ma cos’è esattamente un servizio pubblico? 3.1. – Conseguenze della qualificazione di un servizio come pubblico: l’art. 106 TFUE. 4. – Il regime di privativa. 4.1. – (segue) Ricostruzione storica dell’istituto. 4.2. – (segue) La classificazione dei rifiuti: la base della privativa. 4.3. – La pratica dell’assimilazione. 4.4. – Transitorietà della privativa. 5. – Conclusioni.

1. Premessa.

Prima di procedere con l’esame del mercato della raccolta e di quelli a valle della raccolta, occorre concentrarsi su alcune questioni di fondo, la cui importanza viene molto spesso sottovalutata, ma dalle quali dipende la corretta impostazione delle argomentazioni concernenti le problematiche economiche e concorrenziali.

La prima precisazione riguarda l’impostazione “sistemica” data dal nostro legislatore al settore dei rifiuti. Infatti, la “*gestione dei rifiuti*”, che comprende le attività di raccolta, trasporto, recupero, smaltimento dei rifiuti¹, è stata qualificata dal legislatore italiano quale “*attività di pubblico interesse*”², ossia come “*servizio pubblico*”. Inoltre, se considerata nell’ambito dei “*servizi di interesse generale*” previsti a livello europeo, la gestione dei rifiuti, per via del carattere economico di alcune delle sue fasi che oggi addirittura presentano un alto indice di redditività, si configura come “*servizio di interesse economico generale*”³. Proprio per via del carattere economico, dunque, essa deve necessariamente essere assoggettata al diritto della concorrenza, ma per la sua qualificazione come servizio pubblico, può godere di un particolare regime di favore che prevede la derogabilità delle regole di concorrenza nel caso in cui da queste derivi un impedimento od un ostacolo allo svolgimento del servizio o al perseguimento della missione affidata⁴.

Da questa impostazione adottata dal legislatore discendono macroscopiche conseguenze da un punto di vista concorrenziale, conseguenze che influenzano sia il mercato della raccolta dei rifiuti che i mercati a valle della raccolta e che possono essere compiutamente comprese solo mediante

¹ d.lgs. 152/2006, art. 183, comma 1, lett. n) che recepisce la definizione fornita originariamente dalla Direttiva 91/156/CEE, art. 1.

² d.lgs. 152/2006, art. 177, comma 2: “*la gestione dei rifiuti costituisce attività di pubblico interesse*”.

³ ROLANDO F., *La raccolta e il trattamento dei rifiuti nell’ambito della disciplina dei servizi di interesse economico generale*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1, 2012, p. 211.

⁴ Ciascuno dei richiamati concetti verrà dettagliatamente analizzato nei paragrafi che seguono.

una, seppure sintetica, ricostruzione del complesso tema concernente i rapporti fra servizi pubblici e concorrenza.

2. I servizi pubblici quale banco di prova dell'impianto concorrenziale di un ordinamento.

La disciplina dei servizi pubblici locali costituisce un vero e proprio *crocevia giuridico e politico-istituzionale*⁵, oltre che l'anello di congiunzione fra due settori, quello dell'intervento pubblico nell'economia e quello del libero mercato e dell'attività economica privata, in costante frizione fra loro⁶ non solo da un punto di vista giuridico normativo, ma anche e soprattutto rispetto ai contorni non giuridici della materia⁷.

In tale settore, infatti, si sono sviluppati tutti i passaggi che hanno caratterizzato l'evoluzione storica della funzione dello Stato moderno che dall'essere strumento liberale e garante delle libertà fondamentali e del libero scambio, è divenuto dapprima esso stesso produttore di beni o servizi, in seguito erogatore di beni e servizi mediante lo strumento della concessione a soggetti terzi e successivamente regolatore esterno del mercato liberalizzato⁸.

Parallelamente sono mutati anche la concezione e il ruolo dei servizi pubblici i quali, originariamente pensati fuori dal mercato e ad esclusivo appannaggio dello Stato, a seguito del recepimento dei principi comunitari di libera circolazione⁹, concorrenza¹⁰ e di sussidiarietà¹¹, perdono pro-

⁵ GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, 3. ed., Roma, Nel diritto, 2010, p. 193: “*i servizi pubblici locali si confermano un fondamentale crocevia giuridico e politico-istituzionale*”.

⁶ BONELLI E., *Amministrazione, governance e servizi pubblici locali fra Italia e Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2008, Prefazione, p. 17: “*Si tratta di un settore nell'ambito del quale particolarmente significativa si presenta l'analisi dei rapporti fra intervento statale ed attività economica privata, proprio nel nuovo contesto delle politiche di governance e nel processo di riconoscimento di maggiore autonomia (anche finanziaria) ai livelli periferici di governo.*”

⁷ PERFETTI L.R., *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2006, p. 391: “[...] *i servizi pubblici locali si pongono lungo un confine sul quale si misurano principi e idee non giuridiche [quali le] concezioni del mercato e della concorrenza, dell'intervento pubblico nel settore economico, della garanzia dei diritti, ideologie politiche, [...] quando non interessi consolidati*”.

⁸ BONELLI, *Amministrazione*, cit., p. 145: “*Il servizio pubblico locale davvero costituisce un incrocio fondamentale nell'analisi delle correlazioni fra intervento pubblico nell'economia e libero mercato; ciò perché in nessun altro settore come in questo si manifestano quasi plasticamente tutti i passaggi della lunga storia che ha visto lo Stato prima come strumento liberale che garantiva le libertà dei cittadini ed i confini del libero scambio, poi come soggetto protagonista dell'economia e addirittura autonomo produttore di beni e servizi, poi come erogatore di servizi resi, però da soggetti privati attraverso lo strumento della concessione, infine come regolatore esterno di un mercato oggi (sia pure parzialmente) liberalizzato, nel contesto di una amministrazione che si è indubbiamente ridimensionata nei compiti e nella struttura. [...] Sotto altro profilo, l'evoluzione del servizio pubblico locale consente di osservare da un punto di vista privilegiato la modificazione del modo di essere della funzione amministrativa, con il progressivo abbandono dei poteri autoritativi che la connotavano in passato e con il passaggio ad una modalità più consensuale e negoziale di presa delle decisioni*”.

⁹ TFUE, art. 26 (ex articolo 14 del TCE), comma secondo: “*Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati*”. Le singole accezioni del principio di libera circolazione vengono successivamente specificate come segue: 1. Libera circolazione delle merci (TFUE, Titolo II); 2. Libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali (TFUE, Titolo IV).

¹⁰ TFUE, TITOLO VII, Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni, Capo I: Regole di concorrenza, artt. 101 ss.

gressivamente tale carattere di esclusività e si aprono (seppur forzatamente e con fatica) al mercato¹².

Il perno sul quale si sviluppa tale trasformazione è costituito dalle *modalità di gestione, erogazione e affidamento dei servizi pubblici* proprio perché a seconda di quale fra le possibili soluzioni prospettate da dottrina e giurisprudenza¹³ si intende adottare, si incide in maniera diversa sullo sviluppo del mercato e sul suo grado di apertura o concentrazione, sulla presenza imprenditoriale privata in un dato settore, sul rapporto fra imprenditore privato e Stato-imprenditore, sulla competitività, anche a livello internazionale, dei mercati di riferimento¹⁴.

3. Ma cos'è esattamente un servizio pubblico?

Pur non soffermandosi in dettaglio sull'annoso problema della definizione¹⁵ dei servizi pubblici che ha impegnato lungamente la dottrina¹⁶ e la giurisprudenza¹⁷, in questa sede occorre comun-

¹¹ TUE, Titolo I, Disposizioni comuni, art. 5, comma 3: "In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione".

¹² FRANCHINI C., *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1, 2007, pp. 1-15.

¹³ *Amplius infra* Parte III, Capitolo II.

¹⁴ GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale*, 2010, cit., p. 193: "[il tema delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali] è senza alcun dubbio di cruciale importanza se si considera l'impatto che l'adesione alle differenti soluzioni prospettate può determinare nel condizionare l'evoluzione del mercato e la sua effettiva 'apertura', il ruolo e il rafforzamento della presenza imprenditoriale privata, il rapporto che tra quest'ultima e la partecipazione attiva e societaria della mano pubblica in settori economici di particolare rilievo, oltre che nel valorizzare, o viceversa compromettere, la forza competitiva del tessuto imprenditoriale nazionale e la capacità dello stesso di concorrere adeguatamente al di là dei confini interni".

¹⁵ Metodologicamente, infatti, lo studio scientifico di una materia, qualunque essa sia, comincia sempre con il cosiddetto *inquadramento sistematico* delle problematiche che si andranno ad affrontare. Tipicamente, poi, in ambito giuridico, detto inquadramento sistematico ha sempre avvio con l'individuazione dei concetti base che saranno a fondamento della successiva trattazione. In particolare, di ciascuno dei concetti base viene fornita una definizione il cui scopo è quello da un lato di delimitare il terreno d'indagine entro il quale muoversi nelle successive argomentazioni e dall'altro, non diversamente da quanto avviene nella comunicazione quotidiana, di individuare ed adottare convenzionalmente il valore semantico tipico da attribuire ai termini utilizzati. Tali due finalità potrebbero sembrare scontate, addirittura banali, ma nei fatti costituiscono due strumenti indispensabili allo studioso per condurre la propria analisi: nessuna trattazione, infatti può essere onnicomprensiva, ma abbisogna di limiti chiari entro cui procedere ed entro i quali individuare per tappe successive l'obiettivo finale da raggiungere, la propria tesi, insomma; allo stesso tempo la ricchezza del linguaggio grazie alla quale i medesimi termini possono assumere sfumature di significato differenti a seconda del contesto nel quale vengono utilizzati, potrebbe ingenerare confusione ed è per questo che la definizione stabilisce a priori il significato specifico di un termine, qualora esso si differenzi dal corrispondente significato tipico o comune. Nella materia dei servizi pubblici, a causa delle molteplici stratificazioni legislative e della mancanza di coordinamento fra le medesime, un tale grado di precisione non è stato ancora raggiunto.

¹⁶ Fra i primi teorizzatori della nozione soggettivistica, DE VALLES A., ORLANDO V.E., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1935. Per la teoria oggettivistica, invece, non si può non menzionare NIGRO M., *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, pp. 119-195.

¹⁷ Per una ricognizione delle principali pronunce, VOLPE C., *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione: certezze e incertezze del sistema*, in *Urb. app.*, n. 5, 2005, pp. 563-577.

que richiamare almeno i punti salienti del dibattito sviluppatosi attorno alla questione definitoria del concetto di servizio pubblico al fine di delimitare l'ambito della presente trattazione e procedere con le ulteriori considerazioni relative allo specifico caso del servizio di gestione dei rifiuti¹⁸.

Il primo dato a disposizione è proprio la mancanza di una univoca definizione unanimemente condivisa e generalmente applicabile di servizio pubblico e la parziale sovrapposizione, ma non perfetta coincidenza, delle disposizioni nazionali con quelle europee.

A livello nazionale, per l'individuazione della nozione di servizio pubblico, la dottrina ha elaborato due teorie che, senza pretesa di esaustività, possono essere così sintetizzate: secondo una teoria soggettivistica o nominalistica¹⁹ costituisce un servizio pubblico qualsiasi attività dei pubblici poteri che non abbia forma autoritativa, e che sia gestita o direttamente dall'amministrazione, oppure dal privato a seguito di apposito provvedimento di concessione con cui l'amministrazione trasla sul privato il diritto, mantenendo comunque la titolarità del servizio²⁰; secondo la teoria oggettivistica²¹, invece, tale sarebbe un'attività produttiva avente una particolare disciplina giuridica, sottoposta ad un particolare regime giuridico, indipendentemente dal soggetto che la esercita.

Ad oggi, nessuna delle due teorie viene ritenuta sufficiente ed esaustiva: entrambe, infatti, concorrerebbero a completare la definizione del quadro di riferimento in cui per servizio pubblico deve intendersi un servizio che non si caratterizza per la tipologia della proprietà (pubblica o privata) del soggetto erogatore (ed infatti sono numerosi i casi in cui un servizio pubblico viene ero-

¹⁸ Per una trattazione onnicomprensiva del tema, si rinvia a GALLO D., *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2010.

¹⁹ DI LIETO G.M., *I confini della giurisdizione esclusiva amministrativa*, in Giustizia-amministrativa, disponibile su http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/dilieto4.htm. Sul servizio pubblico esistono due teorie: quella soggettiva e quella oggettiva. La prima ritiene servizio pubblico ciò che è erogato da soggetti pubblici, assegnando rilievo determinante al fatto che il servizio sia di competenza di un soggetto pubblico. La seconda si fonda sul disposto degli artt. 41 e 43 Cost., ponendo in rilievo l'attività e la sua attitudine a soddisfare un interesse di carattere generale. Tale interpretazione è confermata dall'art. 22 della L. n. 142/90, la cui definizione di servizio pubblico ("produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali") è una specificazione della nozione dell'attività avente carattere di preminente interesse generale di cui all'art. 43 Cost.

²⁰ La letteratura sulla nozione soggettivista e oggettivistica è vastissima. Per una ricostruzione sintetica della questione definitoria, si rinvia a: VOLPE C., *Servizi pubblici*, cit. Allo stesso A. si rimanda anche per la ricostruzione della normativa che ha interessato il settore dei servizi pubblici: VOLPE C., *I servizi pubblici (art. 7, 1° co., lett. a) della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in CERULLI IRELLI V., *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 91-130.

²¹ POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, CEDAM, 1964, *passim*, ma in particolare, p. 46 dove, richiamato il testo dell'articolo 43 della Costituzione, l'a. commenta: "L'interpretazione della norma, sotto il profilo che qui si considera, non dà motivo ad incertezze di sorta. Il riferirsi di un'impresa a "servizi pubblici essenziali" costituisce invero una delle tre sole ipotesi nelle quali la legge può disporre la riserva o il trasferimento delle imprese. La nozione relativa, dunque, acquista efficacia discriminatoria tra i casi nei quali detti provvedimenti sono costituzionalmente legittimi e quelli nei quali non lo sono." Più avanti nel testo, p. 136 ss, si legge: "è singolare, ma al tempo stesso significativo constatare come il criterio più clamorosamente smentito dall'attuale realtà costituzionale sia quello [nominalistico]" e ancora: "l'articolo 43 della Costituzione svincola ormai la nozione di pubblico servizio dal criterio soggettivo".

gato da soggetti privati²²), quanto per la *natura* del servizio in questione che è finalizzato alla soddisfazione dell'interesse facente capo alla collettività (c.d. *socialità dei fini* del pubblico servizio)²³.

Dunque pubblico è l'interesse che si soddisfa, non lo specifico strumento giuridico adottato per farlo²⁴.

In altri termini, servizi di interesse generale possono essere definiti come le attività soggette ad obblighi specifici di servizio pubblico, proprio perché considerate di interesse generale dalle autorità pubbliche²⁵.

Proprio l'erogazione del servizio alla collettività, al pubblico, alla generalità degli utenti, *uti singuli* o come membri della collettività²⁶, è stato utilizzato dall'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato quale elemento scriminante nella determinazione del carattere pubblico del servizio²⁷.

Si tratta dunque di una particolare situazione che assomma in sé elementi tipici sia della c.d. funzione amministrativa, sia dell'attività economica²⁸, pur non potendo essere catalogata né

²² È il caso ad esempio dei trasporti, della distribuzione dell'energia elettrica e del gas, ma anche dei servizi di igiene pubblica (servizio idrico integrato, spazzamento delle strade e raccolta dei rifiuti).

²³ PALLIGGIANO G., *L'evoluzione legislativa della gestione dei servizi pubblici locali dalla legge Giolitti al Testo Unico degli enti locali*, approfondimento della relazione presentata al convegno "La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica", Vallo della Lucania, 26.06.2009, disponibile su http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/200_5_Palliggiano_La_disciplina_dei_servizi_publici_locali.htm: "Il servizio pubblico è più esattamente individuabile nella relazione tra soggetto pubblico, o anche privato, che organizza un'offerta pubblica di prestazioni rendendola doverosa, ed utenti, al fine di soddisfare in modo continuativo i bisogni della collettività di riferimento, in capo alla quale sorge un'aspettativa giuridicamente rilevante. Il servizio è quindi "pubblico" perché fondamentalmente rivolto al pubblico degli utenti, per la soddisfazione dei bisogni della collettività e per il fatto che, a monte, un soggetto pubblico lo assume come doveroso, anche se poi materialmente sia gestito da un privato".

²⁴ ANTONIOLI B., *Introduzione alle public utilities*, in GILARDONI A., a cura di, *Introduzione all'economia e gestione delle public utilities*, Milano, AGICI Publishing Division, 2012, pp. 7-24.

²⁵ Corte dei Conti Regione Valle d'Aosta, parere n. 4, 2014.

²⁶ Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 8090, del 16 dicembre 2004: "1. Ai sensi dell'art. 112 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, sono indifferentemente servizi pubblici locali quelli di cui i cittadini usufruiscono "uti singuli" e come componenti la collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali. 2. Sulla qualifica di servizio pubblico locale non incide la previsione del pagamento di un corrispettivo. Ne consegue che possono essere servizi pubblici locali anche quelli erogati senza un corrispettivo, sempre che le prestazioni siano strumentali all'assolvimento delle finalità sociali dell'ente". Per un commento alla decisione, VOLPE C., *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione: certezze e incertezze del sistema*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5, 2005.

²⁷ Sono svariati i casi in cui l'AGCM ha effettivamente negato la propria competenza in quanto i casi sottoposti alla sua attenzione avevano ad oggetto servizi non rivolti alla generalità degli utenti, ma prodotti in favore dell'ente locale o "strumentali". Per un elenco completo delle pronunce, CINTIOLI F., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 256 ss. Conforta l'orientamento dell'Autorità la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 71/2000 che evidenzia come "tutte le attività strumentali alla gestione del servizio pubblico, ossia quelle che si collocano "a monte" di tale servizio, non rientrano nella [nozione di servizio pubblico], poiché non vi è, in tale ipotesi, un'erogazione diretta e immediata di utilità alla collettività".

²⁸ GAROFOLI R. FERRARI G., *Manuale*, 2012, cit. p. 203

nell'alveo del diritto pubblico e neppure in quello del diritto privato, bensì assestandosi in una zona grigia fra queste due branche del diritto²⁹.

Ciò premesso, guardando al soggetto erogatore del servizio, una prima approssimativa definizione di servizio pubblico (o "public utility") può essere la seguente: costituisce servizio pubblico qualsiasi "società, ente o qualsiasi altro tipo di istituzione o organizzazione impegnata nel soddisfare la domanda di servizi ritenuti di interesse rilevante per la comunità"³⁰; mentre guardando al servizio erogato, si può ragionevolmente affermare che siano servizio pubblico le "prestazioni erogate da soggetti pubblici o privati, al fine di soddisfare bisogni e interessi della collettività"³¹; sotto altra prospettiva, invece, il servizio pubblico è la complessa relazione che si instaura fra il soggetto pubblico, che organizza un'offerta pubblica di prestazioni, rendendola doverosa, e gli utenti³².

Come si nota, la definizione di servizio pubblico da un lato risulta meramente descrittiva e non aiuta a determinare con precisione i suoi confini di applicazione,³³ dall'altro viene fatta dipendere dall'ulteriore evanescente concetto di "socialità" dell'interesse da soddisfare³⁴. La determinazione della rilevanza sociale di un servizio, essendo una scelta di natura politica, non può che essere demandata al legislatore e quindi sottoposta al principio di legalità³⁵. In altri termini, e forse tautologicamente, costituiscono servizi pubblici le prestazioni riconosciute come tali dal legislatore. Considerando la problematica in relazione al diritto comunitario, in esso non si ritrova una nozione di "servizio pubblico" così come appena tratteggiata, ma si rinvengono gli ulteriori limitrofi concetti di "servizio di interesse generale", di "servizio di interesse economico generale" e di "servizio universale"³⁶. Neppure i contenuti di alcuna di queste nozioni sono, però, fissati in una definizione univoca³⁷.

²⁹ CINTIOLI F., *Concorrenza*, cit., p. 150.

³⁰ ANTONIOLI B., *introduzione*, cit., p. 7 ss che a propria volta cita DELL'ACQUA A., *Public utilities e dinamiche evolutive*, in *Public Utilities – Creazione del Valore e nuove strategie*, Collana Management SDA.

³¹ CUOCOLO L., *I servizi di interesse generale*, in FERRARI G.F., a cura di, *Diritto pubblico dell'economia*, p. 461 ss.

³² CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, 16 ed., completamente riveduta, aggiornata e corredata di schemi grafici sul processo, a cura di Fabrizio Fracchia, Milano, Giuffrè, 2014, p. 639, cui si rinvia anche per una completa disamina delle problematiche appena accennate nel testo.

³³ CUOCOLO L., *I servizi di interesse generale*, cit., p. 462, l'A. parla di insufficienza della definizione a delineare i confini e i caratteri inclusivi ed esclusivi del servizio pubblico.

³⁴ Una definizione parziale di cosa si intenda per "servizio pubblico essenziale" è fornita dalla legge del 12 giugno 1990, n. 146, recante norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge, in GU del 14 giugno 1990, n.137, il cui art. 1, ai fini dell'individuazione dei limiti all'esercizio del diritto di sciopero, richiama un elenco di "servizi volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione".

³⁵ Art. 97 Cost.

³⁶ MONTI G., *Servizi pubblici e concorrenza*, in FERRARI E., a cura di, *Attività economiche e attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 205 ss.

³⁷ LENAERTS K., *Defining the concept of 'Services of General Interest' in light of the 'check and balances' set out in the EU Treaties*, in *Jurisprudence*, 19(4), 2012, p. 1248: "Stakeholders have often complained that the debate on services of general interest (SGI) suffers from a lack of clarity on terminology. This is due to the fact that the expres-

Per quanto riguarda i *servizi universali*, esistono numerose normative³⁸ che ne offrono definizioni perlopiù settoriali e non esaustive, tuttavia, da esse è possibile individuare alcuni elementi comuni quali: 1. la messa a disposizione del servizio a tutti gli utenti, senza discriminazioni; 2. la garanzia di un livello qualitativo minimo del medesimo; 3. la diffusione del servizio su tutto il territorio nazionale, a prescindere dall'ubicazione dell'utente; 4. la ragionevolezza ed accessibilità dei prezzi a corrispettivo del servizio.

Le medesime caratteristiche di universalità del servizio si ritrovano anche nel Libro Verde sui servizi di *interesse generale*³⁹ che per questi ultimi oltre ad esse menziona quali elementi tipici anche 5. la continuità del servizio; 6. la garanzia di sicurezza fisica del medesimo; 7. la garanzia di sicurezza degli approvvigionamenti; 8. la possibilità di accesso alla rete e 9. l'interconnettività. La categoria dei servizi di interesse generale, poi, ricomprende a propria volta due sottoinsiemi: i *servizi non economici* e i *servizi di interesse economico generale* ("SIEG")⁴⁰.

Mentre i primi non sono oggetto di specifica disciplina europea, ma rientrano nelle prerogative dei singoli Stati, il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea agli articoli 14⁴¹ e 106, comma 2⁴² richiama i SIEG, sottoponendoli, proprio in ragione della loro natura economica, alle norme in tema di mercato interno e concorrenza.⁴³

sions 'SGI' and 'services of general interest' (SGEI) are not defined in the Treaties. In addition, the expressions SGI, SGEI and 'social services of general interest' (SSGI) are often used interchangeably and inaccurately".

³⁸ In particolare, si rinviene il ricorso a tale concetto nelle normative sulle risorse idriche, sul trasporto locale, sulle telecomunicazioni, sui servizi postali. Sull'elencazione degli elementi comuni, COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde sui servizi di interesse generale*, 21 maggio 2003, COM/2003/270, para. 49: "la vigente normativa comunitaria sui servizi di interesse economico generale include una serie di elementi comuni da cui si potrebbe dedurre un utile concetto comunitario di servizi di interesse economico generale. Questi riguardano in particolare: il servizio universale, la continuità, la qualità del servizio, l'accessibilità delle tariffe, la tutela degli utenti e dei consumatori. Questi elementi comuni individuano valori e obiettivi comunitari. Sono stati trasformati in obblighi nelle rispettive normative e perseguono obiettivi di efficienza economica, di coesione sociale o territoriale e di sicurezza per tutti i cittadini. Possono essere integrati anche da obblighi più specifici in base alle caratteristiche del settore interessato. Elaborati in particolare per talune industrie di rete, tali obblighi potrebbero anche applicarsi ai servizi sociali".

³⁹ *Id.*, paragrafo 50: "Il concetto di servizio universale fa riferimento ad una serie di requisiti di interesse generale che assicurano che taluni servizi siano messi a disposizione di tutti gli utenti e consumatori finali al livello qualitativo stabilito, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi e, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, ad un prezzo accessibile".

⁴⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo, al Comitato delle Regioni che accompagna la comunicazione "Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo" - I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, Bruxelles, 20.11.2007, COM(2007) 725 definitivo.

⁴¹ Articolo 14 TFUE (ex articolo 16 del TCE): "Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi".

⁴² Articolo 106, comma 2 TFUE: "Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concor-

In assenza di una compiuta definizione, la prassi comunitaria concorda nel ritenere che l'espressione SIEG si riferisca a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico⁴⁴. In particolare, ci si riferisce ai servizi a rete, ma il termine si estende anche a qualsiasi altra attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico⁴⁵.

Anche a livello italiano, i servizi pubblici si dividono ulteriormente in due sottocategorie: quelli a rilevanza industriale o economica⁴⁶ e quelli che ne sono privi.

In generale, si può affermare che la classificazione dei servizi pubblici fondata sulla loro economicità deriva dal diverso impatto che una data attività può avere sulla concorrenza e dalla sua redditività: in altre parole, privo di rilevanza economica è il servizio il cui svolgimento è irrilevante ai fini della concorrenza⁴⁷, ossia il servizio per il quale non è immaginabile alcuna contendibilità nel mercato⁴⁸.

renza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione?

⁴³ COM(2007)725 cit., p. 4.

⁴⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde*, COM/2003/270, cit., para. 17. Sul significato dell'espressione "obblighi di servizio pubblico", TRIMARCHI BANFI F., *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Seconda Edizione, Giappichelli Editore, 2009, p. 113 ss. L'A. precisa che nel diritto amministrativo interno il servizio pubblico e gli obblighi ad esso facenti capo ineriscono i modelli organizzativi della gestione delle attività economiche di pertinenza dei poteri pubblici; mentre per il diritto comunitario, la nozione di obblighi di servizio pubblico assume significati diversi: 1. quali standards di servizi imposti alle imprese al fine di garantire un'armonizzazione comunitaria e favorire la costituzione del mercato interno; 2. quali obblighi derivanti dall'incarico affidato alle imprese al fine di raggiungere risultati altrimenti non conseguibili; 3. quale livello minimo delle prestazioni che coincidono con gli obblighi di servizio universale.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ L'accezione "a rilevanza industriale" è per la prima volta utilizzata dall'art. 35 della legge 448/2001 che ha introdotto l'art. 113-bis del TUEL e viene poi modificata in "a rilevanza economica" dal Dl 269/2003, convertito con modifiche dalla legge 326/2003. GAROFOLI R. FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, 5. ed., Nel Diritto, 2012, p. 203; DUGATO M., *I servizi pubblici locali*, in CASSESE S., a cura di, *Trattato di diritto amministrativo - Parte speciale*, vol. III, Milano, 2003, p. 2583. Sul punto, anche comunicazione AGCM del 16.10.2008 in cui si precisa che "si definiscono servizi pubblici di rilevanza economica tutti quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali con esclusione dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale".

⁴⁷ TAR Sardegna, sez. I, n. 1729/2005: "la distinzione fra servizi pubblici di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza è legata all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività; di modo che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione può invece considerarsi privo di rilevanza economica quello che, per sua natura o per il vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza". La massima citata è tratta da DE MARZO G., DE SANTIS F., *Codice dei servizi pubblici locali*, Giuffrè Editore, 2007, p. 335.

⁴⁸ *Id.* Si veda inoltre VOLPE C., *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, paragrafo 3. Relazione tenuta al corso di formazione e di aggiornamento sui "Servizi pubblici locali e società partecipate", organizzato dall'Ufficio studi, massimario e formazione della giustizia amministrativa e svoltosi presso il T.A.R. del Lazio, sede di Roma, il 25 novembre 2013, *Giustizia amministrativa – Rivista di Diritto Pubblico*, 26.11. 2013.

La definizione di servizio pubblico privo di rilevanza economica, quindi, si ricava *a contrario* rispetto alla nozione di attività economica che, ai fini della disciplina della concorrenza, coincide con “*qualsiasi attività che consista nell’offrire beni o servizi in un determinato mercato da parte di un’impresa*”⁴⁹ a prescindere dallo status giuridico di detta identità e dalle sue modalità di finanziamento”⁵⁰.

L’applicazione in concreto di tale classificazione evidentemente non è affatto agevole, soprattutto se si considera che la distinzione fra servizi economici e non economici si caratterizza per l’essere ciclica ed evolutiva, così da impedire una qualsiasi elencazione⁵¹. A ciò si aggiunga che le valutazioni circa l’economicità o meno di un servizio se svolte in chiave potenziale o astratta risultano idonee a ricomprendere qualsiasi attività inerente un mercato attuale o potenziale e a cancellare del tutto la categoria dei servizi privi di rilevanza economica⁵².

L’incertezza definitoria viene generalmente superata adottando un approccio empirico e valutando caso per caso se lo specifico servizio in questione è stato organizzato in chiave economica o meno⁵³.

⁴⁹ Si precisa che ai fini concorrenziali, la nozione di impresa travalica ampiamente i confini della corrispondente nozione civilistica (contenuta a livello nazionale nell’art. 2082 del Codice Civile) in quanto comprende qualsiasi entità esercente un’attività economica, a prescindere dal suo status giuridico, dalla sua organizzazione e dal suo finanziamento. Quindi l’elemento fondamentale è l’offerta di beni o servizi in un dato mercato, a nulla rilevando che il soggetto in questione sia impegnato anche in attività non economiche. Si vedano sentenze CGCE, Grande Sezione, sentenza 11 luglio 2006, causa C-205/03, *FENIN*, in *Racc.*, p. I-6319 e CGCE, Grande Sezione, sentenza 1° luglio 2008, causa C-49/07, *MOTOE*, in *Racc.* p. I-4863. Anche per quanto attiene all’elemento dello scopo di lucro o il perseguimento di obiettivi puramente economici, questi sono irrilevanti ai fini della qualificazione di un’impresa. Sul punto, diffusamente FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, Nuova Edizione 2010, p. 61 ss.; TESAURO G., *Diritto dell’Unione Europea*, 7 ed., Padova, CEDAM, 2012, p. 630 ss.

⁵⁰ Si vedano CGCE, sentenza 23 aprile 1991, causa c-41/90, *Höfner e Elser*, in *Racc.*, p. I-1979; CGCE, sentenza 12 settembre 2000, cause riunite c-180/1998 e c-184/1998, *Pavlov et al.*, in *Racc.* 2000, p. I-6451.

⁵¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde*, COM/2003/270,cit., para. 45: “... non sarebbe né fattibile né auspicabile fissare a priori un elenco definitivo di tutti i servizi di interesse generale che sono da considerarsi di natura non economica”.

⁵² CUOCOLO L., *I servizi pubblici locali nell’ordinamento giuridico italiano ed europeo*, in *DPCE*, 2007, fasc. 1, p. 353 ss. Sul punto l’Autore, richiamando la ricostruzione che TAR, Consiglio di Stato e Corte Costituzionale hanno fatto del carattere “economico” delle attività rispettivamente come concetto da leggere in chiave potenziale (TAR Puglia, Bari, sez. I, sent. N. 1318/2006), dipendente dal semplice scopo di lucro (CdS, sez. V, sent. 272/2005), evolutivo e dinamico (Corte Cost. sent. 272/2004), evidenzia ancora una volta la volatilità di tutte le richiamate definizioni e rileva come di fatto “non risulti poi chiaro quali siano i servizi che non possano, neppure in potenza, essere organizzati in forma economica”.

⁵³ È questo l’approccio adottato sia dalla giurisprudenza europea che guarda di volta in volta allo specifico assetto organizzativo dei servizi, sia da quella nazionale amministrativa che si riferisce alle concrete scelte effettuate dall’ente locale. Sul c.d. criterio relativistico, si vedano *ex multis* CGCE, sentenza 22 maggio 2003, causa C-18/01, *Korhonen et al.*, in *Racc.*, I-5345, par. 59: “Al fine di determinare se tale bisogno sia privo di carattere industriale o commerciale, spetta al giudice nazionale valutare le circostanze nelle quali tale società è stata costituita e le condizioni in cui essa esercita la propria attività, tra cui, in particolare, l’assenza di uno scopo principalmente lucrativo, la mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività nonché l’eventuale finanziamento pubblico dell’attività in esame” e Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 5409/2012: “Per qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno occorre prendere in considerazione non solo la tipologia o caratteristica merceologica del servizio, ma anche la soluzione organizzativa che l’ente locale, quando può scegliere, sente più appropriata per rispondere alle esigenze dei cittadini. Sono certamente privi di rilevanza economica i servizi resi agli utenti in chia-

Al di là delle difficoltà applicative della classificazione appena tracciata, occorre precisare che la distinzione fra servizi economici e non è rilevante almeno sotto tre profili: in primo luogo, ai fini della competenza legislativa, in quanto lo Stato non ha competenza legislativa in tema di servizi pubblici locali privi di rilevanza economica⁵⁴; in secondo luogo, ai fini della scelta delle modalità di affidamento e gestione del servizio in quanto per i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica sono ammesse particolari forme di gestione non previste per quelli a rilevanza economica (ad esempio l'azienda speciale e l'istituzione); in terzo luogo, ai fini della relazione tra mercato e principi di socialità (o del contestuale perseguimento di finalità oltre che economiche, anche sociali).

Le similitudini fra la nozione nazionale di “servizio pubblico locale a rilevanza economica” e quella europea di “servizio di interesse economico generale” sono evidenti e, in via interpretativa, la Corte Costituzionale con sentenza n. 325 del 2010, richiamando la propria precedente pronuncia n. 272/2004, ha dichiarato che *la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di SPL di rilevanza economica hanno “contenuto omologo”*⁵⁵.

Sulla base delle richiamate conclusioni della Corte Costituzionale, quindi, le considerazioni elaborate in sede europea con riferimento ai SIEG si intendono applicabili ai servizi pubblici locali di rilevanza economica (di seguito, più semplicemente, anche solo “servizi pubblici”).

ve meramente erogativa e che non richiedono un'organizzazione di impresa in senso obiettivo. Per gli altri servizi, astrattamente di rilevanza economica, la valutazione va compiuta in concreto, in base alle specifiche modalità di erogazione prescelte. Diverso, invece, pare l'orientamento della Corte Costituzionale che nella recente sentenza 325 del 2010 preferisce un criterio oggettivistico. Si legge, infatti: “L'interesse economico generale, in quanto funzionale ad una disciplina comunitaria diretta a favorire l'assetto concorrenziale dei mercati, è riferito alla possibilità di immettere una specifica attività nel mercato corrispondente (reale o potenziale) ed ha, pertanto, natura essenzialmente oggettiva. Ne deriva che l'ordinamento comunitario, in considerazione della rilevata portata oggettiva della nozione di «interesse economico», vieta che gli Stati membri e gli enti infrastatali possano soggettivamente e a loro discrezione decidere circa la sussistenza di tale interesse. In particolare, la previsione di condizioni per l'affidamento diretto del servizio pubblico locale più restrittive di quelle previste dall'ordinamento comunitario non integra alcuna violazione dei principi comunitari della concorrenza, perché tali principi costituiscono solo un minimo inderogabile per gli Stati membri, i quali hanno la facoltà di dettare una disciplina più rigorosamente concorrenziale, che, restringendo le eccezioni all'applicazione della regola della gara ad evidenza pubblica - posta a tutela della concorrenza -, rende più estesa l'applicazione di tale regola”. Sul punto si veda l'ampia argomentazione di COCOZZA V., *Una nozione oggettiva di “rilevanza economica” per i servizi pubblici locali*, in *Munus – rivista giuridica dei servizi pubblici*, Editoriale Scientifica, n. 1, 2011, p. 237-243.

⁵⁴ VOLPE C., *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, relazione presentata al corso di aggiornamento “Servizi pubblici locali e società partecipate”, Roma, 25.11.2013, in *Giustamm.it*, 26.11.2011, par. 3: *Nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica*.

⁵⁵ Corte Costituzionale n. 325/2010: “In ambito comunitario non viene mai utilizzata l'espressione «servizio pubblico locale di rilevanza economica», ma solo quella di «servizio di interesse economico generale» (SIEG), rinvenibile, in particolare, negli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Detti articoli non fissano le condizioni di uso di tale ultima espressione, ma, in base alle interpretazioni elaborate al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria (ex multis, Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia) e dalla Commissione europea (in specie, nelle Comunicazioni in tema di servizi di interesse generale in Europa del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001; nonché nel Libro verde su tali servizi del 21 maggio 2003), emerge con chiarezza che la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di SPL di rilevanza economica hanno «contenuto omologo» (Corte Cost. n. 272/2004)”.

3.1. Conseguenze della qualificazione di un servizio come pubblico: l'art. 106 TFEU.

Secondo quanto elaborato dalla prassi europea, gli elementi fondamentali che caratterizzano i SIEG sono tre: la natura economica, la soddisfazione di un interesse generale e l'assoggettamento ad obblighi di servizio pubblico⁵⁶. Per quanto riguarda la natura economica di tali servizi, già si è detto. Quanto alla socialità dei fini che questi debbono perseguire ed agli obblighi di servizio pubblico, invece, si rendono necessarie alcune precisazioni.

L'individuazione degli interessi essenziali per la collettività di riferimento e la conseguente inclusione di un servizio fra i SIEG, in ossequio al già richiamato principio di sussidiarietà, viene demandata ai singoli Stati. In questo senso è orientata la Comunità Europea sin dalle prime comunicazioni inerenti i servizi pubblici di interesse generale⁵⁷ in cui si ammette che ciascuno Stato membro possa definire che cosa consideri "servizio d'interesse economico generale", in funzione delle specifiche caratteristiche delle attività.

Agli interessi così individuati ed alla loro funzione sociale, la normativa europea attribuisce un ruolo centrale tanto che autorizza deviazioni della loro disciplina dal canone generale: l'art. 14, TFEU infatti, ammette l'adozione di principi e condizioni particolari che consentano il funzionamento dei SIEG e l'assolvimento dei loro compiti⁵⁸; analogamente, l'art. 106, comma 2 TFEU ammette che la disciplina delle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale possa deviare dalle norme sulla concorrenza nella misura in cui queste ostino all'adempimento della loro specifica missione affidata⁵⁹.

In altre parole, essendo la prestazione oggetto dei SIEG indispensabile per la società e per la soddisfazione di esigenze primarie della collettività, è ammissibile una loro regolamentazione di tipo pubblicistico ed una loro parziale, purché giustificata, sottrazione dal campo della concorrenza tutte le volte in cui vi sia il rischio che il libero mercato non sia in grado di garantire l'erogazione

⁵⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione - I servizi d'interesse generale in Europa*, 1996/C 281/03, Introduzione, specchio riepilogativo che descrive i SIEG come segue: "Menzionati dal Trattato all'art. 90, designano servizi forniti dietro retribuzione, che assolvono missioni d'interesse generale e sono quindi assoggettati dagli Stati membri a specifici obblighi di servizio pubblico".

⁵⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione - I servizi d'interesse generale in Europa*, 1996/C 281/03 poi modificata dalla successiva comunicazione 2001/C 17/04.

⁵⁸ Articolo 14 TFEU (ex articolo 16 del TCE): "Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi".

⁵⁹ Articolo 106, comma 2 TFEU: "Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione". La sentenza Altmark (*infra* nota 63), sul punto, precisa che i compiti costituenti la missione che il SIEG deve raggiungere siano identificati in maniera chiara e comunque attribuiti/assegnati alle imprese con atti dei poteri pubblici.

del servizio in maniera sufficiente e rispettando le caratteristiche minime individuate nel paragrafo precedente (qualità, universalità, prezzo abbordabile e così via)⁶⁰.

L'intervento dei pubblici poteri in tal senso prende forma con l'individuazione dei c.d. "*obblighi di servizio pubblico*", ossia di specifici obblighi posti in capo agli erogatori del servizio per creare forzatamente le condizioni di sufficienza e le caratteristiche minime del servizio non spontaneamente presenti in condizioni di libero mercato, oppure, per "*estendere la prestazione del servizio oltre i limiti della mera convenienza economica o consentire l'accesso al medesimo a condizioni più vantaggiose per gli utenti*"⁶¹.

Normalmente, una tale alterazione delle dinamiche di mercato rende molto poco appetibili i servizi gravati da obblighi di servizio pubblico, pertanto, onde evitare che nessun operatore economico si dimostri disponibile ad offrire dette prestazioni, sono consentiti ulteriori aggiustamenti al libero gioco concorrenziale, prevedendo come contropartita in favore del soggetto obbligato anche dei c.d. "*diritti speciali*" od "*esclusivi*" (sull'intero servizio, oppure sui suoi segmenti economicamente più attraenti), oppure disponendo specifici meccanismi di finanziamento⁶² o, eventualmente, anche combinando insieme queste due misure⁶³.

⁶⁰ CUOCOLO L., *I servizi di interesse generale*, pp. 469-470. L'A. parla di "*intervento orientativo*" dei pubblici poteri, giustificato solo quando il servizio non viene garantito dal libero gioco del mercato, pur essendo necessario alla realizzazione di un primario interesse pubblico.

⁶¹ STADERINI F., *Diritto degli enti locali*, XII ed. variata e aggiornata, CEDAM Editore, Padova, 2009, p. 248. Nello stesso senso anche CLARICH M., *Servizio pubblico e servizio universale; evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *diritto Pubblico*, 1998, p. 194. L'A. richiama la dimensione della "doverosità" dei servizi universali dei quali si prevede l'erogazione a certe condizioni e con certe modalità, a prescindere da qualsiasi valutazione in ordine alla loro convenienza economica.

⁶² COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione - I servizi d'interesse generale in Europa*, 2001/C 17/04, paragrafo 15: "*Quando un operatore o un numero limitato di operatori concorrenti in un determinato mercato sono tenuti, a differenza di altri, ad assolvere obblighi di servizio pubblico può essere giustificato fare partecipare tutti gli operatori presenti nel mercato al finanziamento dei costi netti supplementari derivanti dal servizio d'interesse generale in questione, tramite un sistema di compensi supplementari o di un fondo per il servizio pubblico.*" Si tratta del c.d. *play or pay*, vale a dire la previsione di un sistema di contributi in favore di chi eroga il servizio provenienti o dal bilancio pubblico, oppure dai competitors che non soddisfano gli obblighi di servizio pubblico.

⁶³ Evidentemente anche questi interventi in deroga al regime economico ordinario devono essere svolti tenendo in considerazione alcuni limiti, in particolare, devono rispettare i principi di proporzionalità, idoneità e adeguatezza e devono avvenire nel rispetto della normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato (art. 107 TFUE). I criteri da soddisfare cumulativamente affinché le compensazioni finanziarie elargite in questi casi siano ammissibili e non configurino un caso di aiuto di Stato sono individuati da CGCE, sentenza del 24 luglio 2003, C-280/00, *Altmark trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, p. I-7810, paragrafi 89 ss.: "89. *In primo luogo, l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro; 90. In secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente, al fine di evitare che essa comporti un vantaggio economico atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto a imprese concorrenti; 92. In terzo luogo, la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti agli stessi nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento; 93. In quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, in un caso specifico, non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pub-*

Come per gli altri concetti considerati nel presente capitolo, il Trattato non contiene le definizioni di diritto speciale ed esclusivo che sono invece rinvenibili nelle direttive di liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale⁶⁴. Queste definizioni forniscono una nozione particolarmente ampia di cosa possa costituire un diritto speciale ed esclusivo, sostanzialmente coincidendo questi con “*qualsiasi atto legislativo, regolamentare o amministrativo*”⁶⁵.

Nel caso che ci occupa, le deroghe alla concorrenza introdotte dal legislatore italiano si sono sostanziate nella sottoposizione di alcune delle fasi della gestione dei rifiuti ad un regime di “privativa”, ossia a quella particolare situazione giuridica in cui una determinata attività o servizio possono, o debbono, a seconda dei casi, essere esercitati esclusivamente dal soggetto che ne detiene il diritto⁶⁶.

È appena il caso di precisare che non sussiste una correlazione necessaria⁶⁷ fra il concetto di servizio pubblico e il diritto di privativa pubblica⁶⁸: la qualificazione di un servizio come “pubblico” dipende infatti dalle considerazioni già analizzate nel paragrafo precedente, mentre il regime di privativa costituisce uno fra i possibili strumenti che il legislatore può adottare per garantire l’amministrazione e il controllo dei servizi pubblici, nonché la loro migliore e più diffusa utilizzazione⁶⁹.

blico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l’adempimento di detti obblighi”.

⁶⁴ FRIGNANI A., PARDOLESI R., *La concorrenza*, in *Trattato di diritto privato dell’Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 239.

⁶⁵ *Id.* p. 240. L’A. riporta una ricca casistica della Corte di Giustizia sull’art. 86 che dimostra come l’ampiezza della nozione permetta l’inclusione nel concetto di diritti speciali o esclusivi di misure molto differenti fra loro, anche se raggruppabili in tre tipologie: la concessione di monopolio per l’esercizio dell’attività oggetto di servizio pubblico, la concessione in esclusiva del servizio oggetto di servizio pubblico o la riserva di attività connesse a quella oggetto di servizio pubblico.

⁶⁶ RAPICAVOLI C., *La gestione dei rifiuti urbani in Ambiti Territoriali Ottimali - La pianificazione - Il venir meno della privativa comunale per le attività di recupero*, in *Ambientediritto.it*, 2004, disponibile su http://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina%202004/gestione_rifuiti_urbani_rapicavoli.htm.

⁶⁷ Nella maggior parte dei servizi pubblici, infatti, il legislatore non ricorre all’istituto della privativa, invero assai poco diffuso, ma si limita a imporre obblighi di servizio pubblico in capo al soggetto che fornisce il servizio. Sul punto, MURATORI A., *Riduzione dell’ambito della privativa comunale sulla gestione dei rifiuti urbani e implicazioni tariffarie: parliamone ancora*, in *Ambiente*, n. 1, 2006, p. 43: “[...] quello relativo al ciclo dei rifiuti urbani (comunque inteso) è l’unico servizio pubblico locale, - fra i tanti -, per il quale la normativa di riferimento introduca il principio - seppure via via temperato - della privativa. Quindi l’equazione servizio pubblico=regime di privativa sembra non reggere, ed ininfluente il venir meno della privativa sui contenuti del servizio stesso”. Analogamente anche RAPICAVOLI C., *La gestione dei rifiuti urbani in Ambiti Territoriali Ottimali - La pianificazione - Il venir meno della privativa comunale per le attività di recupero*, in *Ambientediritto.it*, 2004, disponibile su http://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina%202004/gestione_rifuiti_urbani_rapicavoli.htm: “[...] i non può essere accolta la tesi sostenuta da più parti secondo cui, quale conseguenza diretta del venire meno della privativa comunale, tutte le attività di recupero di rifiuti urbani non sarebbero più qualificabili come un servizio pubblico, ma come un servizio commerciale aggiuntivo non diverso da quelli offerti sul mercato”. L’A. si riferisce alla fase a valle della raccolta, ma il concetto secondo cui la privativa o la sua eliminazione non influiscono sulla natura di servizio pubblico vale in generale.

⁶⁸ RAPICAVOLI C., *La gestione dei rifiuti urbani in Ambiti Territoriali Ottimali*, cit.

⁶⁹ Secondo MELE R., *Strategie e politiche di marketing delle imprese di pubblici servizi*, Padova, CEDAM, 1993, p. 5, la pubblica amministrazione assicura la realizzazione e il controllo dei servizi pubblici “*nei modi e nelle forme ri-*

Posta la legittimità in astratto della scelta operata dal nostro legislatore di introdurre diritti di esclusiva volti a garantire il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dal servizio di gestione dei rifiuti, resta pur lecito domandarsi se il regime di privativa così come attualmente configurato rispetti o meno le esigenze concorrenziali del settore.

4. Il regime di privativa.

4.1. Ricostruzione storica dell'istituto.

Procedendo con una breve panoramica sull'evoluzione che l'istituto della privativa ha avuto nel tempo, si noterà come esso sia stato impiegato per gli scopi più disparati e, nella maggior parte dei casi, indipendentemente da considerazioni di tipo concorrenziale⁷⁰.

Storicamente, la privativa comunale è stata utilizzata, spesso in via emergenziale, quale strumento atto a procurare ai Comuni un'entrata patrimoniale più che a riservare loro l'esercizio di una attività per via delle sue specifiche caratteristiche economiche e concorrenziali: ed infatti, molto spesso il Comune procedeva all'affidamento a terzi delle attività in privativa in cambio del pagamento di un canone⁷¹.

Con la legge del 1865⁷² ai Comuni venivano attribuite ampie potestà regolamentari nei settori dell'igiene pubblica e della polizia locale, ma anche in tali casi, l'obiettivo perseguito non riguardava il governo del processo concorrenziale: l'intervento mirava perlopiù alla prevenzione di taluni rischi⁷³, si pensi ad esempio, nel caso del monopolio sui macelli, all'esigenza di garantire la vigilanza igienica e sanitaria delle carni.

Successivamente, le privative ebbero ad oggetto i servizi infrastrutturali (fra cui ad esempio il servizio di illuminazione, di distribuzione di energia elettrica, gas, acqua, il servizio di trasporto pubblico locale, etc.) che venivano affidati a terzi in concessione con la contestuale applicazione di diritti di esclusiva.

Il progressivo "allargamento" della riserva di attività economiche in favore dei Comuni fece sì che sul finire dell'Ottocento, la maggior parte dei servizi pubblici locali fosse gestita in regime di privativa, anche quando non erano presenti le condizioni tipiche del monopolio naturale⁷⁴.

In questo contesto intervenne la legge Giolitti⁷⁵, meglio nota come legge sulle municipalizzazioni, con l'obiettivo di rispondere a tre esigenze: garantire mediante il servizio pubblico locale una

tenuti più opportuni] per garantire a tutti i cittadini ed altre utenze interessate la possibilità di soddisfare i bisogni e le esigenze relativi, eliminando per quanto possibile tutti quegli ostacoli che possono impedirla migliore e più diffusa utilizzazione". La privativa, dunque, è da considerare il metodo più opportuno individuato dal legislatore italiano per raggiungere questi scopi al momento in cui è stata introdotta.

⁷⁰ Per un'esauritiva trattazione del tema in chiave storica e comparativa, si rimanda a FONDERICO G., *Il comune regolatore. Le privative e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, Pisa, Edizioni ETS, 2012

⁷¹ *Id.*, p. 24 e poi par. 2, p.26 e par. 3, p. 30.

⁷² Legge 20 marzo 1865, n. 2248, Legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia.

⁷³ FONDERICO G., *Il comune regolatore*, cit., p. 25.

⁷⁴ *Id.*, p. 59.

⁷⁵ Legge 29 marzo 1903, n. 103, sulla municipalizzazione dei servizi pubblici ("Legge Giolitti"). In seguito il Testo Unico n. 2578/1925 ne confermò in gran parte i contenuti.

risposta ai nuovi “bisogni collettivi” derivanti dall’urbanizzazione; regolare l’assunzione diretta dei servizi locali; razionalizzare e uniformare i servizi su tutto il territorio nazionale⁷⁶.

Con particolare riferimento ai rifiuti urbani, la legge Giolitti prevedeva che fossero “municipalizzabili”⁷⁷, ma non introduceva una privativa: infatti, se da un lato i Comuni avevano l’obbligo di organizzare il servizio di “nettezza pubblica e sgombero delle immondizie”, dall’altro gli utenti potevano provvedere “altrimenti” e in tal caso, previo riconoscimento da parte dell’ufficio municipale d’igiene che i mezzi da essi adoperati fossero conformi alle esigenze della pubblica sanità e alle disposizioni dei regolamenti locali, il corrispettivo per il servizio comunale non era dovuto⁷⁸.

Fu con la successiva legge n. 366 del 1941 che la raccolta, il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti urbani hanno assunto “*nei riflessi dell’igiene, dell’economia e del decoro*” il carattere di “*interesse pubblico*”⁷⁹ e che rispetto ad essi si istituì la privativa comunale⁸⁰, pur lasciando i comuni liberi di scegliere se provvedere al servizio direttamente o mediante concessione.

È interessante notare che le esigenze di igiene e decoro venivano già prese in considerazione dalla legislazione precedente, che pure non vide la necessità di introdurre un regime di privativa, ma si limitava a garantire che i Comuni fornissero “obbligatoriamente” il servizio, seppure in potenziale concorrenza con altri operatori.

Anche in questo caso, pare che l’inserimento della privativa da parte della legge n. 366 del 1941 fosse mosso dalle finalità “economiche” rispondenti alla politica autarchica di quel periodo storico e chiarite nella relazione esplicativa alla legge, vale a dire: “*il miglioramento effettivo dei servizi, evitando ogni sperpero ingiustificato*” e “*l’utilizzazione sia industriale, sia agricola delle materie prime recuperabili dai rifiuti e dalle materie organiche in essi contenute*”⁸¹.

In altre parole, la privativa da un lato era sentita come doverosa, in quanto posta a garanzia di interessi nazionali essenziali; ma dall’altro, veniva introdotta anche e soprattutto per permettere ai Comuni di incamerare degli utili mediante lo sfruttamento delle materie prime derivabili dai rifiuti⁸².

⁷⁶ PALLIGGIANO G., *L’evoluzione legislativa della gestione dei servizi pubblici locali dalla legge Giolitti al Testo Unico degli enti locali*, approfondimento della relazione presentata al convegno “La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”, Vallo della Lucania, 26.06.2009, disponibile su http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/200_5_Palliggiano_La_disciplina_dei_servizi_publici_locali.htm

⁷⁷ Legge Giolitti, art. 1, n. 7

⁷⁸ FONDERICO G., *Il comune regolatore*, cit., p. 139.

⁷⁹ Legge 20 marzo 1941, n. 366 – *Raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani*, in G.U., 23 maggio, n. 120, art. 1.

⁸⁰ *Id.*, art. 9.

⁸¹ *Circolare esplicativa dell’Ufficio centrale per i rifiuti solidi urbani del Ministero dell’Interno (prot. n. 906.22/A-224 del 9 gennaio 1942)*. Nella relazione esplicativa, il legislatore insisteva sulla necessità che i Comuni garantissero la massima valorizzazione economica dei rifiuti, ricavandone materie prime, estraendone il metano e formando “elementi organici” con cui rinverire le terre esauste e ammettendo l’incenerimento quale ipotesi residuale a cui ricorrere nei soli casi di materie “inerti o simili”.

⁸² *Id.*, Titolo IV, *Smaltimento dei rifiuti urbani*.

Dopo la legge n. 366 del 1941, il regime di privativa è rimasto praticamente inalterato per un lungo periodo di tempo.

Un primo segnale proconcorrenziale proveniente dall'Europa è giunto con la direttiva 75/442/CEE⁸³ che invitava gli Stati ad affidare alle autorità competenti le funzioni di programmazione, pianificazione, organizzazione e controllo delle operazioni di smaltimento dei rifiuti⁸⁴, mentre ammetteva che per le fasi gestionali il servizio fosse affidato a una molteplicità di soggetti: raccoglitori privati o pubblici, imprese di smaltimento, oppure ai produttori medesimi⁸⁵. In altre parole, in attuazione di tale direttiva, l'intervento del Comune avrebbe potuto essere inteso come suppletivo (o sussidiario) a quello del privato e limitato ai soli casi o alle sole fasi in cui la gestione del servizio fosse insoddisfacente⁸⁶.

Nel recepire la menzionata direttiva, tuttavia, il d.P.R. n. 915 del 1982⁸⁷ ha riconfermato la competenza esclusiva dei Comuni quanto alle attività di smaltimento dei rifiuti urbani⁸⁸, nonché il regime di privativa. Inoltre, per la prima volta, ha introdotto il concetto di rifiuto "*assimilabile per quantità e qualità ai rifiuti urbani*"⁸⁹ che, come vedremo fra poco, addirittura amplia l'ambito riservato ai Comuni, ulteriormente restringendo quello del libero mercato.

Un secondo richiamo al rispetto della concorrenza è stato dato dalle successive direttive in materia di rifiuti⁹⁰ che hanno ripreso la divisione fra "compiti" gestionali e compiti di pianificazione, programmazione, organizzazione e controllo contenuta nella direttiva 75/442/CEE ed accentuato il taglio concorrenziale dell'impostazione del settore⁹¹.

⁸³ Direttiva 15 luglio 1975, n. 75/442/CEE relativa ai rifiuti, in GUCE del 25 luglio 1975, n. L 194.

⁸⁴ Dir. 75/442, cit., art. 7: "*Per realizzare gli obiettivi previsti negli articoli 3, 4 e 5 la o le autorità competenti [...] devono elaborare quanto prima uno o più piani di gestione dei rifiuti [...]*".

⁸⁵ Dir. 74/442, cit., art. 7: "*Gli stati membri adottano le disposizioni necessarie affinché ogni detentore di rifiuti: i. li consegna a un raccoglitore privato o pubblico, o ad un'impresa di smaltimento, oppure; ii. provveda egli stesso al recupero o allo smaltimento*".

⁸⁶ FONDERICO, *Il comune regolatore*, cit., p. 154.

⁸⁷ D.P.R. 10 settembre 1982, n. 915 – *Attuazione delle direttive (CEE) n. 75/442 relativa ai rifiuti, n. 76/403 relativa allo smaltimento dei policlorodifenili e dei policlorotrifenili e n. 78/319 relativa ai rifiuti tossici e nocivi*, in GU n.343 del 15.12.1982.

⁸⁸ *Id.*, art. 1, ai sensi del quale lo smaltimento dei rifiuti si declina "*nelle varie fasi di conferimento, raccolta, spazzamento, cernita, trasporto, trattamento, inteso questo come operazione di trasformazione necessaria per il riutilizzo, la rigenerazione, il recupero, il riciclo e l'innocuizzazione dei medesimi, nonché l'ammasso, il deposito e la discarica sul suolo e nel suolo [...]*".

⁸⁹ *Id.*, art. 2

⁹⁰ Direttiva del 18 marzo 1991, n. 91/156/CEE che modifica la direttiva 75/442/CEE relativa ai rifiuti, in GUCE del 26 marzo 1991, n. L 78, Direttiva del 12 dicembre 1991, n. 91/689/CEE relativa ai rifiuti pericolosi, in GUCE del 31 dicembre 1991, n. L 377, e Direttiva del 20 dicembre 1994, n. 94/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, in GUCE del 31 dicembre 1994, n. L 365.

⁹¹ Si veda estensivamente sul punto FONDERICO, *Il comune regolatore*, cit., p. 154: "*La disciplina del servizio di gestione dei rifiuti, dopo il primo adeguamento al diritto comunitario, era sottoposta a riscrittura in occasione del recepimento delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio. La direttiva 91/156/CEE, in particolare, confermava il principio della pianificazione nella gestione dei rifiuti (art. 7), ma introduceva alcune varianti testuali che sembravano accentuare gli spazi per l'azione concorrenziale*".

In occasione del recepimento delle menzionate direttive, ma anche a seguito di uno specifico intervento dell'AGCM⁹², con il decreto Ronchi⁹³ si è registrato un primo segnale di erosione del regime di privativa in quanto ne è stata progressivamente ridotta l'applicabilità. In un primo momento, dal regime sono stati esclusi i rifiuti urbani e assimilati oggetto di specifici accordi di programma⁹⁴; in un secondo momento⁹⁵, l'esclusione è stata applicata a tutti i rifiuti urbani e assimilati avviati a recupero⁹⁶.

Da ultimo, il d.lgs. 152/2006⁹⁷ ha confermato l'applicazione della privativa comunale alla gestione dei rifiuti urbani e assimilati destinati allo smaltimento, senza riproporre espressamente la deroga per quelli invece destinati al recupero⁹⁸, anche se, oramai unanime dottrina⁹⁹, in linea con quanto affermato dall'AGCM in diverse occasioni¹⁰⁰, propende per la tesi della permanente esclusione dal regime di privativa dei rifiuti urbani e assimilati avviati al recupero.

Ad oggi, dunque, il regime si applica ai soli rifiuti urbani e assimilati avviati allo smaltimento.

4.2. La classificazione dei rifiuti: la base della privativa.

Come si nota dalla trattazione precedente, alla base del regime di privativa comunale sulla gestione dei rifiuti si trova la classificazione dei rifiuti che la normativa ambientale italiana ha importato dall'Europa in occasione del recepimento delle direttive sui rifiuti¹⁰¹.

⁹² AGCM, *Recepimento delle direttive comunitarie in materia di rifiuti*, AS80, 04.12.1996

⁹³ d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, Attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio, in GU del 15 febbraio 1997, n. 38, Suppl. Ordinario n. 33.

⁹⁴ *Id.*, art. 21, comma 7 testo originario: “la privativa di cui al comma 1 non si applica alle attività di recupero dei rifiuti che rientrano nell'accordo di programma di cui all'articolo 22, comma 11, ed alle attività di recupero dei rifiuti assimilati”.

⁹⁵ *Id.*, art. 21, comma 7, come modificato dalla legge n. 179/2002 (c.d. “Ronchi-ter”): “la privativa di cui al comma 1 non si applica alle attività di recupero dei rifiuti urbani e assimilati, a far data dal 1 gennaio 2003”.

⁹⁶ Sulla portata di una tale previsione si tornerà più dettagliatamente *infra* Capitolo I, Parte IV.

⁹⁷ d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, Norme in materia ambientale, in GU del 14 aprile 2006, n.88, Suppl. Ordinario n. 96.

⁹⁸ *Id.*, art. 198: “I comuni concorrono, nell'ambito delle attività svolte a livello degli ambiti territoriali ottimali di cui all'articolo 200 e con le modalità ivi previste, alla gestione dei rifiuti urbani ed assimilati. Sino all'inizio delle attività del soggetto aggiudicatario della gara ad evidenza pubblica indetta dall'Autorità d'ambito ai sensi dell'articolo 202, i comuni continuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa nelle forme di cui all'articolo 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267”.

⁹⁹ FONDERICO, *Il comune regolatore*, cit., p. 157.

¹⁰⁰ Si vedano AGCM, *Osservazioni in merito alle determinazioni della Regione Lazio in materia di gestione dei rifiuti solidi urbani e assimilati*, AGCM, *Gestione dei rifiuti in provincia di Macerata*, AS696, 01.06.2010 e AGCM, *Regione Emilia-Romagna – Servizio di gestione dei rifiuti nella provincia di Parma*, AS879, 15.09.2011.

¹⁰¹ Direttiva del 26 aprile 1999, n. 1999/31/CE, relativa alle discariche di rifiuti, in GUCE del 16 luglio 1999, n. L 182, art. 2, lett. b): “rifiuti urbani: i rifiuti domestici nonché gli altri rifiuti equiparabili per la loro natura o composizione ai rifiuti domestici”; lett. c): “rifiuti pericolosi: qualsiasi rifiuto contemplato dall'articolo 1, paragrafo 4 della direttiva 91/689/CEE [...]”; lett. d): “rifiuti non pericolosi: i rifiuti non contemplati dalla lettera c”.

Tale classificazione prevede due differenti circuiti per la gestione dei rifiuti: quello relativo ai rifiuti urbani e assimilati (pericolosi e non pericolosi) e quello relativo ai rifiuti speciali (pericolosi e non pericolosi)¹⁰².

Il regime giuridico applicabile ai due flussi dipende proprio da questa distinzione: mentre i primi sono sottoposti al regime di privativa, i rifiuti speciali vengono lasciati al libero mercato¹⁰³.

La questione diventa, allora, se la richiamata distinzione fra rifiuti urbani e speciali sia ancora oggi valida ed attuale.

A tal proposito, sussistono oramai diversi elementi che farebbero propendere per la tesi secondo cui una tale separazione fra rifiuti urbani e speciali non corrisponderebbe più allo stato dei fatti, quantomeno nelle fasi finali della filiera.

In questa direzione sono le conclusioni elaborate dall'Osservatorio Nazionale sui Rifiuti nel Rapporto per il 2006, elaborato proprio ad esito di una approfondita indagine volta ad individuare le interazioni tra i comparti dei rifiuti urbani e dei rifiuti speciali nelle fasi di trattamento, recupero e riciclo e nelle fasi finali di smaltimento in discarica. Secondo tale rapporto, a valle della raccolta, *“mantenere separata l'analisi dei due flussi di rifiuti appare sempre più anacronistico”*¹⁰⁴: infatti, da un lato, vi sono numerosi casi in cui è possibile che un rifiuto “trasmigri” da una categoria all'altra (si pensi, ad esempio alla frazione umida dei rifiuti urbani che a seguito di specifici trattamenti quali la biostabilizzazione passa al flusso dei rifiuti speciali per essere smaltita in discarica)¹⁰⁵; dall'altro, anche da un punto di vista impiantistico, la gestione dei rifiuti a valle della raccolta, soprattutto a seguito dell'impiego di tecnologie specializzate e di processi di trattamento complessi, non tiene conto dell'origine dei rifiuti raccolti¹⁰⁶, ma della loro matrice¹⁰⁷ e successiva

¹⁰² d.lgs. 152/2006, art. 184 che classifica i rifiuti riferendosi alla loro origine e alla loro pericolosità.

¹⁰³ Con riferimento ai rifiuti di imballaggio, si precisa che quelli primari vengono intercettati nel circuito della raccolta dei rifiuti solidi urbani, mentre quelli secondari e terziari vengono intercettati nel circuito dei rifiuti speciali. Sul punto, ARNAUDO L., *The competition environment of packaging-waste management: some evidence from Italy*, in *ECLR*, n. 10, 2011, p. 529: *“as for packaging-waste, it is a non hazardous waste, mainly destined for recycling/recovery, traditionally representing a very important percentage of the total municipal waste placed in Italy. [...] a further distinction, however, must still be made between the packaging-waste produced by private consumers and small urban commercial activities (household packaging-waste) and that produced by industries and large commercial enterprises (commercial packaging-waste). In fact, only the first type is to be considered part of municipal waste and its related, highly administered management, while commercial packaging-waste enter into a whole different managing system, organized on a genuine free-market basis”*.

¹⁰⁴ OSSERVATORIO NAZIONALE RIFIUTI (“ONR”), *Rapporto annuale sulla gestione dei rifiuti – Il sistema integrato di gestione dei rifiuti in Italia: trasformazioni e tendenze*, 2006, disponibile su http://www.vasfvgaltolivenza.it/3_ATTIVITA/02_RIFIUTI/per%20saperne%20di%20pi%C3%B9/Rapporto%20rifiuti%202006/ONR%202006/RapRif_Premessa_2006.pdf

¹⁰⁵ *Id.* secondo il rapporto, i rifiuti a valle della raccolta vengono trattati come *unicum*, mirando allo sfruttamento dei rendimenti di scala degli impianti, indipendentemente dall'origine dei rifiuti.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ Basti pensare che, a valle della raccolta, i flussi di rifiuti generati dai consorzi di filiera si caratterizzano proprio per lo specifico materiale o frazione merceologica.

“destinazione” stabilita in base alle possibilità della loro migliore valorizzazione economica¹⁰⁸: trattamento, recupero, riciclo o smaltimento.

Le due categorie, dunque, risultano piuttosto permeabili¹⁰⁹ e dai contorni non bene definiti: inoltre proprio le numerose “zone grigie” fanno sì che la loro separazione amministrativa, dalla quale derivano importanti differenze di trattamento degli operatori in termini di oneri e responsabilità, si presti ad essere indebitamente sfruttata per attuare comportamenti scorretti¹¹⁰.

A rigore, dunque, venendo a mancare il presupposto della distinzione dei rifiuti in base alla loro origine, nei mercati a valle della raccolta, la privativa non si dovrebbe applicare.

Diversamente, nel mercato della raccolta, la distinzione fra rifiuti urbani e rifiuti speciali risulta chiaramente esistente. Nell’un caso o nell’altro, infatti, non solo cambiano i requisiti legali ed autorizzativi per l’esercizio delle attività di raccolta¹¹¹, ma anche la logistica: mentre per la raccolta di rifiuti urbani, che, come visto¹¹², coincidono in grande parte con quelli domestici, occorre attrezzarsi per servire una molteplicità di punti di raccolta (le singole abitazioni) che normalmente producono modeste quantità di rifiuti, ma necessitano di una frequenza di ritiro piuttosto elevata, per quella dei rifiuti speciali, invece, la logistica deve tener conto di un numero di punti di raccolta limitato, ma produttivo di grandi quantità di rifiuti che possono essere ritirati ad intervalli di tempo maggiori. A ciò si aggiunga che da un punto di vista pratico, risulta particolarmente difficile, se non addirittura impossibile, immaginare di permettere il ritiro dei rifiuti presso le abitazioni private a più di un operatore: basti pensare ai problemi legati al congestionamento del traffico per via della presenza di una molteplicità di camioncini, ma anche a quelli di coordinamento derivanti, ad esempio, dall’organizzazione dei giorni di ritiro su turnazione o, ancora peggio, alla sovrapposizione di turni di ritiro di più operatori in determinati giorni della settimana¹¹³. Inoltre,

¹⁰⁸ ANTONIOLI B., MASSARUTTO A., *The municipal waste management sector in Europe: shifting boundaries between public service and the market*, Working Paper CIRIEC n. 07, p. 11: “We can advance the hypothesis that a significant change occurs once the system evolves from a technological approach dominated by disposal of waste in landfills, to one trying to maximize diversion from landfill, and requiring therefore a more complex industrial value chain downstream of collection. [...] in the post-landfill regime, flows of waste from both sectors become important, and new institutions aimed at governing the related transactions arise (e.g. the entities created under the extended producer responsibility scheme). While in the former regime the focus was mostly on the origin of waste (municipal vs. commercial), in the emerging regime it seems to be placed on destination (recyclable vs. ultimate waste), in the sense that valorization opportunities (either direct recycling, other forms of material recovery or energy recovery) are increasingly found on the market, and more and more at a geographical scale that is becoming national if not paneuropean, especially for materials that are less bulky, easier to mobilize and entailing higher unit value.”

¹⁰⁹ *Id.*, p. 10.

¹¹⁰ *Id.*, p. 18. Si veda anche OSSERVATORIO NAZIONALE RIFIUTI (“ONR”), *Rapporto annuale sulla gestione dei rifiuti*, cit.

¹¹¹ Per dettagli sul punto, si rimanda a <http://www.albonazionalegestoriambientali.it/Home.aspx>.

¹¹² Sul punto, *supra* Parte I, Capitolo II.

¹¹³ I tentativi europei di aprire alla concorrenza il segmento di mercato relativo alla raccolta dei rifiuti urbani sono rarissimi ed hanno riguardato, sino ad oggi, la Finlandia e la Svezia. Sul punto si vedano MASSARUTTO A., *Municipal waste management as a local utility: Options for competition in an environmentally-regulated industry*, in *Utilities*

per come è strutturata la maggior parte degli agglomerati urbani, vale a dire con una zona centrale molto popolata ed una minore quantità di abitazioni isolate nelle zone più periferiche, il servizio di raccolta dei rifiuti urbani si caratterizza per evidenti economie di densità le cui potenzialità vengono massimizzate solo se sfruttate da un unico operatore¹¹⁴.

Tutti questi dati non fanno altro che confermare che le attività di raccolta dei rifiuti urbani e quelle di raccolta dei rifiuti speciali costituiscano due diversi mercati¹¹⁵.

In particolare, il mercato della raccolta dei rifiuti *urbani* si configura come monopolio naturale¹¹⁶: in tali condizioni di fallimento di mercato, pertanto, l'intervento regolatorio per garantire che il soggetto monopolista assicuri le qualità minime del servizio e svolga la propria attività senza sfruttare la propria posizione privilegiata è ammissibile¹¹⁷.

Policy, n. 15, 2007, p. 14; ANTONIOLI B., MASSARUTTO A., *The municipal waste management sector in Europe: shifting boundaries between public service and the market*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, vol. 83, n. 4, 2012, p. 515; OECD, *Waste management services - Background Paper*, 04.04.2014, DAF/COMP(2013)26, executive summary, par. 2.

¹¹⁴ ANTONIOLI B., *Il servizio di gestione dei rifiuti tra concorrenza e autoproduzione*, in *Economia delle fonti dell'energia e dell'ambiente*, n. 1, 2008, p. 9: "Il primo [mercato della raccolta] presenta i connotati tipici del trasporto puro e semplice, con economie di densità significative per le utenze domestiche e le piccole attività commerciali/artigianali. Diversamente per il servizio di raccolta di grandi produttori di rifiuti, che pare essere maggiormente adatto ad accogliere forme di competizione nel mercato". Analogamente anche ROLANDO F., *La raccolta e il trattamento dei rifiuti nell'ambito della disciplina dei servizi di interesse economico generale*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1, 2012, p. 212: "Il bilanciamento fra le esigenze di salute pubblica e di tutela ambientale e il possibile affidamento del servizio ai privati [...] trova diverso componimento con riferimento ad ogni singola fase in cui la gestione si compone e difficilmente può riguardare il servizio in generale dal momento che differenti sono i mercati da considerare. Inoltre, all'interno dello stesso servizio di raccolta, differenti sono le condizioni a seconda che si considerino i rifiuti urbani e quelli dei cosiddetti grandi produttori, questo perché solo il primo mercato si caratterizza per economie di scala e densità". Si veda anche OECD, *Competition in local services*, cit., Executive summary, point 2: "The opportunities for conventional in-the-market competition in waste collection depend on the economies of density. [...] These are strongest (and the opportunities for competition lowest) in the market for regular collection of household waste."

¹¹⁵ OECD, *Competition in local services*, cit., Executive summary, point 2: "The waste services sector can be divided into two activities – waste collection and waste treatment and disposal. The opportunities for conventional in-the-market competition in waste collection depend on the economies of density. These are strongest (and the opportunities for competition lowest) in the market for regular collection of household waste. Few countries rely on in-the-market competition for the collection of household waste. Competition in the market is both possible and common for industrial and commercial waste". Sul punto si rimanda inoltre all'approfondimento effettuato *supra* Capitolo II, Parte I, in particolare al par. 5 - Gestione integrata dei rifiuti: individuazione dei mercati rilevanti.

¹¹⁶ OECD, *Waste management services*, cit., executive summary, par. 2: "Collection of MSW is a natural monopoly under many, though not all, circumstances. Several empirical studies indicate that costs increase when more than one collector is used. Nevertheless, there are countries where there is competition in the market".

¹¹⁷ L'attivazione del legislatore in tal caso non è solo possibile, ma dovuta proprio per via della qualificazione del servizio come di pubblico interesse. Si veda ROLANDO F., *La raccolta*, cit., p. 219: "Dal combinato disposto degli articoli 198, 200 e 201 del d.lgs. (152/2006), si evince l'obbligo per le autorità nazionali, nell'ambito delle proprie competenze, di pianificare tale servizio nel rispetto dei principi di precauzione, di prevenzione e di sostenibilità. L'affidamento delle varie suddivisioni di servizio che compongono la gestione dei rifiuti può avvenire secondo dinamiche diverse, a seconda del differente grado di redditività, e quindi di economicità del servizio".

In conclusione, dunque, nel mercato della raccolta dei rifiuti urbani, la scelta del legislatore di individuare un solo soggetto che si debba occupare in via esclusiva della raccolta¹¹⁸ risulta, supportata da giustificazioni di fatto e di diritto. Nel mercato della raccolta dei rifiuti speciali, invece, dove non si configura una situazione di monopolio naturale, la scelta di non limitare l'iniziativa economica privata (se non in termini di requisiti autorizzatori minimi), lasciandola al libero mercato, appare anch'essa corretta.

4.3. La pratica dell'assimilazione.

Nonostante le conclusioni appena raggiunte, non sfuggirà al lettore più attento che la normativa richiamata¹¹⁹ estende l'applicazione del regime di privativa anche ai *rifiuti speciali assimilati agli urbani*, quando *avviati allo smaltimento*.

Per meglio comprendere la portata di questa estensione ed i suoi effetti sulle dinamiche concorrenziali del mercato della raccolta dei rifiuti e sui suoi ulteriori segmenti costituiti dal mercato della raccolta dei rifiuti urbani e da quello della raccolta dei rifiuti speciali, occorre anzitutto definire la categoria di rifiuti "assimilati".

Come accennato, essa è stata introdotta dal decreto 915 del 1982 che, tuttavia, non ne ha fornito una precisa definizione e ha demandato ad un successivo intervento legislativo di competenza statale l'individuazione dei "criteri generali" per procedere all'assimilazione¹²⁰.

Tali criteri sono stati stabiliti con deliberazione interministeriale del 27 luglio 1984, recante "*Disposizioni per la prima applicazione dell'articolo 4 del d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, concernente lo smaltimento dei rifiuti*"¹²¹.

A mente di tale deliberazione, l'assimilazione presuppone l'applicazione di due criteri. Un criterio di natura "tecnologica", in virtù del quale sarebbe permesso, senza maggiori rischi per la salute dell'uomo e/o per l'ambiente, lo smaltimento di rifiuti speciali in impianti destinati ai rifiuti urbani¹²²; e un criterio qualitativo, applicabile ai rifiuti derivanti da attività agricole, artigianali, commerciali e di servizi, che consentirebbe di modificare la classificazione dei rifiuti qualificati come "speciali" in "urbani" qualora questi abbiano una composizione merceologica analoga a quella dei rifiuti urbani e siano composti da materiali simili a quelli elencati, a mero titolo esemplificativo, al punto 1.1.1.a della deliberazione¹²³.

¹¹⁸ A mente del d.lgs. 152/2006, art. 183, lett. o), la raccolta è da intendersi inclusiva delle attività di prelievo dei rifiuti, compresi la cernita preliminare e il deposito, nonché della gestione dei centri di raccolta, ai fini del trasporto in un impianto di trattamento

¹¹⁹ d.lgs. 152/2006, art. 198.

¹²⁰ *Id.*, art. 4, lett. e).

¹²¹ Deliberazione 27 luglio 1984, Disposizioni per la prima applicazione dell'articolo 4 del d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, concernente lo smaltimento dei rifiuti, in GU 13 settembre 1984 n. 253, Supplemento ordinario, disponibile in versione integrata con modifiche su <http://www.reteambiente.it/normativa/6115/>.

¹²² *Id.*, punto 1.1., paragrafo 2: "*In particolare, si stabiliscono criteri di assimilabilità di natura tecnologica rivolti a permettere, senza maggiori rischi per la salute dell'uomo e/o per l'ambiente, lo smaltimento di rifiuti speciali in impianti aventi le caratteristiche minimali stabilite in funzione dello smaltimento, nei medesimi, di rifiuti urbani*".

¹²³ Si veda l'elenco di cui al punto 1.1.1.a.: "*— imballaggi in genere (di carta, cartone, plastica, legno, metallo e simili); — contenitori vuoti (fusti, vuoti di vetro, plastica e metallo, latte o lattine e simili); — sacchi e sacchetti di*

Per sottoporre al regime di privativa categorie di rifiuti speciali legalmente assimilabili ai sensi dei due predetti criteri, il Comune dovrebbe emanare un apposito Regolamento, conformemente al disposto dell'art. 8 del d.P.R. 915/1982¹²⁴. In altre parole, la scelta in ordine alla concreta applicazione della assimilabilità verrebbe demandata ai Comuni sulla base di valutazioni autonome concernenti la capacità del sistema di raccolta e trasporto e la potenzialità e disponibilità degli impianti di smaltimento¹²⁵.

Tolta una breve parentesi temporale durante la quale, per via della modifica della qualificazione dei rifiuti elencati nella deliberazione interministeriale del 1984 da "assimilabili" ad "assimilati"¹²⁶, parve che il legislatore avesse inteso spingersi sino ad introdurre un principio di assimilabilità *ex lege*¹²⁷, il decreto Ronchi ha riconfermato la competenza regolamentare dei Comuni sul tema dell'assimilazione¹²⁸. Infatti, pur avendo limitato la pratica dell'assimilazione ai soli rifiuti non pericolosi¹²⁹, il decreto ha anche precisato che i Comuni avrebbero dovuto esercitare tale

carta o plastica; fogli di carta, plastica, cellophane; — cassette, pallet; — accoppiati quali carta plastificata, carta metallizzata, carta adesiva, carta catramata, fogli di plastica metallizzati e simili; — frammenti e manufatti di vimini e di sughero; — paglia e prodotti di paglia; — scarti di legno provenienti da falegnameria e carpenteria, trucioli e segatura; — fibra di legno e pasta di legno anche umida, purché palabile; — ritagli e scarti di tessuto di fibra naturale e sintetica, stracci e juta; — feltri e tessuti non tessuti; — pelle e similpelle; — gomma e caucciù (polvere e ritagli) e manufatti composti prevalentemente da tali materiali, come camere d'aria e copertoni; — resine termoplastiche e termoindurenti in genere allo stato solido e manufatti composti da tali materiali; — rifiuti ingombranti analoghi a quelli di cui al punto 2) del terzo comma dell'articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica n. 915 del 1982; — imbottiture, isolanti termici ed acustici costituiti da sostanze naturali e sintetiche, quali lane di vetro e di roccia, espansi plastici e minerali, e simili; — moquette, linoleum, tappezzerie, pavimenti e rivestimenti in genere; — materiali vari in pannelli (di legno, gesso, plastica e simili); — frammenti e manufatti di stucco e di gesso essiccati; — manufatti di ferro tipo paglietta metallica, filo di ferro, spugna di ferro e simili; — nastri abrasivi; — cavi e materiale elettrico in genere; — pellicole e lastre fotografiche e radiografiche sviluppate; — scarti in genere della produzione di alimentari, purché non allo stato liquido, quali ad esempio scarti di caffè, scarti dell'industria molitoria e della pastificazione, partite di alimenti deteriorati, anche inscatolati o comunque imballati, scarti derivanti dalla lavorazione di frutta e ortaggi, caseina, sanse esauste e simili; — scarti vegetali in genere (erbe, fiori, piante, verdure, ecc.), anche derivanti da lavorazioni basate su processi meccanici (bucce, baccelli, pula, scarti di sgranatura e di trebbiatura, e simili); — residui animali e vegetali provenienti dall'estrazione di principi attivi".

¹²⁴ *Id.*, punto 1.1., paragrafo 4: "Resta salva la facoltà dei comuni di disciplinare, nell'ambito del regolamento di cui all'art. 8, secondo comma, del decreto del Presidente della Repubblica n. 915/82, l'assimilabilità dei rifiuti derivanti da attività agricole, artigianali, commerciali e di servizi, nonché da ospedali, istituti di cura ed affini, sia pubblici che privati, ai fini dell'ordinario conferimento dei rifiuti medesimi al servizio pubblico e della connessa applicazione delle disposizioni di cui agli articoli da 268 a 298 del testo unico per la finanza locale, approvato con regio decreto 14 settembre 1931, n. 1175, e successive modificazioni ed integrazioni".

¹²⁵ MONTANARO R., *La gestione dei rifiuti urbani: una difficile svolta*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2, 2005, p. 277.

¹²⁶ Legge del 22 febbraio 1994, n. 146, Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - legge comunitaria 1993, in GU del 4 marzo 1994, n. 52, S.O., art. 39: "Sono considerati rifiuti speciali assimilati ai rifiuti urbani i rifiuti speciali indicati al n. 1, punto 1.1.1, lettera a), della deliberazione del 27 luglio 1984 del Comitato interministeriale di cui all'articolo 5 del decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1982, n. 915, nonché gli accessori per l'informatica".

¹²⁷ *Id.*, pp. 278-279.

¹²⁸ d.lgs. 22/1997, art. 21, comma 2, lett. g): "I Comuni disciplinano la gestione dei rifiuti urbani con appositi regolamenti che, nel rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, stabiliscono in particolare) l'assimilazione per qualità e quantità dei rifiuti speciali non pericolosi ai rifiuti urbani ai fini della raccolta e dello smaltimento sulla base dei criteri fissati ai sensi dell'articolo 18, comma 2, lettera d)".

¹²⁹ AGCM, *Recepimento delle direttive comunitarie in materia di rifiuti*, AS80, 04.12.1996.

competenza sulla base dei criteri qualitativi e quantitativi da stabilire con apposito decreto ministeriale¹³⁰. Tale decreto non è mai stato adottato, pertanto, in virtù del richiamo alle norme attuative previgenti contenuto nelle disposizioni transitorie del Ronchi¹³¹, i criteri cui fare riferimento hanno continuato ad essere quelli della deliberazione interministeriale del 1984¹³².

L'incertezza normativa si è trascinata anche con l'entrata in vigore del d.lgs. 152/2006 il quale, a propria volta, ha riproposto la classificazione dei rifiuti in urbani, speciali e assimilati¹³³, di nuovo facendo dipendere l'individuazione di questi ultimi da appositi regolamenti comunali da emanare nel rispetto di criteri di assimilabilità stabiliti da un decreto ministeriale ad oggi inesistente¹³⁴. Nelle more dell'adozione del menzionato decreto, la legge n. 296 del 2006¹³⁵ ha colmato il vuoto normativo richiamando la disciplina previgente, vale a dire quella contenuta nel decreto Ronchi. Quindi, attualmente, in virtù di questo doppio rinvio, ci si trova nella paradossale situazione per cui l'unico strumento a disposizione dei Comuni per disciplinare il meccanismo dell'assimilazione è la determinazione interministeriale del 1984¹³⁶.

In conclusione, dunque, al momento, si possono riassuntivamente qualificare come rifiuti assimilati agli urbani *i rifiuti speciali non pericolosi prodotti da locali adibiti ad usi diversi dalla civile abitazione, che sono assimilati per quantità e qualità ai rifiuti urbani*¹³⁷.

Tale definizione, ben lungi dall'essere esaustiva, porta con sé numerose criticità; prima fra tutte la amplissima discrezionalità lasciata ai singoli Comuni nello stabilire la concreta estensione

¹³⁰ d.lgs. 22/1997, art. 18, comma e, lett. d).

¹³¹ *Id.*, art. 57: “Le norme regolamentari e tecniche che disciplinano la raccolta, il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti restano in vigore sino all'adozione delle specifiche norme adottate in attuazione del presente decreto”.

¹³² MONTANARO R., *La gestione dei rifiuti urbani*, cit., p. 279.

¹³³ d.lgs. 152/2006, art. 184, comma 2, lettera b), che include tra i rifiuti urbani “i rifiuti non pericolosi provenienti da locali e luoghi adibiti ad usi diversi da quelli di cui alla lettera a), assimilati agli urbani per qualità e quantità, ai sensi dell'art. 198, comma 2, lettera g)”.

¹³⁴ *Id.*, art. 198 stabilisce a sua volta che “I comuni concorrono a disciplinare la gestione dei rifiuti urbani con appositi regolamenti che, nel rispetto dei principi di trasparenza, efficienza, efficacia ed economicità e in coerenza con i piani d'ambito adottati ai sensi dell'articolo 201, comma 3, stabiliscono in particolare [...] l'assimilazione, per qualità e quantità, dei rifiuti speciali non pericolosi ai rifiuti urbani, secondo i criteri di cui all'articolo 195, comma 2, lettera e), ferme restando le definizioni di cui all'articolo 184, comma 2, lettere c) e d)”.

¹³⁵ Legge del 27 dicembre 2006, n. 296, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2007, in GU del 27 dicembre 2006, n. 299, Suppl. ordinario n. 244, art. 1, comma 184: “Nelle more della completa attuazione delle disposizioni recate dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, [...] in materia di assimilazione dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani, continuano ad applicarsi le disposizioni degli articoli 18, comma 2, lettera d), e 57, comma 1, del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22”.

¹³⁶ Ricostruzione recentemente confermata anche da Consiglio di Stato, Sez. V, 24/7/2014, sentenza n. 3941: “Non avendo lo Stato ancora emanato alcun regolamento per la determinazione dei criteri di assimilazione dei rifiuti speciali agli urbani (art. 195, c.2, lett. e), del d.lgs. n. 152-2006), si applicano i criteri per l'assimilazione previsti nella deliberazione 27 luglio 1984 del Comitato interministeriale recante “Disposizioni per la prima applicazione dell'art.4 del d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, concernente lo smaltimento dei rifiuti”.

¹³⁷ CARISSIMI D., *Assimilabilità dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani. La potestà regolamentare municipale prima e dopo la manovra “Salva Italia”*, in *ECO, bonifiche, rifiuti, demolizioni*, n. 21, 2012, p. 74.

dell'assimilazione. A tal proposito, già nel 1996 l'AGCM¹³⁸ aveva criticato tale pratica, stigmatizzata per via delle incertezze e delle distorsioni alla concorrenza di cui era foriera. Ora come allora, infatti, la mancanza di criteri generali di assimilazione individuati a livello statale alimenta una situazione di disomogeneità e frammentazione della disciplina ambientale nazionale e lascia liberi i Comuni di esercitare la propria potestà regolamentare nella determinazione delle modalità di assimilazione, ampliando in modo del tutto discrezionale l'ambito di operatività del proprio monopolio.

In secondo luogo, l'assimilazione si intreccia con il problema della remunerazione dei Comuni per il servizio reso: indipendentemente dalla qualificazione che si intenda attribuire al contributo che l'utente deve pagare (di tassa o di tariffa)¹³⁹, i criteri introdotti dal decreto Ronchi e poi ripresi dal d.lgs. 152/2006 hanno come presupposto applicativo non già la quantità di rifiuti prodotti, bensì la disponibilità di locali o aree nel territorio comunale, alla quale si collega una produzione presuntiva¹⁴⁰.

Nella indagine conoscitiva del 2008¹⁴¹ l'AGCM ha rilevato entrambe queste problematiche.

Con riguardo all'assimilazione ha affermato come essa comporti *“una grave erosione degli ambiti operativi in cui risultava esercitabile un'attività in regime di libera concorrenza secondo il c.d. modello di concorrenza nel mercato, e che coinvolgeva gli operatori privati specializzati nella gestione dei rifiuti speciali di provenienza agricola/artigianale/commerciale sulla base di rapporti bilaterali stipulati con i soggetti privati interessati”*. In particolare, l'obbligo per gli esercenti attività produttive di conferire i propri rifiuti speciali (assimilati agli urbani) al Comune di appartenenza sulla base del regolamento di assimilazione escluderebbe la possibilità di rivolgersi ad un operatore privato e di sfruttare offerte più vantaggiose, con ciò violando in modo evidente le norme concorrenziali.

Con riguardo alla determinazione presuntiva del corrispettivo dovuto (obbligatoriamente) ai Comuni per il servizio di gestione dei rifiuti assimilati in ragione della disponibilità di locali nel territorio comunale l'Autorità ha rilevato¹⁴² come questo invalidi il fondamentale criterio alla base

¹³⁸ AGCM, AS80, cit.

¹³⁹ Sulla qualificazione dei contributi come “tassa” o “tariffa”, *ex multis*, PIEROBON A., *I proventi per il finanziamento dei servizi rifiuti*, in PIEROBON A., *Nuovo manuale di diritto e gestione dell'ambiente – analisi giuridica, economica, tecnica e organizzativa*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012, par 1, La TARSU e la tariffa rifiuti, pp. 1173-1202

¹⁴⁰ FONDERICO, *Il comune regolatore*, cit., p. 156 ss.: *“il d.lgs. 22/1997 sopprimeva la tassa e al suo posto istituiva una tariffa il cui presupposto applicativo non era, però la produzione di rifiuti, bensì la disponibilità dei locali o aree scoperte nel territorio comunale, alla quale si riconnetteva una produzione presuntiva. [...] quanto alla remunerazione del servizio il decreto n. 152 ha soppresso la tariffa istituita dal d.lgs. 22/1997 e ne ha istituita una nuova che ha criteri di determinazione analoghi a quelli precedentemente in vigore (art. 238) e, per certi versi, meno funzionali all'orientamento del prezzo al costo del servizio (m semmai alla copertura dei costi complessivi dell'attività. La tariffa è sempre dovuta in ragione della disponibilità di locali e aree scoperte e va determinata in base a valori medi per fasce di utenza, anche in relazione alle classi di reddito. Il legislatore non ha previsto la facoltà dei comuni di commisurare la tariffa ai rifiuti effettivamente conferiti e ha consentito solo decurtazioni per i rifiuti avviati al recupero”*.

¹⁴¹ AGCM, *Indagine conoscitiva riguardante il settore dei rifiuti da imballaggio*, IC(26), 2008, par. 197.

¹⁴² *Id.*, par. 198.

delle indicazioni comunitarie in materia di gestione dei rifiuti urbani, comunemente indicato con l'acronimo PAYT ('Pay As You Throw', ovvero 'paghi quanto butti')¹⁴³.

Per queste ragioni, oltre che per l'ulteriore distorsione derivante dalla possibilità per i Comuni di subappaltare le attività di raccolta a soggetti privati, con ciò completamente annullando qualsiasi

¹⁴³ Sulle modalità della determinazione della tariffa nel rispetto del principio "*chi inquina paga*", declinabile nel settore rifiuti nell'accezione "*paghi quanto butti*", si segnala la esaustiva trattazione del problema che l'Avvocato Generale Juliane Kokott ha effettuato nelle conclusioni concernenti la causa C-254/08. La causa aveva ad oggetto la seguente questione pregiudiziale: "*se l'art. 15 della direttiva quadro sui rifiuti osti ad una normativa in forza della quale i pagamenti per lo smaltimento dei rifiuti vengono calcolati sulla scorta delle superfici utilizzate e della capacità di reddito economica del produttore di rifiuti, e non invece sulla base dei rifiuti effettivamente prodotti*". Nella causa principale, infatti, i ricorrenti (numerose imprese alberghiere campane) contestavano l'incompatibilità dei criteri di determinazione della tariffa individuati dagli articoli 58 e seguenti del d.lgs. n. 507 del 1993 con il principio "*chi inquina paga*" in quanto non basati sulla quantità di rifiuti effettivamente prodotti, ma calcolati sulla scorta delle superfici utilizzate e della capacità reddituale del produttore di rifiuti. L'Avvocato Generale, risolvendo la questione pregiudiziale sollevata dal giudice *a quo*, ammette che vi possano essere motivi per non fondare la disciplina dei costi dello smaltimento dei rifiuti urbani su una liquidazione esatta dei costi causati dal singolo produttore di rifiuti. Partendo dal presupposto che la produzione di rifiuti possa qualificarsi come "affare di massa" concernente tutti i cittadini senza esclusione, l'Avvocato Generale ritiene che la liquidazione dei costi relativi alla loro gestione possa essere stabilita in maniera forfettaria (par. 39 conclusioni), questo anche in considerazione dei costi ulteriori che deriverebbero dall'approntamento di sistemi di individuazione più precisa degli importi, quali ad esempio la pesatura dei rifiuti, o addirittura l'applicazione di tariffe differenziate in ragione della composizione dei medesimi (par. 40 conclusioni). A ciò si aggiunga il fatto che l'applicazione del principio "*chi inquina paga*" si caratterizza per una certa "flessibilità" (par. 53 conclusioni), pur nei limiti dell'ulteriore inviolabile principio di proporzionalità. Questo significa che gli Stati, dopo aver ponderato i vantaggi e gli svantaggi delle diverse alternative, sono liberi di esercitare il proprio potere discrezionale e di individuare la soluzione che ritengono più opportuna, fermo restando che essa debba fondarsi sulla sussistenza di un legame ragionevole con il contributo causale del produttore di rifiuti (par. 59 conclusioni). In conclusione, quindi, "*il principio «chi inquina paga», sancito dall'art. 15 della direttiva 2006/12/CE relativa ai rifiuti, deve essere interpretato nel senso che esso osta a normative nazionali che impongono ai singoli costi manifestamente inadeguati per lo smaltimento dei rifiuti per il fatto che essi non dimostrano un legame sufficientemente ragionevole con la produzione dei rifiuti*". Si veda CGCE, sentenza 16 luglio 2009, causa C-254/08, *Futura Immobiliare e altri c. Comune di Casoria*, in *Racc.*, p. I-06995. Si segnala che il d.lgs. 507/1993 è stato successivamente abrogato dall'art. 49 del d.lgs. 22/1997 il quale, tuttavia, continuava a contemplare una componente tariffaria determinata in base alla sola presenza nel territorio comunale di riferimento di locali, o aree scoperte ad uso privato non costituenti accessorio o pertinenza dei locali medesimi, a qualsiasi uso adibiti. Oggi, la norma di riferimento per la determinazione della tariffa è costituita dall'art. 238 del d.lgs. 152/2006 che richiama anch'essa i criteri utilizzati dalle disposizioni precedenti. Nel senso di una impostazione del finanziamento del settore sulla base di un metodo strettamente tariffario (e quindi legato alla reale produzione di rifiuti), invece, si è sempre espressa Federambiente, ritenendo tale metodo molto più efficace di quello della tassa di imposizione patrimoniale in quanto maggiormente trasparente oltre che idoneo a responsabilizzare i diversi attori. Si veda FEDERAMBIENTE, *Audizione. Commissione VIII, Ambiente, territorio e lavori pubblici della Camera dei Deputati, Esame in sede consultiva del ddl. "Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali" (collegato ambientale alla legge di stabilità 2014 – AC 2093 Governo)*, Roma, 06.05.2014, disponibile su <http://www.camera.it/temiap/2014/06/24/ OCD177-315.pdf>. In particolare, l'associazione in tale occasione ha sollecitato l'immediata attuazione al comma 667 dell'articolo 1 della legge di stabilità per il 2014 a mente del quale il MATTM, con apposito regolamento, dovrebbe individuare "*i criteri per la realizzazione di sistemi di misurazione puntuale della quantità di rifiuti conferiti al servizio pubblico finalizzati ad attuare un modello di tariffa commisurata al servizio reso*".

possibilità di confronto concorrenziale¹⁴⁴, l'AGCM ha sollecitato le autorità competenti ad una "seria riconsiderazione dell'istituto"¹⁴⁵.

Nonostante la ormai assodata possibilità per i Comuni di abusare dell'istituto in discussione¹⁴⁶, il legislatore non ha risposto tempestivamente agli appelli dell'AGCM; al contrario, con la nota manovra "Salva Italia"¹⁴⁷ si è registrata una modifica dell'art. 195, comma 2, lettera e) del d.lgs. 152/2006 che si è tradotta con l'ulteriore ampliamento della potestà municipale in tema di assimilabilità dei rifiuti. Infatti, l'art. 14, comma 46 della legge 214 del 2011 ha abrogato la parte dell'art. 195 che, individuando un elenco di rifiuti non assimilabili e prevedendo la possibilità di decurtazione della tariffazione in proporzione alle quantità dei rifiuti assimilati che il produttore dimostrasse di aver avviato al recupero tramite soggetto diverso dal gestore dei rifiuti urbani, limitava le possibilità di ricorso all'assimilazione¹⁴⁸. Le ragioni di tale scelta sono chiaramente da rinvenire nel fatto che, come noto, l'assimilazione per delibera comunale è presupposto necessario e sufficiente per l'assoggettabilità delle superfici alla tariffazione obbligatoria¹⁴⁹, pertanto maggiori sono le tipologie ed i quantitativi di rifiuti dei quali i Comuni possono "riservarsi" la gestione, maggiori sono gli introiti per le casse comunali.

¹⁴⁴ AGCM, *Indagine conoscitiva*, cit. par. 200: "Sul punto, occorre altresì rilevare come le imprese titolari dei monopoli gestionali da ultimo citati, per il concreto svolgimento delle attività di raccolta, possano ben ricorrere anche a sub-appalti nei confronti di operatori privati, con ciò determinandosi la definitiva distorsione del confronto concorrenziale altrimenti sussistente con tali imprese. Merita ricordare come l'Autorità, pur in relazione a una diversa previsione del TUA concretante un'agevolazione riconosciuta ai servizi pubblici di raccolta dei rifiuti speciali, abbia già avuto modo di segnalare gli effetti pregiudizievoli per la concorrenza derivanti da simili ricorsi alla prassi del sub-appalto, auspicandone la proibizione o, quantomeno, una sua stretta delimitazione applicativa".

¹⁴⁵ Id., par. 201.

¹⁴⁶ AGCM, *Criteri di assimilabilità dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani*, AS922, 29.03.2012.

¹⁴⁷ d.l. del 6 dicembre 2011, n. 201, disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici, in GU del 6 dicembre 2011, n.284, Suppl. Ordinario n. 251, convertito con modifiche dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214.

¹⁴⁸ Il periodo abrogato è il seguente: "Ai rifiuti assimilati, entro due anni, si applica esclusivamente una tariffazione per le quantità conferite al servizio di gestione dei rifiuti urbani. La tariffazione per le quantità conferite che deve includere, nel rispetto del principio della copertura integrale dei costi del servizio prestato, una parte fissa ed una variabile e una quota dei costi dello spazzamento stradale, e' determinata dall'amministrazione comunale tenendo conto anche della natura dei rifiuti, del tipo, delle dimensioni economiche e operative delle attività che li producono. A tale tariffazione si applica una riduzione, fissata dall'amministrazione comunale, in proporzione alle quantità dei rifiuti assimilati che il produttore dimostri di aver avviato al recupero tramite soggetto diverso dal gestore dei rifiuti urbani. Non sono assimilabili ai rifiuti urbani i rifiuti che si formano nelle aree produttive, compresi i magazzini di materie prime e di prodotti finiti, salvo i rifiuti prodotti negli uffici, nelle mense, negli spacci, nei bar e nei locali al servizio dei lavoratori o comunque aperti al pubblico; allo stesso modo, non sono assimilabili ai rifiuti urbani i rifiuti che si formano nelle strutture di vendita con superficie due volte superiore ai limiti di cui all'articolo 4, comma 1, lettera d), del decreto legislativo n. 114 del 1998. Per gli imballaggi secondari e terziari per i quali risulta documentato il non conferimento al servizio di gestione dei rifiuti urbani e l'avvio a recupero e riciclo diretto tramite soggetti autorizzati, non si applica la predetta tariffazione".

¹⁴⁹ CARISSIMI D., *Assimilabilità*, cit., p. 75: "il comuni hanno tutto l'interesse ad estendere i limiti dell'assimilazione: l'assimilazione per delibera comunale, guarda caso, è presupposto necessario e sufficiente per l'assoggettabilità alla TARSU delle superfici di produzione di rifiuti speciali assimilati".

Il potenziamento della capacità impositiva municipale è stato successivamente ridimensionato per via giurisprudenziale: la Cassazione con sentenza n. 9631 del 2012¹⁵⁰ ha infatti stabilito che la delibera comunale di assimilazione debba individuare i limiti quantitativi dei rifiuti speciali assimilati, pena l'impossibilità di esigere la TARSU¹⁵¹.

In ogni modo, l'impossibilità di riduzione delle imposte dovute al Comune in proporzione alle quantità di rifiuti eventualmente gestiti in via alternativa azzerava completamente le possibilità concorrenziali posto che l'affidamento della gestione a un soggetto terzo o, alternativamente lo sviluppo di un proprio sistema di *reverse logistic* andrebbero a costituire a carico del produttore una inutile duplicazione dei costi¹⁵².

A fronte del permanere (e dell'aggravarsi) delle criticità segnalate, ulteriori sollecitazioni da parte dell'Autorità si sono avute anche in tempi molto recenti.

Nel 2012¹⁵³, a seguito di una segnalazione nella quale si lamentava che molte amministrazioni comunali (o le società affidatarie del servizio di raccolta dei rifiuti urbani), interpretando in maniera impropria la normativa di settore, continuerebbero ad effettuare un'eccessiva assimilazione dei rifiuti speciali agli urbani, l'Autorità ha richiamato le conclusioni dell'indagine del 2008 ed ha nuovamente auspicato la solerte formulazione del decreto ministeriale previsto dalla normativa *“che stabilisca in maniera univoca i criteri per l'assimilabilità ai rifiuti urbani, al fine di definire gli ambiti di discrezionalità delle amministrazioni comunali nell'individuare quantità e qualità delle tipologie di rifiuti speciali da assimilare ai rifiuti urbani”*.

Pochi mesi dopo, in occasione della formulazione delle proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza per il 2013¹⁵⁴, l'Autorità ha dichiarato che il ridimensionamento dell'ampiezza ingiustificata dei diritti di esclusiva e dei fenomeni di assimilazione dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani sia un passaggio *necessario* per garantire maggiore concorrenza *nel* e *per* il mercato, sollecitando per l'ennesima volta il legislatore a procedere all'adozione del decreto per la determinazione dei criteri qualitativi e quali-quantitativi per l'assimilazione al fine di evitare l'arbitraria estensione delle aree soggette ad esclusiva.

¹⁵⁰ Dispositivo: *“Il potere di disapplicare tutti gli atti amministrativi illegittimi costituenti il presupposto per l'imposizione e non soltanto quelli a contenuto normativo o generale [...] è espressione del principio generale dell'ordinamento, contenuto nell'art. 5 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E [...] e dettato nell'interesse, di rilevanza pubblicistica, all'applicazione di tali atti in giudizio solo se legittimi. [...] Orbene, il suindicato potere di disapplicazione degli atti amministrativi costituenti il presupposto dell'imposizione [...] ben può essere esercitato anche di ufficio purché però detti atti siano – nella singola fattispecie sottoposta al suo esame – rilevanti per la decisione”*. Nella specie, la S.C. ha annullato la sentenza impugnata che si era limitata a constatare la regolare approvazione della delibera con cui un Comune aveva provveduto all'assimilazione dei rifiuti speciali non pericolosi a quelli urbani, rilevando che invece era doveroso verificare se in detto provvedimento si fosse proceduto all'indicazione delle caratteristiche qualitative e quantitative dei rifiuti speciali assimilati.

¹⁵¹ CARISSIMI D., *Assimilabilità*, cit., p. 75.

¹⁵² Vale la pena di evidenziare qui la totale analogia con il caso tedesco a cui si rinvia per più approfondite considerazioni circa profili di anticoncorrenzialità. *Supra*, Capitolo I, Parte II, par. 4.1. ss.

¹⁵³ AGCM, *Criteri di assimilabilità dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani*, AS922, 29.03.2012.

¹⁵⁴ AGCM, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013*, AS988, 02.10.2012.

Da ultimo, anche con le proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza per il 2014¹⁵⁵, l'Autorità ha nuovamente sottolineato il carattere prioritario dell'individuazione di criteri di assimilazione dei rifiuti speciali ai rifiuti solidi urbani (RSU) che non consentano di estendere il perimetro della riserva sulla raccolta in esclusiva di RSU ad attività che possono essere svolte in regime di libera iniziativa economica. Ciò al fine di evitare che il gestore in esclusiva della raccolta di RSU sottragga indebitamente quote di mercato alla libera iniziativa economica per effetto di inappropriate decisioni di assimilazione¹⁵⁶.

Tutto ciò considerato, la situazione creatasi a seguito della manovra del 2011 risulta in aperto contrasto con il principio della progressivamente maggiore applicazione delle norme di concorrenza e mercato interno e ignora l'evoluzione tecnologica e gestionale che ha interessato il settore dei rifiuti. Essa, inoltre, impedisce di sfruttare al meglio la redditività del mercato della raccolta dei rifiuti speciali e non si limita ad interventi finalizzati a garantire l'osservanza degli obblighi (ambientali, sociali e di igiene pubblica) sottesi allo svolgimento del servizio di gestione dei rifiuti, con ciò contraddicendo anche il più generale principio di proporzionalità.

In conclusione, si ritiene che, ad oggi, la pratica dell'assimilazione (con la conseguente estensione del regime di privativa) non sia giustificata da necessità ambientali, pratiche o sociali tali da farla rientrare nell'alveo dell'articolo 106, comma 2 TFUE.

A rigore, qualora i Comuni intendessero offrire il servizio di raccolta anche per i rifiuti c.d. assimilabili dovrebbero operare in concorrenza con gli altri operatori tutte le volte in cui ciò sia possibile; invece, per le tipologie di rifiuti assimilabili per cui il mercato non dovesse risultare da solo sufficiente a garantire la corretta gestione, allora l'intervento comunale sarebbe da intendere come sussidiario e obbligatorio, proprio in virtù della qualificazione della gestione dei rifiuti come servizio pubblico.

Il principale, se non l'unico, motivo per cui i Comuni invece abusano dell'assimilazione è l'ampliamento del gettito del tributo imponibile. Per questo, si ritiene che il legislatore debba procedere senza ulteriori indugi all'adozione dell'invocato decreto ministeriale non solo per definire i criteri quali-quantitativi dell'assimilazione, ma altresì per arginarne l'applicabilità alle sole ipotesi residuali appena menzionate.

¹⁵⁵ AGCM, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2014*, AS1137, 04.07.2014.

¹⁵⁶ L'Autorità sollecita anche la modifica dell'art. 1, co. 649, della l. n. 147/2013, "al fine di: eliminare la disposizione che attribuisce ampia discrezionalità ai Comuni nell'individuare i rifiuti cui si applica il divieto di assimilazione". Tale disposizione prevede: "Nella determinazione della superficie assoggettabile alla TARI non si tiene conto di quella parte di essa ove si formano, in via continuativa e prevalente, rifiuti speciali, al cui smaltimento sono tenuti a provvedere a proprie spese i relativi produttori, a condizione che ne dimostrino l'avvenuto trattamento in conformità alla normativa vigente. Per i produttori di rifiuti speciali assimilati agli urbani, nella determinazione della TARI, il comune, con proprio regolamento, può prevedere riduzioni della parte variabile proporzionali alle quantità che i produttori stessi dimostrino di avere avviato al recupero".

4.4. Transitorietà della privativa.

Per completezza, la trattazione del problema richiede a questo punto un'ultima riflessione sulle future sorti del regime di privativa.

Secondo autorevole dottrina¹⁵⁷, il legislatore del 1982 con la privativa aveva inteso in qualche modo tutelare il ruolo dei Comuni, tradizionalmente titolari dei servizi pubblici, in un momento in cui si cominciava ad avvertire l'esigenza di superare la frammentazione dei servizi in favore di una loro gestione su aree più vaste ed economicamente e funzionalmente più efficaci¹⁵⁸.

Nel corso degli anni tale "tensione dimensionale" non ha fatto altro che acuirsi, sino a che con il d.lgs. 22/1997, in risposta alle esigenze di industrializzazione del servizio¹⁵⁹ il legislatore ha introdotto la nuova figura dell'Ambito Territoriale Ottimale ("ATO"), generalmente coincidente con la Provincia, quale soggetto intermedio fra Comuni e Regione e competente ad assicurare sul territorio una "gestione unitaria" dei rifiuti in area vasta¹⁶⁰.

La spinta verso modelli gestionali di tipo aggregativo derivante dall'introduzione degli ATO veniva mitigata dalla riconferma del regime di privativa e dalla previsione della possibilità di gestioni secondo modalità "cooperative" o di "coordinamento". Questa scelta va probabilmente interpretata nel senso della volontà del legislatore di indirizzare l'evoluzione del sistema gestionale senza imporre una modifica radicale, ma prevedendo una sorta di regime transitorio, "*come a voler valutare sul campo i risultati di queste esperienze, prima di dare ad esse un assetto definitivo*". In ogni caso, il concetto di "gestione unitaria", pur ammettendo la presenza di gestioni separate con riguardo alle varie fasi della filiera dei rifiuti, conduce necessariamente al progressivo superamento delle divisioni territoriali e quindi al superamento delle gestioni comunali in favore di quelle ad opera delle nuove strutture organizzative di tipo aggregativo. Tale evoluzione, dovrebbe, di conseguenza portare con sé anche un ripensamento del tradizionale istituto della privativa comunale¹⁶¹.

In questo senso sembra propendere anche il contenuto dell'art. 198 del d.lgs. 152/2006 che ha limitato temporalmente il regime di privativa e la prosecuzione delle gestioni comunali sino all'affidamento del servizio da parte dell'ATO. Secondo la dottrina, da una tale previsione si potrebbe legittimamente ricavare che, "*una volta avvenuto tale affidamento, il servizio non sarebbe più assistito da privativa, soluzione che potrebbe avere una logica se si tiene conto che - con*

¹⁵⁷ MONTANARO R., *La gestione dei rifiuti urbani: una difficile svolta*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2, 2005, p. 271.

¹⁵⁸ L'art. 6 del decreto infatti affida per la prima volta alle regioni una generale competenza pianificatoria della gestione dei rifiuti.

¹⁵⁹ Ancora oggi l'industrializzazione del servizio viene considerata l'obiettivo al quale tendere al fine di garantire l'efficienza del settore. Sul punto, ANTONIOLI B., *Il servizio di gestione dei rifiuti tra concorrenza e autoproduzione*, in *Economia delle fonti dell'energia e dell'ambiente*, n. 1, 2008, p. 10: "*In termini di struttura del mercato, occorre rilevare la necessità di industrializzazione del settore, in buona parte legata alla cospicua mole di investimenti, nonché all'adozione di modelli gestionali maggiormente tarati su una logica di carattere industriale*".

¹⁶⁰ *Id.*, p. 274.

¹⁶¹ *Id.*, p. 275.

*l'istituzione dell'ambito - il servizio dovrebbe raggiungere una soglia minima di efficienza tale da non essere più necessaria la gestione in esclusiva*¹⁶².

In termini di transitorietà delle funzioni esercitate dai Comuni pare esprimersi anche la sezione regionale lombarda della Corte dei Conti, in un recente parere¹⁶³ con cui ha chiarito che le normative vigenti¹⁶⁴ impongono che la gestione dei servizi pubblici a rete di rilevanza economica, tra cui la gestione dei rifiuti urbani, sia affidata agli ambiti territoriali ottimali ("ATO") che le regioni devono individuare ai sensi dell'art. 3-bis del d.l. 138/2011. Le regioni sono inoltre tenute ad individuare gli organi di governo degli ambiti, ed a prevederne la dimensione di norma non inferiore a quella dei territori provinciali. La Corte conferma inoltre che *"nelle more dell'istituzione degli Ato permane in capo ai Comuni la potestà di gestione dei servizi di igiene ambientale"*¹⁶⁵.

In conclusione, dunque, come è accaduto con le altre ipotesi di privativa comunale che si sono discusse all'inizio della presente trattazione, pare che anche la privativa sulla gestione dei rifiuti, in un'ottica di applicazione delle regole di concorrenza è destinata, presto o tardi, a scomparire per essere sostituita con altre soluzioni meno restrittive della concorrenza.

5. Conclusioni.

Riepilogando il ragionamento sin qui sviluppato: i. è stato appurato che dalla qualificazione della gestione dei rifiuti (e quindi di tutte le attività di raccolta/trasporto, recupero e smaltimento) come servizio pubblico discendono importanti conseguenze in termini concorrenziali, in particolare, l'obbligatorietà di garantire lo svolgimento del servizio nel rispetto di alcuni requisiti minimi e la possibilità di derogare alle norme sulla concorrenza prevedendo l'attribuzione in favore del gestore del servizio pubblico di diritti speciali o di esclusiva; ii. il legislatore italiano ha optato per l'introduzione di un diritto di esclusiva particolarmente forte coincidente con il regime di privativa comunale per alcune delle fasi di gestione dei rifiuti basandosi sulla tradizionale classificazione dei rifiuti in speciali ed urbani; iii. l'unica fase nella quale ad oggi il diritto di privativa risulta essere ammissibile è quella della raccolta dei rifiuti urbani, mentre nelle altre fasi, all'obbligatorietà di garantire lo svolgimento del servizio pubblico dovrebbero corrispondere forme di incentivo meno restrittive della concorrenza; iv. in ogni caso, anche rispetto alla raccolta dei rifiuti urbani sembra che la tendenza, proprio nell'ottica della industrializzazione del settore e di una sua più netta apertura alla concorrenza, sia quella di una ulteriore restrizione della sua ap-

¹⁶² FONDERICO, *Il comune regolatore*, cit., p. 157.

¹⁶³ Corte dei Conti, Regione Lombardia, Sezione Controllo, Deliberazione n. 20 del 17.01.2014, disponibile su <https://servizi.corteconti.it/bdcaccessibile/ricercaInternet/doDettaglio.do?id=469-22/01/2014-SRCLOM>.

¹⁶⁴ Vale a dire l'art.3-bis del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo, in GU del 13 agosto 2011, n.188, convertito con modificazioni dalla Legge 14 settembre 2011, n. 148, in G.U. del 16 settembre 2011, n. 216 e l'art. 34, comma 23 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese, in GU del 19 ottobre 2012, n.245, Suppl. Ordinario n. 194, convertito con modificazioni dalla Legge 17 dicembre 2012, n. 221, in G.U. del 18 dicembre 2012, n. 294, Suppl. ordinario n. 208.

¹⁶⁵ Corte dei Conti, Deliberazione n. 20 del 17.01.2014, cit.

plicazione o di una sua sostituzione con altre forme di incentivo per il soggetto affidatario del servizio pubblico.

Tutto ciò premesso, non resta che passare allo studio delle ulteriori problematiche concorrenziali concernenti il mercato della raccolta dei rifiuti urbani.

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.
Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"
di CORBETTA SERENA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

PARTE III

Il mercato della raccolta

CAPITOLO II

Il problema dell'affidamento

SOMMARIO: 1. – Premessa. 2. – Le forme di affidamento dei servizi previste a livello comunitario. 2.1. – L'affidamento mediante procedure ad evidenza pubblica. 2.2. – Il partenariato pubblico privato. 2.3. – L'in-house providing. 2.3.1. – Il controllo analogo. 2.3.2. – L'attività prevalente o principale. 3. – La disciplina nazionale. 3.1. – Il previgente regime: prima e dopo l'avvento dell'art. 23-bis. 3.1.1. – Le critiche all'23-bis. 3.2. – L'attuale regime: analisi della normativa e della giurisprudenza dopo l'abrogazione dell'art. 23-bis. 4. – Conclusioni.

1. Premessa.

La principale conseguenza che deriva dalla configurazione del mercato della raccolta dei rifiuti urbani come monopolio naturale, ossia come mercato in cui, per via delle sue caratteristiche intrinseche l'unica forma di gestione economicamente profittevole preveda la presenza di un solo operatore, è l'impossibilità di attuare in esso alcuna forma di concorrenza *nel* mercato.

Pertanto, la forma di intervento proconcorrenziale solitamente perseguita è la c.d. concorrenza *per il* mercato¹ che, come noto, si realizza mediante l'anticipazione della competizione al momento antecedente l'esercizio del servizio, vale a dire al momento del suo *affidamento*² attraverso l'esperimento di gare, o, in altri termini, alla fase della *acquisizione del diritto temporaneo a servire il mercato in condizioni di monopolio*³.

In questo capitolo, dopo aver effettuato una ricostruzione della disciplina dell'affidamento a livello europeo e dell'evoluzione che essa ha avuto nel tempo, si passerà all'esame della corrispon-

¹ Un'altra possibile opzione finalizzata ad evitare comportamenti abusivi da parte del monopolista è data dalla "regolazione", definibile come "l'uso del potere coercitivo dello Stato allo scopo di limitare la libertà di decisione di determinati agenti economici, tipicamente imprese dotate di potere di mercato e attive in settori che il policy maker giudica di particolare rilevanza per la collettività". Si veda GIOCOLI N., *Impresa, concorrenza, regole. Elementi per un'analisi economica*, Torino, Giappichelli, 2009, parr. 5.2, 5.3., 6, pp. 114 ss.

² ANTONIOLI B., *Il servizio di gestione dei rifiuti tra concorrenza e autoproduzione*, in *Economia delle fonti dell'energia e dell'ambiente*, n. 1, 2008, p. 8.

³ MELE R., *Strategie e politiche di marketing delle imprese di pubblici servizi*, Padova, CEDAM, 1993, p. 213: "[la concorrenza nel mercato] è praticabile per quei servizi nei quali o non si presentano i problemi tipici del monopolio naturale, oppure ove questi ultimi possono essere risolti con una efficace separazione verticale del processo. La concorrenza per il mercato, invece, trasferisce la competizione tra le imprese nella fase di acquisizione del diritto temporaneo a servire il mercato in condizioni di monopolio. Il meccanismo mediante il quale lo Stato concede ad un'impresa la gestione pro tempore di un servizio pubblico è costituito da una gara o asta nella quale risulterà vincitrice l'impresa che offra il servizio al più basso prezzo. [...] Tale politica appare praticabile per quei servizi pubblici in cui la configurazione industriale più efficiente sia quella del monopolio, vale a dire nel caso che un'unica impresa è in grado di gestire l'attività in modo più efficiente di qualsiasi altra combinazione di due o più imprese".

dente disciplina nazionale. Essa si presenta come una normativa farragginosa ed instabile ed ancora oggi mancante di un quadro giuridico “compiuto”⁴.

Se le considerazioni di instabilità della legislazione e del suo essere in continuo divenire valgono per l'intero settore dei servizi pubblici, il tema delle modalità del loro affidamento ne costituisce la massima espressione: si tratta, infatti del fronte sul quale si sono combattute accese battaglie fra sostenitori della supremazia del mercato e della concorrenza e sostenitori dell'intervento pubblico nelle sue diverse forme⁵. Le continue tensioni fra i due schieramenti hanno originato un incessante andirivieni legislativo (ora in favore dell'una, ora in favore dell'altra posizione) che è stato addirittura definito da alcuni come il frutto di un atteggiamento a dir poco *schizofrenico*⁶.

Nel presente capitolo, dunque, si cercherà di dare conto dell'attuale stato dell'arte della disciplina sulle modalità di affidamento dei servizi pubblici cercando di evidenziare il peso che i diversi interventi legislativi (e relative revisioni) hanno attribuito ai valori concorrenziali, inquadrando l'analisi entro l'opportuna cornice comunitaria e riepilogando per sommi capi il complesso iter normativo concentrandosi, tuttavia, sulle sole implicazioni strettamente concorrenziali dei vari passaggi presi in esame.

⁴ Ed infatti, pur essendo trascorsi più di trent'anni di intenso dibattito dai primi studi in materia, sono ancora oggi gravemente attuali le considerazioni espresse dal Merusi nei primissimi anni '90, quando metteva in luce il “*carattere instabile*” della disciplina dei servizi pubblici, composta da “*leggi che si succedono nell'arco breve di pochi anni; continui progetti di legge di variazioni annunciate che non trovano realizzazione, materie che entrano ed escono dalla definizione di pubblico servizio, pronunce giurisprudenziali che mutano radicalmente, e più volte, indirizzo nel giro di pochi mesi anche quando chi le emana è il supremo organo di nomofilachia*”. Si veda MERUSI F., *Servizi pubblici instabili*, Il Mulino Editore, 1990, p. 7.

⁵ Non mancano, poi, autori che prendono le distanze da questa diatriba e impostano il problema in termini differenti: “*La competitività e la gestione dei servizi pubblici viene spesso ricondotta dai governi dei paesi occidentali alle politiche di apertura al mercato ed a quelle di privatizzazione. In realtà, se si analizzano i contributi della letteratura internazionale e i risultati di alcuni studi empirici, la questione appare ben più articolata, tanto che non sembra possibile, allo stato attuale, schierarsi dalla parte di chi sostiene la supremazia del mercato e della concorrenza, né dalla parte di quanti credono nell'intervento pubblico, nelle sue diverse forme. Altri appaiono in realtà fattori di ben maggiore importanza e, tra questi, le dimensioni degli operatori, la loro integrazione interorganizzativa e le tecnologie da questi utilizzate*”. LOMBRANO A., *L'efficacia comparative delle politiche di privatizzazione. Il caso dei servizi di igiene ambientale*, in MELE R., MUSSARI R., a cura di, *L'innovazione della governance e delle strategie nei settori delle public utilities*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 191 ss.

⁶ Fra i molti ad aver fatto uso di quest'espressione, AVINO A., *Inapplicabilità dell'art. 4 D.L. 138/2011 alle procedure di affidamento già avviate al momento della sua entrata in vigore*, 8 febbraio 2012, disponibile su <http://www.dirittodeiservizipubblici.it/articoli/articolo.asp?sezione=dettarticolo&id=467>. Di nuovo, ancor più di recente, ZICARO V., *Il regime dei servizi pubblici locali: nozione 'sospesa' tra modifiche legislative ed esigenze di liberalizzazione*, in *Giustizia Amministrativa – Rivista di Diritto Pubblico on-line*, 31 dicembre 2013. Altro autore, nel definire le modifiche che hanno interessato il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, d.lgs. 267 del 2000, utilizza il termine “*psicodramma*”. Si veda ARNAUDO L., PIETROPAOLO G.M., *Ambiente e concorrenza. Il caso delle gestioni consortili in Italia*, in *MCR*, n. 1, 2011, p. 167.

2. Le forme di affidamento dei servizi previste a livello comunitario.

In ambito europeo, le forme di affidamento dei servizi pubblici sono tre: l'affidamento a seguito di procedure ad evidenza pubblica, l'affidamento mediante il c.d. partenariato pubblico privato e l'affidamento *in-house*.

Ad una prima lettura della normativa europea, non si rinviene alcuna preferenza del legislatore comunitario per l'una o l'altra modalità di affidamento, le quali, al contrario, sembrano avere tutte pari dignità ed essere ugualmente applicabili, ciascuna in presenza di precise circostanze di fatto e di diritto: la scelta di optare per l'una o l'altra verrebbe rimessa al libero apprezzamento dei singoli Stati che, sulla base dei principi di sussidiarietà ed auto-organizzazione, sono liberi di adempiere ai propri compiti di interesse pubblico, ove ne ricorrano le condizioni, anche mediante i propri strumenti già presenti all'interno delle singole amministrazioni, senza necessariamente ricorrere a soggetti esterni⁷.

In tal senso, alcuni autori affermano che *“il diritto comunitario resta del tutto indifferente alla scelta amministrativa tra esternalizzazione (ricorso alla gara) e gestione in ambito pubblico (in house)”*⁸, mentre altri fanno propria una nozione di *“irrelevanza”* per il diritto comunitario delle scelte amministrative e organizzative concretamente effettuate dagli Stati in tema di affidamento dei servizi⁹.

Secondo la dottrina da ultimo richiamata, infatti, se si analizza il fondamento europeo del principio di concorrenza, si noterà che le sole *“regole di concorrenza”* aventi una legittimazione comunitaria sarebbero quelle contenute nel Titolo VII del Trattato¹⁰. Tali norme riguardano non già la conformazione dei mercati, bensì gli specifici *comportamenti* o *condotte* delle imprese e degli Stati che sono vietati nella misura in cui risultano distorsivi della concorrenza¹¹. Ed invero, in alcun punto del Trattato, si trovano disposizioni tali da implicare una *“preferibilità”* dell'attività

⁷ MAMELI B., *L'in-house tra regola ed eccezione*, in Responsabilità Civile e Previdenza, n. 10, 2010, p.1949: *“Nel rispetto del principio di sussidiarietà, che impone all'Unione europea di rispettare l'autorganizzazione dell'amministrazione dello Stato membro, il diritto comunitario resta del tutto indifferente alla scelta amministrativa tra esternalizzazione (ricorso alla gara) e gestione in ambito pubblico (in house). L'autorità pubblica può legittimamente scegliere di adempiere ai propri compiti di interesse pubblico mediante i propri strumenti, senza essere obbligata a fare ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi.”*

⁸ *Id.*

⁹ TRIMARCHI BANFI F., *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. Amm.*, n.1-2, 2013, p. 31: *“l'art. 345 del TFUE che, riproducendo alla lettera il testo originario del TCE, afferma l'indifferenza del diritto dell'Unione per la proprietà pubblica o privata. Il che è coerente con il sistema del diritto europeo, che persegue bensì la parità del confronto competitivo tra le imprese — qualunque sia il proprietario — ma affida tale parità alle regole di concorrenza che esso stesso detta”.*

¹⁰ TFUE, Titolo VII, Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni, Capo I, Regole di concorrenza, Sezione I, Regole applicabili alle imprese (artt. 101-106), Sezione II, Aiuti concessi dagli Stati (artt. 107-109).

¹¹ Ed infatti, le concentrazioni non sono vietate *a priori*, ma solo qualora rilevanti ai sensi dell'articolo 101, il monopolio o l'oligopolio non sono incompatibili con i principi concorrenziali se non nella misura il cui integrino un'ipotesi di abuso di posizione dominante e così anche gli aiuti concessi dagli Stati, sotto determinate condizioni, sono ammissibili, come anche l'attribuzione di diritti esclusivi può avere luogo, purché entro i limiti di cui all'art. 106, comma secondo.

economica privata rispetto a quella pubblica, né da imporre la limitazione del ricorso a questa seconda ipotesi al fine di prevenire eventuali situazioni di disparità di trattamento che dovrebbero invece essere risolte intervenendo sui *comportamenti/condotte* delle imprese (o degli Stati) utilizzando opportunamente le “regole di concorrenza” messe a disposizione dall’ordinamento. Infine, proprio in ragione del principio di “parità del confronto concorrenziale fra imprese”, l’iniziativa economica pubblica e quella privata dovrebbero essere considerate tra loro equivalenti, di conseguenza, qualsiasi disposizione che ponga l’una in posizione sussidiaria rispetto all’altra, negherebbe in radice il principio di concorrenza medesima¹².

Fatte queste premesse *di principio*, sarà interessante verificare se ad esse corrisponde anche una coerente applicazione pratica da parte degli organi giurisdizionali (europei e nazionali) in sede di risoluzione delle controversie, nonché da parte del legislatore italiano, in sede di recepimento delle norme e degli orientamenti europei.

2.1. L’affidamento mediante procedure ad evidenza pubblica.

La disciplina delle procedure ad evidenza pubblica, o con affidamento del servizio a seguito di sollecitazione del mercato mediante gara non è direttamente contenuta nel Trattato, bensì la si ritrova compiutamente articolata nelle direttive 17 e 18 del 2004, recentemente sostituite dalle direttive 23, 24 e 25 del 2014¹³.

¹² TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza*, cit., p. 32: “Le sole disposizioni generali del diritto europeo in tema di concorrenza sono appunto “le regole di concorrenza”, contenute nell’omonimo Titolo VII del Trattato. Queste disposizioni hanno ad oggetto specifici comportamenti delle imprese e degli Stati, che sono vietati perché distorsivi della concorrenza. Nulla si ricava dal Trattato nel testo vigente e in quelli che lo hanno preceduto che prescriva un dato assetto dei mercati e la sussidiarietà dell’attività economica pubblica rispetto a quella dei privati. L’effettività del confronto competitivo tra imprese pubbliche e imprese private è il risultato (auspicato) dei divieti posti dalle regole di concorrenza, non vi sono invece disposizioni di carattere generale, esplicite o implicite, che al fine di prevenire il rischio di disparità di fatto tra imprese private e imprese pubbliche, richiedano che la presenza di queste ultime venga limitata. Se, come è stato osservato, il confronto competitivo tra impresa pubblica e impresa privata è falsato dai privilegi di fatto dei quali godono le imprese pubbliche, grazie ai rapporti che esse intrattengono con le autorità, la soluzione va ricercata in misure che correggano questo stato di cose, integrando opportunamente le norme poste a tutela della concorrenza. L’idea di conferire effettività alla libertà d’impresa privata rendendo l’attività economica pubblica sussidiaria rispetto alle iniziative dei privati, nega alla radice il principio stesso di concorrenza (alle cui distorsioni si afferma di voler porre riparo) togliendo senz’altro di mezzo il concorrente”. In maniera del tutto analoga, anche CUOCOLO L., *I servizi di interesse generale*, in FERRARI G.F., *Diritto pubblico dell’economia*, 2. ed., Milano, Egea, 2013, p. 498 ss. dove, delineando la differenza intercorrente fra il concetto di “concorrenza economica” e quello di “concorrenza in funzione dell’imparzialità della pubblica amministrazione”, afferma che “[...] le regole di concorrenza richiamate nel secondo comma dell’art. 106 non possono che essere quelle stesse regole enunciate nel capo intitolato “regole di concorrenza” e, precisamente, negli articoli della sezione I, dedicata appunto alle “regole applicabili alle imprese””.

¹³ Per la precisione, si tratta della Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali; e della Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. Tali direttive hanno riorganizzato la disciplina su appalti e concessioni e hanno abrogato la Direttiva 92/50/CEE ad eccezione dell’articolo 41, e le Direttive 93/36/CEE e 93/37/CEE, tutte concernenti il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di pubblici servizi. A propria volta, le citate direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE sono state abrogate rispettivamente dalla direttiva del 26 febbraio 2014, n. 25 sulle procedure d’appalto degli enti erogato-

Tali direttive, oltre a contenere la disciplina dell'evidenza pubblica, richiamano anche alcuni fondamentali principi del Trattato quali il principio di non discriminazione (art. 18), di libera circolazione delle merci (artt. 28 ss.), delle persone, dei servizi e dei capitali (artt. 45 ss.), di libertà di stabilimento (artt. 49 ss.), di libera prestazione dei servizi (artt. 56 ss.) e di tutela della concorrenza (art. 101 e ss.)¹⁴ che la Corte di Giustizia nella sua giurisprudenza ha da sempre interpretato nell'ottica del raggiungimento del principale obiettivo del Trattato, ossia la creazione di un mercato unico¹⁵.

ri nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (anche detta "Direttiva Utilities") e dalla direttiva del 26 febbraio 2014 n. 24 sugli appalti pubblici (anche detta "Direttiva appalti"). In pari data, si segnala anche l'adozione della direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (anche detta "Direttiva concessioni"). Come si nota, per lungo tempo, l'istituto della concessione non ha avuto un'adeguata regolamentazione; questo vuoto normativo ha causato problemi interpretativi di vario genere ed è stato all'origine di un amplissimo dibattito dottrinale. Per una ricostruzione delle diverse posizioni sviluppatasi a livello nazionale, si rinvia a VILLATA R., *Pubblici servizi, discussioni e problemi*, 3 ed., Milano, Giuffrè, 2003, cap. II – *sulla distinzione tra concessione di pubblici servizi ed appalto di servizi*, p. 65-92. A livello nazionale, tradizionalmente, la distinzione fra appalto e concessione veniva basata sulla struttura del rapporto: bilaterale, nel caso dell'appalto (ossia coinvolgente due soli soggetti: l'amministrazione e l'appaltatore); trilaterale, nel caso della concessione (coinvolgente un terzo soggetto ulteriore rispetto alla pubblica amministrazione e al concessionario, ossia gli utenti). A livello europeo, invece, la distinzione è stata fondata sull'allocazione del rischio economico della gestione. In questi termini, il concessionario opera sopportando questo rischio poiché, diversamente dall'appaltatore, non riceve da parte della pubblica amministrazione un prezzo o corrispettivo contrattualmente stabilito e garantito, ma viene remunerato dagli utenti in base alla gestione del servizio che effettua e quindi i suoi ricavi sono sottoposti ad un'alea che nel contratto di appalto sarebbe del tutto assente. CLARICH M., a cura di, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 208 ss. Occorre segnalare che, nel corso degli anni, a livello europeo si è assistito ad un'applicazione dei principi fondamentali e dei vincoli previsti dalla disciplina degli appalti con riguardo ai meccanismi di apertura del mercato alla concorrenza e di imparzialità delle procedure di aggiudicazione progressivamente estesa anche all'ipotesi di concessione. In conseguenza di questo atteggiamento, oggi, limitatamente a tali profili, pare che il distinguo sia quasi irrilevante e che i due regimi siano assolutamente allineati, se non equivalenti. FERRARI G.F., *Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?*, in *DPCE*, n. 1, 2006, pp. 272 ss: "L'esclusione della concessione dalla sfera del diritto comunitario non la sottrae all'applicazione dei principi fondamentali del Trattato, e in particolare quelli di non discriminazione in base alla nazionalità, della libertà di stabilimento e del divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento come applicazioni del principio di libertà di trattamento, dei corollari in termini di trasparenza, pubblicità in funzione dell'apertura alla concorrenza e verificabilità dell'imparzialità delle procedure di aggiudicazione". Sulla somiglianza fra appalti e concessioni a livello di diritto comunitario, si veda anche COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 30 aprile 2004, COM/2004/327 definitivo, par. 9: "In base al diritto comunitario derivato, ogni contratto stipulato per iscritto a titolo oneroso fra un'amministrazione aggiudicatrice ed un operatore, nella misura in cui ha per oggetto l'esecuzione di lavori, la realizzazione di un'opera o la prestazione di un servizio è definito "appalto pubblico" di lavori o di servizi. Il concetto di "concessione" è definito come un contratto con le stesse caratteristiche di un appalto pubblico ad eccezione del fatto che la contropartita dei lavori o dei servizi effettuati consiste soltanto nel diritto di sfruttare l'opera o il servizio ovvero in tale diritto accompagnato da un prezzo" che richiama la definizione di concessione fornita dalla Direttiva 2004/17/CE, art. 1, comma 3, lett. a e b. Infine, si rinvia anche a CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike giuridica editrice s.r.l., 2009, p. 1348.

¹⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non solo o parzialmente disciplinate dalle Direttive "appalti pubblici"*, 1 agosto 2006, COM 2006/C 179/02, punto 1.1., Disposizioni e principi del trattato CE.

¹⁵ Ad esempio CGCE, sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale BAU*, in *Racc.*, I-11655, punto 51: "il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci e a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori econo-

E così, analizzando da vicino le decisioni comunitarie, si noterà come la libera concorrenza sia vista quale strumento indispensabile all'instaurazione del mercato unico¹⁶, oltre che fattore di sviluppo dell'economia per la sua capacità di stimolare l'iniziativa economica, nonché l'innovazione e il progresso tecnologico¹⁷.

Le procedure ad evidenza pubblica, a loro volta, sono intese quali mezzi per realizzare le condizioni di libera concorrenza¹⁸, sempre nella prospettiva di favorire l'instaurazione del libero mercato.

Ne viene che il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica si rende necessario ogniqualvolta ci si trovi in una situazione idonea a compromettere la corretta manifestazione della libera concorrenza: per questa ragione, i principi di cui ai menzionati articoli del Trattato, nonché i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza godono di un'applicazione *generale* che va oltre le specifiche tipologie contrattuali regolate dalle direttive citate.

Sul punto, la Corte ha esplicitamente dichiarato che *“sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato”*¹⁹.

mici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro”.

¹⁶ STEFANANGELI F., GALETTI BEER M., *L'evoluzione del principio di evidenza pubblica*, articolo del 11 gennaio 2011, disponibile su www.contabilita-pubblica.it: *“La normativa comunitaria pone al centro della sua attenzione la disciplina della concorrenza come strumento per il raggiungimento del mercato unico attraverso la realizzazione delle quattro libertà fondamentali, di circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali (art. 3, comma 1, lett. c e g, comma 2, Trattato CE)”*. Si veda anche CGCE, sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, *Manne-smann*, in *Racc.*, p. I-102, punto 43: *“Lo scopo della direttiva 93/37, consiste nell'effettiva realizzazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti pubblici di lavori”*.

¹⁷ TRIMARCHI BANFI F., *Il principio di concorrenza*, cit., *passim*, in particolare, p. 17: *“Il principio di concorrenza presenta una peculiarità che gli deriva dal valore che viene attribuito alla concorrenza quale strumento di efficiente allocazione delle risorse e, per questa via, quale mezzo principe per la promozione della crescita economica. In virtù di questa qualità l'ordine della concorrenza non si presenta come un mezzo tra altri, pure ipotizzabili, per promuovere il benessere economico e si identifica, piuttosto, con quest'ultimo. L'attitudine del mezzo a raggiungere il fine ne fa tutt'uno con il fine”*, p. 18: *“[La cultura corrente] assegna alla concorrenza la virtù della razionalità e dell'attitudine ad operare per il progresso economico”* e ancora p. 21: *“la concorrenza appare, nell'opinione corrente, come mezzo insostituibile per la crescita economica e, così, per la promozione della prosperità collettiva”*.

¹⁸ FRACCHIA F., GILI L., *Ordinamento dell'Unione Europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione – profili sostanziali e processuali*, Editoriale Scientifica, 2013, p. 46: *“La preoccupazione del diritto dell'Unione Europea è invece differente [da quella nazionale], in quanto intende garantire il libero gioco della concorrenza sul mercato degli appalti”*. Anche CGCE, sentenza 16 settembre 1999, causa C-27/1998, in *Racc.*, I-5709, punti 26 e 27: *“Secondo il decimo 'considerando' della direttiva 93/37, questa mira a garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici [...] l'art. 22, n. 2, della direttiva 93/37 persegue esplicitamente tale obiettivo disponendo che, quando le amministrazioni aggiudicatrici attribuiscono un appalto mediante procedura ristretta, il numero dei candidati ammessi a presentare le loro offerte deve in ogni caso essere sufficiente ad assicurare una concorrenza reale”*.

¹⁹ CGCE, ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, in *Racc.*, I-9507, par. 19 e 20: *“19. Per statuire sulle questioni poste occorre rammentare preliminarmente che le direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applicano soltanto ai contratti il cui valore supera un determinato limite previsto e spressamente in ciascuna delle dette direttive. Tuttavia, il solo fatto che il legislatore comunitario abbia considerato*

Inoltre, non vi è dubbio che il diritto dell'Unione Europea si applichi anche alle relazioni intercorrenti fra soggetti pubblici, nonostante questi possano auto organizzarsi nella misura in cui ciò non pregiudichi l'aggiudicazione di appalti e non provochi una distorsione della concorrenza nei confronti degli operatori economici privati²⁰. E' questo il caso del c.d. *partenariato pubblico-pubblico*²¹ che, assieme all'ipotesi dell'in-house providing che si esplorerà fra poco, costituisce l'unico caso in cui si può sfuggire all'applicazione della disciplina sugli appalti e, in particolare, alla gara.

Stanti queste premesse, ben si comprende perché la normativa europea si sia concentrata soprattutto sulla *fase di selezione del contraente*²²: è in questa fase più che in ogni altra, infatti, che occorre garantire l'applicazione dei principi concorrenziali e di libero mercato, ossia la possibilità per tutti i possibili soggetti interessati di partecipare alle procedure di gara in condizioni di parità di trattamento e non discriminazione, nonché il rispetto dei generali obblighi di trasparenza e im-

che le procedure particolari e rigorose previste in tali direttive non sono adeguate allorché si tratta di appalti pubblici di scarso valore non significa che questi ultimi siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario. 20. Infatti, sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono cionondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato (v., in tal senso, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress, Racc. pag. I-10745, punto 60)".

²⁰ Si veda la proposta di Direttiva sugli appalti pubblici presentata nel dicembre 2011, COM(2011)896 definitivo 2011/0438/COD ed il cui testo di compromesso è stato approvato il 12 luglio 2013. A. ARONA, *Accordo finale sulla nuova direttiva appalti*, disponibile su <http://www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com/sfogliabile/index.php>. Al considerando (14) di tale documento, si legge che "il solo fatto che entrambe le parti di un accordo sono esse stesse amministrazioni aggiudicatrici non esclude l'applicazione delle norme sugli appalti. Tuttavia, l'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici non deve interferire con il diritto delle autorità pubbliche di decidere liberamente come organizzare il modo di svolgere i propri compiti di servizio pubblico. Gli appalti aggiudicati ad enti controllati o di cooperazione per la realizzazione in comune di compiti di servizio pubblico delle amministrazioni aggiudicatrici partecipanti dovrebbero pertanto essere esentati dall'applicazione delle norme se le condizioni stabilite nella direttiva sono soddisfatte. Le norme della direttiva sono volte a garantire che una qualsiasi cooperazione pubblico-pubblico esentata non provochi una distorsione della concorrenza nei confronti di operatori economici privati. E neppure la partecipazione di un'un'amministrazione aggiudicatrice come offerente a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico provochi una distorsione della concorrenza. Qualora una delle diverse condizioni di esenzione dall'ambito di applicazione della presente direttiva non risulti più soddisfatta nel corso del contratto o della cooperazione che siano esentati dalle norme in materia di appalti, il contratto o la cooperazione in essere devono essere aperti alla concorrenza secondo le normali procedure di gara". Si segnala che la medesima dicitura si ritrova nella direttiva 2014/24/CE, al considerando 31: "Il solo fatto che entrambe le parti di un accordo siano esse stesse autorità pubbliche non esclude di per sé l'applicazione delle norme sugli appalti. Tuttavia, l'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici non dovrebbe interferire con la libertà delle autorità pubbliche di svolgere i compiti di servizio pubblico affidati loro utilizzando le loro stesse risorse, compresa la possibilità di cooperare con altre autorità pubbliche. Si dovrebbe garantire che una qualsiasi cooperazione pubblico-pubblico esentata non dia luogo a una distorsione della concorrenza nei confronti di operatori economici privati nella misura in cui pone un fornitore privato di servizi in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti".

²¹ FRACCHIA F., GILI L., *Ordinamento dell'Unione Europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 56; MAZZAMUTO M., *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"*, in *Giur. it.*, 2013, 1416-1420 e bibliografia ivi riportata; SANTACROCE C.P., *Osservazioni sul «partenariato pubblico-pubblico», tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Giustamm.it*, 26.6.2014.

²² FERRARI E., *I contratti della Pubblica Amministrazione in Europa*, Giappichelli, 2003, introduzione.

parzialità delle procedure di aggiudicazione, pubblicità dei criteri di selezione e proporzionalità dei requisiti rispetto all'oggetto della prestazione.

La delicatezza ed estrema importanza di questa fase emerge prepotentemente anche nella seconda delle modalità di affidamento dei servizi, quella del partenariato pubblico-privato, che per questo motivo è stata fra le maggiormente dibattute in dottrina e interpretate in giurisprudenza.

2.2. Il partenariato pubblico privato.

Il partenariato pubblico-privato costituisce uno strumento mediante il quale il governo e gli enti locali da un lato, e il settore privato dall'altro, realizzano progetti comuni con vantaggi reciproci, sfruttando il proprio potenziale per il conseguimento di obiettivi non solo commerciali, ma anche sociali, garantendo così una migliore qualità dei servizi prestati²³.

Nello schema di partenariato, lo Stato cessa di essere operatore diretto del servizio per assumere un ruolo di organizzatore, di regolatore e di controllore; può beneficiare del *know-how* e dei metodi di funzionamento del settore privato; infine, può sfruttare iniezioni di capitale provenienti dal partner privato, cosa particolarmente positiva in tempi di restrizione di bilancio²⁴.

Tuttavia, l'applicazione di questo istituto non è priva di rischi e nel tempo si è prestata, proprio per la sua configurazione flessibile, a numerose applicazioni abusive, soprattutto per quanto riguarda la corretta ripartizione dei rischi, elemento quest'ultimo che giustifica la scelta del legislatore comunitario di concentrare la propria produzione legislativa soprattutto attorno alla procedura di aggiudicazione contrattuale e di scelta del contraente privato²⁵.

La sfida del legislatore comunitario è stata quella di garantire lo sviluppo dei partenariati pubblico-privati in condizioni di concorrenza effettiva e chiarezza giuridica²⁶, vale a dire individuando le modalità attraverso le quali assicurare l'applicazione anche a questo particolare strumento dei principi di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi e di tutela della concorrenza²⁷, in

²³ DI GIOVANNI A., *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Giappichelli Editore, 2012, p. 69 che richiama i considerando del Parere del comitato delle regioni del 12 ottobre 2006. Per una ricostruzione dell'istituto, si rinvia a CLARICH M., FONDERICO G., *Dizionario di diritto amministrativo*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, p. 495 ss.

²⁴ La specifica funzione di apporto e contributo finanziario dei PPPI, soprattutto in alcuni settori strategici, quali le opere infrastrutturali, i trasporti, l'edilizia pubblica e l'ambiente è dettagliatamente descritta nella *Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato*, 19 novembre 2009, COM/2009/615/definitivo.

²⁵ CARTEI G. F., *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in CERRINA FERONI G., a cura di, *Il partenariato pubblico-privato – modelli e strumenti*, Giappichelli Editore, 2011, p. 6.

²⁶ Libro Verde sui PPP cit., paragrafo 1.2.

²⁷ Libro Verde sui PPP cit., punto 8: "Il presente Libro verde analizza il fenomeno dei PPP alla luce del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni. Il diritto comunitario non prevede regimi specifici comprensivi del fenomeno dei PPP. Ciononostante qualsiasi atto, sia contrattuale sia unilaterale, attraverso il quale un'impresa pubblica affida la prestazione di un'attività economica ad un terzo deve essere esaminato alla luce delle norme e dei principi derivanti dal Trattato, in particolare in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi (articoli 43 e 49 del Trattato CE).7 Tali principi comprendono in particolare i principi di trasparenza, di parità di trattamento, di proporzionalità e di mutuo riconoscimento.8 Inoltre, disposizioni dettagliate si applicano nei casi disciplinati dalle direttive relative al coordinamento delle procedure d'aggiudicazione degli appalti pubblici. Tali

ossequio a quanto stabilito dalla Commissione con riguardo all'affidamento di servizi (anche considerati di interesse generale) a soggetti terzi²⁸.

Fra le numerose comunicazioni interpretative sul tema, il *Libro verde relativo ai partenariati pubblico privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*²⁹ fornisce una ricognizione delle forme di collaborazione esistenti fra soggetti pubblici e privati³⁰, o meglio, delle “*form[e] di cooperazione fra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di una infrastruttura o la fornitura di un servizio*”³¹, descrivendone i tratti essenziali e sostanzialmente riducendole a due grandi modelli.

Il primo modello é quello del partenariato pubblico-privato *contrattuale*, nel quale la collaborazione fra soggetto pubblico e soggetto privato si basa su di un semplice legame di tipo contrattuale o convenzionale; mentre il secondo è quello del partenariato pubblico-privato *istituzionalizzato*, in cui pubblico e privato collaborano nell'ambito di una entità distinta³², dotata di propria personalità giuridica e nella quale entrambi i soggetti detengono delle partecipazioni³³.

Tipici esempi di partenariati contrattuali sono le concessioni di lavori pubblici e servizi³⁴ e il partenariato pubblico-privato su iniziativa privata, ossia il c.d. *project financing*; mentre rientrano nel secondo sottogruppo le operazioni di cessione di capitale di un'impresa pubblica (ossia il fenomeno delle privatizzazioni) e le società miste³⁵.

In entrambi i casi, tali forme di cooperazione presentano le seguenti caratteristiche comuni: a) la durata relativamente lunga della collaborazione tra il partner pubblico ed il partner privato in relazione a vari aspetti di un progetto da realizzare; b) il finanziamento del progetto garantito essenzialmente da parte dal partner privato; c) la particolare ripartizione dei compiti che vede il par-

direttive mirano a “tutelare gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro e desiderosi di prestare beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici installate in un altro Stato membro e, a tale scopo, escludere al contempo sia il rischio che in occasione della stipulazione di un contratto d'appalto sia data la preferenza agli offerenti nazionali, sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche”.

²⁸ *Id.* “Quando una autorità pubblica decide di assegnare la gestione di un servizio a un soggetto terzo, è obbligata a rispettare il diritto degli appalti pubblici e delle concessioni anche se questo servizio è considerato di interesse generale”.

²⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 30 aprile 2004, COM/2004/327 definitivo

³⁰ DI GIOVANNI A., *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Giappichelli Editore, 2012, p. 52.

³¹ Libro verde sui PPP, punto 1.

³² Libro verde, punto 55: “La creazione di un PPP istituzionalizzato può avvenire sia attraverso la creazione di un'entità detenuta congiuntamente dal settore pubblico e dal settore privato, sia tramite il passaggio a controllo privato di un'impresa pubblica già esistente”.

³³ Libro verde, punto 20.

³⁴ *Id.* punto 22: caratterizzate dal “legame diretto esistente tra il partner privato e l'utente finale: il partner privato fornisce un servizio al pubblico, “in luogo”, ma sotto il controllo, del partner pubblico” e dal tipo di retribuzione del partner privato, consistente in “compensi riscossi presso gli utenti del servizio, se necessario completata da sovvenzioni versate dall'autorità pubblica”.

³⁵ *Id.* punto 53.

tner privato responsabile delle varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento) e il partner pubblico incaricato della definizione degli obiettivi da raggiungere nonché della loro verifica e controllo; d) la particolare ripartizione dei rischi che possono essere trasferiti a carico del partner privato³⁶.

Le problematiche relative alla fase di selezione del contraente risultano particolarmente evidenti nel partenariato pubblico privato istituzionalizzato e, per la precisione, nella forma organizzativa della società mista, ampiamente utilizzata nel nostro Paese per la gestione dei servizi pubblici locali, fra i quali spiccano il servizio idrico e la raccolta dei rifiuti.

La cooperazione diretta tra il partner pubblico ed il partner privato nel quadro di un ente dotato di personalità giuridica propria, infatti, se da un lato permette al partner pubblico di conservare un buon livello di controllo sullo svolgimento delle operazioni (esercitabile attraverso la propria presenza nella partecipazione azionaria e in seno agli organi decisionali della società comune)³⁷, dall'altro suscita dubbi relativamente al fatto che la partecipazione del soggetto privato all'impresa non sia lesiva dei principi del Trattato, primi fra tutti quelli relativi alla concorrenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e mutuo riconoscimento³⁸.

Sul punto, il libro Verde ha chiarito che i menzionati principi si applicano indipendentemente dal carattere (pubblico, privato o misto) dell'ente aggiudicatore, ulteriormente precisando che il contraente privato non può *approfittare della propria posizione privilegiata nell'entità mista per riservarsi alcuni compiti senza procedere preliminarmente a un bando*³⁹.

Non vi è alcun dubbio, quindi, che nella selezione del partner privato si debba ricorrere alla gara, come anche precisato nella comunicazione del 2008 sui PPPI: “[...] *il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di concessioni*”⁴⁰.

³⁶ *Id.* punto 2. Si veda anche PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, 2006/2043(INI)* che descrive il fenomeno come: “*forma di cooperazione a lungo termine disciplinata contrattualmente tra il settore pubblico e quello privato per l'espletamento di compiti pubblici, nel cui testo le risorse richieste sono poste in gestione congiunta e i rischi legati ai progetti sono suddivisi in modo proporzionato sulla base delle competenze di gestione del rischio dei partner del progetto*”.

³⁷ Libro verde, punto 54.

³⁸ DI GIOVANNI A., *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Giappichelli Editore, 2012, p. 58.

³⁹ Libro verde, punti 63 e 64.

⁴⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, 5 febbraio 2008, C(2007)6661, punto 2.1. Si veda anche il successivo punto 2.3.: “*Se l'incarico affidato a un'entità a capitale misto è l'esecuzione di un appalto pubblico interamente soggetto all'applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, la procedura di selezione del partner privato è stabilita da tali direttive. Se si tratta di una concessione di lavori o di un appalto pubblico parzialmente disciplinato dalle direttive in materia, si applicano le regole e i principi fondamentali derivanti dal trattato CE insieme alle pertinenti disposizioni delle direttive. Nel caso dei servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE, si applicano i principi fondamentali di cui agli articoli 43 e 49 del trattato CE qualora si ritenga che gli appalti presentano un interesse certo per imprese con sede in uno Stato membro diverso da quello cui in cui ha sede l'amministrazione aggiudicatrice. Infine, nel caso di una concessione di servizi o di un appalto pubbli-*

Analogamente, anche dalla giurisprudenza emerge che l'attribuzione di un servizio ad una società mista pubblico-privata senza indizione di gara pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento, nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale di detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti⁴¹.

Fugato ogni dubbio sulla necessità della gara per la selezione del soggetto privato, la successiva questione problematica ha riguardato la sua *tipologia* e, soprattutto, il suo *oggetto*.

La dottrina si è a lungo interrogata, infatti, sulla necessità o meno di ricorrere a una duplice selezione: una relativa all'individuazione del socio privato ed una per la aggiudicazione dei servizi.

A tal proposito, risolutivo è stato l'intervento della Corte di Giustizia la quale nella sentenza *Acoset*⁴² ha precisato che per la selezione del socio economico privato sia sufficiente una procedura singola, in quanto il ricorso ad una duplice procedura sarebbe eccessivamente lungo in termini temporali e assolutamente incerto rispetto agli esiti finali e perciò di forte disincentivo alla costituzione di partenariati di tal fatta. Ciò non di meno, occorre che l'oggetto della singola gara verta non solo sulla capacità del socio di essere azionista, ma anche sulle sue capacità tecniche operative e gestionali, nonché sulle caratteristiche dell'offerta. Solo così la scelta del concessionario risulta indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che ri-

co non rientrando nel campo di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, la selezione del partner privato deve essere effettuata nel rispetto dei principi del trattato CE. La giurisprudenza citata in questo documento si riferisce, almeno in parte, ad appalti pubblici integralmente soggetti alle disposizioni dettagliate delle direttive. Tuttavia, essendo spesso basata sui principi del trattato CE, tale giurisprudenza può risultare pertinente per l'applicazione del diritto comunitario anche in altre situazioni, come le concessioni o gli appalti non soggetti o soggetti solo parzialmente alle disposizioni dettagliate delle direttive in materia di appalti pubblici".

⁴¹CGCE, sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, in *Racc.*, p. I-8612, punti 46-49: "Le pubbliche autorità che concludono contratti di concessione di servizi pubblici sono tenute a rispettare in generale le norme fondamentali del Trattato CE, segnatamente gli artt. 43 CE e 49 CE, e in particolare il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, enunciato all'art. 12 CE, che costituiscono espressioni specifiche del principio generale della parità di trattamento. I principi della parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità comportano, in particolare, un obbligo di trasparenza che consiste nella garanzia, a favore di ogni potenziale offerente, di un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura della concessione dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione."

⁴²CGCE, sentenza 15 ottobre 2009, causa C-196/08, *Acoset*, in *Racc.*, p. I-09913, par. 59: "Sebbene la mancanza di gara nel contesto dell'aggiudicazione di servizi risulti inconciliabile con gli artt. 43 CE e 49 CE e con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, la scelta del socio privato nel rispetto degli obblighi ricordati ai punti 46-49 della presente sentenza e l'individuazione dei criteri di scelta del socio privato consentono di ovviare a detta situazione, dal momento che i candidati devono provare, oltre alla capacità di diventare azionisti, anzitutto la loro perizia tecnica nel fornire il servizio nonché i vantaggi economici e di altro tipo derivanti dalla propria offerta" e par. 60: "Dato che i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata, come nella fattispecie di cui alla causa principale, l'attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest'ultimo, si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificerebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario".

spetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustifica una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario⁴³.

Le motivazioni della sentenza riprendono i contenuti della già citata comunicazione del 2008 che, con riferimento all'*apporto* del partner privato alla società mista, aveva precisato come questo “*consiste, a parte il conferimento di capitali o altri beni, nella partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto e/o nella gestione di tale entità*”. Pare quindi coerente con questa precisazione che la gara debba verificare l'idoneità del socio privato a svolgere *ciascuna* delle predette attività.

Generalmente, una volta avvenuta l'aggiudicazione di un affidamento alle condizioni appena descritte, l'amministrazione aggiudicante non può modificare le originarie condizioni contrattuali dell'affidamento in quanto una tale variazione, se non espressamente prevista nel capitolato d'oneri, potrebbe pregiudicare le condizioni di parità fra gli operatori economici e quindi, in linea di massima, tale possibilità si ritiene ammissibile solamente in circostanze eccezionali (ad esempio in caso di evento imprevedibile o al ricorrere di giustificate da ragioni d'ordine pubblico, di sicurezza pubblica o di salute pubblica)⁴⁴. In ogni caso, qualsiasi modifica *sostanziale* comporta la nuova messa in gara del servizio precedentemente affidato⁴⁵.

Nel rispetto della medesima logica, anche successivi affidamenti non previsti nell'ambito della procedura originariamente esperita, dovranno essere preceduti da nuove gare per la loro attribu-

⁴³ *Id.*, par. 63: “*Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato per le concessioni*” e par. 61: “*il ricorso a una duplice procedura, in primo luogo, per la selezione del socio privato della società a capitale misto e, in secondo luogo, per l'aggiudicazione della concessione a detta società sarebbe tale da disincentivare gli enti privati e le autorità pubbliche dalla costituzione di partenariati pubblico-privati istituzionalizzati a motivo della durata inerente all'attuazione di siffatte procedure e dell'incertezza giuridica per quanto attiene all'aggiudicazione della concessione al socio privato previamente selezionato*”. Si veda anche CGCE, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Commissione c. Austria*, in *Racc.*, p. I-9722, punti 31, 46, 49, 50 e dispositivo: “*Uno Stato membro il quale permette l'aggiudicazione, da parte di un comune, di un appalto pubblico di servizi relativo allo smaltimento di rifiuti ad una società giuridicamente distinta da tale ente locale e detenuta, per il 49%, da una società privata, senza che siano state rispettate le norme di procedura e di pubblicità previste dal combinato disposto degli artt. 8, 11, n. 1, e 15, n. 2, della direttiva 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, viene meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della detta direttiva. Infatti, nel caso in cui un'autorità aggiudicatrice abbia l'intenzione di concludere un contratto a titolo oneroso riguardante servizi che rientrano nel campo di applicazione materiale della direttiva 92/50 con una società giuridicamente distinta da essa, nel capitale della quale detenga una partecipazione con una o più imprese private, le procedure di appalto pubblico previste da tale direttiva devono essere applicate in ogni caso*”.

⁴⁴ Libro verde, punto 49, ma anche Comunicazione del 2008 cit. punto 2.3.5. secondo la quale: “*A parere della Commissione, il principio di trasparenza impone di indicare chiaramente nella documentazione di gara le possibilità di rinnovo o di modifica dell'appalto pubblico o della concessione aggiudicati all'entità a capitale misto e di specificare le possibilità di assegnazione di nuovi compiti. La documentazione di gara dovrebbe precisare quantomeno il numero di opzioni e le loro condizioni di applicazione. Le informazioni così fornite devono essere sufficientemente dettagliate da garantire una procedura di gara equa ed efficace.*”

⁴⁵ Libro verde, punto 49, ultimo periodo.

zione, definendo in maniera certa i tempi dell'incarico e risultando inammissibili, in quanto costitutivi di una posizione privilegiata del socio privato rispetto agli altri potenziali concorrenti, tanto gli affidamenti "diacronici" (ossia affidamenti di servizi non compresi negli atti della selezione del socio), quanto quelli "sincronici" (ossia affidamenti del medesimo servizio, ma a condizioni anche solo parzialmente diverse da quelle del procedimento ad evidenza pubblica)⁴⁶.

Infine, le singole procedure di selezione devono stabilire anche la durata della collaborazione fra pubblico e privato, prevedendo, di conseguenza, le modalità per l'avvio di specifiche procedure per il rinnovo dell'affidamento del servizio bandito alla fine del periodo di affidamento e la contestuale liquidazione del socio privato in caso questi non risulti nuovamente vincitore della competizione sul mercato.⁴⁷

Occorre, tuttavia, dare atto del fatto che la Commissione riconosca la rigidità del sistema appena descritto, soprattutto con riguardo ai contratti particolarmente complessi, rispetto ai quali richiama la possibilità di ricorrere all'istituto del *dialogo competitivo*, così come previsto dalla direttiva 2004/18/CE⁴⁸. La Commissione riconosce anche che, dovendo il partenariato coprire periodi di tempo piuttosto lunghi, possa effettivamente sorgere la necessità di adeguamenti delle previsioni contrattuali al mutevole contesto economico, giuridico e tecnico. Per questa ragione, eventuali variazioni alle originarie previsioni contrattuali sono ammesse, ma subordinate al rispetto del principio di parità di trattamento e trasparenza, nonché alla espressa indicazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di volersi avvalere di tale possibilità di modifica successiva (precisandone i contorni) sin dalla pubblicazione del bando di gara⁴⁹.

⁴⁶ MONZANI S., *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Giuffrè Editore, 2009, p. 172.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione interpretativa*, cit, punto 2.3.2.: "Quando la costituzione di un PPPI implica l'aggiudicazione di un appalto pubblico interamente disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE a una entità a capitale misto, è possibile che, tenuto conto della complessità finanziaria o giuridica di tali appalti, le procedure aperte e ristrette definite nella direttiva non offrano una sufficiente flessibilità. Per situazioni del genere, la direttiva 2004/18/CE ha introdotto una procedura innovativa, il dialogo competitivo, che ha il duplice scopo di salvaguardare la concorrenza tra operatori economici e di tener conto della necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di discutere con ciascun candidato tutti gli aspetti dell'appalto. Per l'aggiudicazione di appalti pubblici interamente disciplinati dalla direttiva 2004/18/CE, la procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara può essere utilizzata solo in casi eccezionali. Viceversa, le amministrazioni aggiudicatrici possono sempre ricorrere alla procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara per l'aggiudicazione di concessioni o di appalti pubblici diversi da quelli interamente disciplinati dalla direttiva 2004/18/CE".

⁴⁹ *Id.*, punto 3: "Tuttavia, essendo in genere costituito per la prestazione di un servizio nell'arco di un periodo di tempo abbastanza lungo, il PPPI deve essere in grado di adattarsi ad alcune variazioni intervenute nel contesto economico, giuridico o tecnico. Le disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni non impediscono di tener conto di queste variazioni, purché siano rispettati il principio di parità di trattamento e il principio di trasparenza. Di conseguenza, qualora l'autorità aggiudicatrice desideri, per ragioni precise, avere la possibilità di modificare determinate condizioni dell'appalto dopo la scelta dell'aggiudicatario, dovrà prevedere espressamente tale possibilità di adeguamento, così come le sue modalità di applicazione, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri e delimitare l'ambito all'interno del quale la procedura deve svolgersi, cosicché tutte le imprese interessate a partecipare all'appalto ne siano a conoscenza fin dall'inizio e si trovino pertanto su un piede di parità nel momento della formulazione dell'offerta".

Trattati per grandi linee i problemi dell'affidamento mediante evidenza pubblica e le sue declinazioni all'interno dello schema del partenariato pubblico-privato, si passa ora allo studio dell'altrettanto ampio e complesso tema dell'in-house providing.

2.3. L'in-house providing.

La disciplina europea configura l'in-house providing quale modalità di affidamento alternativa, (almeno formalmente) nient'affatto eccezionale, alle procedure ad evidenza pubblica, applicabile al ricorrere di specifiche condizioni che, in parte ricavabili a livello normativo, sono in realtà state progressivamente sviluppate per via pretoria.

In concreto, con l'affidamento *in-house* l'Amministrazione assegna direttamente (ossia senza gara) la realizzazione di un'opera o la gestione di un servizio a un'entità che, pur essendo giuridicamente distinta dall'Amministrazione medesima, in quanto dotata di una propria personalità giuridica, può essere considerata a tutti gli effetti quale *longa manus*⁵⁰ dell'amministrazione aggiudicatrice.

Per poter considerare il soggetto affidatario quale prolungamento⁵¹ dell'ente affidante, devono ricorrere alcune condizioni.

Stando alla definizione di *in-house providing* contenuta nel Libro Bianco sugli appalti pubblici⁵² occorre: in primo luogo, che la "consumazione" del momento aggiudicativo e delle sue conseguenze avvengano *all'interno* della Pubblica Amministrazione e, in secondo luogo, che l'amministrazione eserciti un *controllo* sull'ente aggiudicatario. In successivi documenti comunitari⁵³, inoltre, l'ammissibilità dell'affidamento in-house viene subordinata al rispetto delle due ulteriori condizioni dello svolgimento del servizio all'interno del territorio interessato

⁵⁰ Tale espressione appare, ad esempio, nelle Conclusioni dell'avv. Generale Georges Cosmas, presentate il 1° luglio 1999 nel corso della causa Teckal con il significato di soggetto che può essere considerato quale "emanazione" dell'amministrazione. Letteralmente, l'espressione ha il seguente significato: "Espressione, non classica ma di formazione recente, con cui si indica la persona (o eventualmente il gruppo, l'organo, l'istituzione) [...] di cui un potere si serve come strumento per conseguire i propri scopi". Si veda dizionario Treccani on-line: <http://www.treccani.it/vocabolario/longa-manus/>.

⁵¹ GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, 3. ed., Roma, Nel diritto, 2010, p.185: "l'assenza di terzietà del soggetto affidatario rispetto al soggetto affidante, nonché, quindi, la possibilità di considerare il primo quale parte integrante e prolungamento organizzativo del secondo, valgono ad escludere in radice l'applicazione della normativa comunitaria in tema di procedure ad evidenza pubblica".

⁵² COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Bianco sugli appalti pubblici nell'Unione Europea*, COM/98/143, nota 10, p. 11, in cui per la prima volta si definiscono gli affidamenti in-house come: "quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata".

⁵³ Si veda, ad esempio PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione sul Libro verde sui servizi di interesse generale*, COM(2003) 270 – 2003/2152(INI), punto 35: "Il Parlamento [...] auspica che, in ossequio al principio di sussidiarietà, venga riconosciuto il diritto degli enti locali e regionali di "autoprodurre" in modo autonomo servizi di interesse generale a condizione che l'operatore addetto alla gestione diretta non eserciti una concorrenza al di fuori del territorio interessato; chiede, conformemente alla sua posizione sulle direttive concernenti i contratti di servizio pubblico, che le autorità locali vengano autorizzate ad affidare i servizi a entità esterne senza procedure d'appalto qualora la loro supervisione sia analoga a quella esercitata da esse sui propri servizi e qualora svolgano le loro principali attività mediante tale mezzo".

dall'affidamento, c.d. *elemento territoriale*, e prevalentemente in favore dell'ente affidante, c.d. *elemento della destinazione prevalente dell'attività*.

I contenuti di queste condizioni sono stati meglio precisati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha elaborato la c.d. *in-house doctrine*, le cui “componenti minime” del controllo analogo e della destinazione prevalente dell'attività sono per la prima volta individuate con la sentenza Teckal⁵⁴.

In tale sentenza la Corte ammette l'affidamento diretto fra amministrazione aggiudicatrice e privato imprenditore qualora non sia rinvenibile fra i due soggetti un vero e proprio rapporto contrattuale in quanto “*l'ente locale esercita sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano*”.

2.3.1. Il controllo analogo.

La prima componente della *in-house doctrine* è costituita dal c.d. *controllo analogo*⁵⁵.

Si tratta di una forma di controllo particolarmente forte, tale per cui l'amministrazione affidante⁵⁶ eserciterebbe sul soggetto aggiudicatario un potere assoluto di direzione, coordinamento e super-

⁵⁴ CGCE, sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*, in *Racc.*, p. I-8139. Il procedimento comunitario prende le mosse dalla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), dal Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna nella causa dinanzi ad esso pendente tra Teckal Srl e Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia. Nel procedimento presso il TAR, il ricorrente (Teckal) impugnava la delibera del consiglio comunale di Viano che affidava direttamente all'AGAC la gestione del servizio di riscaldamento di taluni edifici comunali. Teckal riteneva che l'affidamento in questione avrebbe dovuto essere effettuato in ossequio alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla normativa comunitaria e non mediante un affidamento *in-house*. La questione pregiudiziale sollevata dal giudice adito è volta a chiarire se le disposizioni del diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici siano applicabili qualora un ente locale affidi la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi ad un consorzio a cui esso partecipi. Nel dispositivo della sentenza, la Corte conclude affermando che: “*La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale - ipotesi che non ricorre nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona da esso giuridicamente distinta un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e questa persona realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano - , un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno*”. Rielaborazione del fatto tratta da DPCE, rivista on-line: <http://www.dpce.it/index.php/servizi-pubblici/giurisprudenza/in-generale/1238-sentenza-18-novembre-1999-causa-c-10798-teckal-c-comune-di-viano>.

⁵⁵ Per un'ampia e completa trattazione del concetto, si rinvia a MONZANI S., *Controllo “analogo” e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Giuffrè Editore, 2009.

⁵⁶ Si precisa che con la sentenza Coditel, la Corte ha ammesso la possibilità che il controllo sia esercitato non solo singolarmente, ma anche congiuntamente, nel caso di più pubbliche amministrazioni tutte partecipanti nell'entità affidataria *in-house*, deliberando, eventualmente, a maggioranza. Si veda CGCE, sentenza 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant*, in *Racc.*, I-08457. Per un commento, si rinvia a CAVALLO PERIN R., CASALINI D., *Control over in-house providing organisations*, in *Public Procurement Law Review*, No. 5, 2009, p. 227.

visione dell'attività, cosicché, proprio in virtù della subordinazione gerarchica fra i due soggetti, sia da escludere un qualsiasi rapporto di terzietà⁵⁷.

Dopo la sentenza Teckal, la Corte è ritornata varie volte sul concetto di controllo analogo definendone i principali *indici rivelatori*⁵⁸ nella presenza del "legame finanziario" e della "dipendenza amministrativa" fra ente affidante e soggetto aggiudicatario.

Quanto al *legame finanziario*, la Corte si è espressa per la prima volta nella sentenza Stadt Halle⁵⁹ dove ha fatto coincidere tale concetto con la *totale partecipazione dell'amministrazione affidante al capitale sociale dell'ente affidatario*, affermando che "*qualsiasi partecipazione, anche minoritaria, di una impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi*".

Quanto alla *dipendenza amministrativa*, nella sentenza Parking Brixen⁶⁰, dopo aver ribadito la necessità della partecipazione pubblica totalitaria, la Corte ha ricondotto tale concetto alla *qualificazione giuridica* del soggetto affidatario in-house, affermando che "*viola il diritto comunitario l'attribuzione senza gara di una concessione di pubblici servizi da parte di un'autorità pubblica ad una s.p.a. se l'operazione non ha rilevanza puramente interna*" in quanto il regime privato dell'impresa sarebbe indice di una soggettività esterna, non riducibile a rapporto di immedesimazione organica⁶¹. Sarebbe, infatti, per via della diversa natura degli interessi perseguiti da parte del capitale pubblico rispetto a quelli tipici del privato investitore che le basi giuridiche della legittimazione dell'affidamento diretto⁶² verrebbero meno con conseguente lesione dei principi della libera concorrenza e parità di trattamento dell'impresa titolare della partecipazione di minoranza rispetto a tutte le altre imprese operanti nel mercato.

Nella medesima sentenza, la Corte si è espressa anche in relazione al ruolo del Consiglio di Amministrazione e ai poteri statutari, ammettendo la possibilità di escludere la sussistenza del controllo analogo in ragione dell'ampiezza dei poteri attribuiti al Consiglio di Amministrazione della società in-house, nonché dell'assenza di specifiche riserve a favore dell'ente affidatario, entrambi indici di un rapporto di crescente indipendenza dall'ente locale, nonché di una soggettività esterna e non riducibile a rapporto interorganico.

⁵⁷ AZZARITI A., *I principi generali in materia di affidamento dei contratti pubblici*, Università degli Studi di Bologna, Tesi di dottorato, 2007, p. 126.

⁵⁸ L'espressione è di MAMELI B., *L'in-house tra regola ed eccezione*, cit., p. 1952.

⁵⁹ CGCE, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, cit.in *Racc.*, p. I-26. Nota di FERRARI G. F. disponibile su Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, rivista on-line, http://www.dpce.it/images/administrators_files/Ferrari-Nota_a_Sentenza_11_gennaio_2005.pdf.

⁶⁰ CGCE, sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, in *Racc.*, p. I-8612. Nota di FERRARI G. F. disponibile su Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, rivista on-line, http://www.dpce.it/images/administrators_files/Ferrari-Nota_a_Sentenza_13_ottobre_2005.pdf.

⁶¹ *Id.* l'A. nella sua analisi critica della sentenza dubita che con questa la Corte abbia travalicato i confini della "*tanto decantata discrezionalità organizzativa dei singoli ordinamenti, fondata sugli art. 86 e 225 del Trattato e preposta, in linea di massima, alla scelta, flessibile e storicamente specifica, della forma di gestione dei servizi di interesse generale, in uno scenario di neutralità delle istituzioni europee verso il regime pubblico o privato delle imprese*".

⁶² MAMELI B., *L'in-house tra regola ed eccezione*, cit., p. 1952.

Le sentenze successive hanno poi specificato che le condizioni di legame finanziario e dipendenza amministrativa, presenti al momento dell'aggiudicazione, debbono permanere per tutta la durata dell'instaurando rapporto, con ciò escludendo aperture al capitale privato successivamente all'aggiudicazione⁶³.

Infine, il nuovo pacchetto di direttive su appalti e concessioni ha confermato le caratteristiche del controllo analogo individuate dalla giurisprudenza citata ed ha introdotto l'ipotesi di controllo analogo "indiretto", ossia esercitato da un ente a propria volta interamente partecipato dall'ente affidante (es. holding) ed in presenza di forme di partecipazione di capitali privati, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali in conformità dei trattati, che non comportano controllo o potere di veto, attraverso le quali non può essere esercitata alcuna influenza determinante sul soggetto affidatario *in house*⁶⁴.

2.3.2. La destinazione prevalente dell'attività.

Quanto al requisito della destinazione prevalente dell'attività, la giurisprudenza comunitaria impone che la società affidataria realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano⁶⁵.

Secondo la sentenza Carbotermo per la verifica della sussistenza di questo requisito "*si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività*"⁶⁶.

Diversamente, invece, la successiva giurisprudenza, a partire dalla sentenza Sea S.r.l.⁶⁷, afferma che l'attività oltre ad essere esercitata fundamentalmente a beneficio degli enti controllanti debba essere anche limitata al loro territorio.

La sentenza Coditel, infine, specifica che in caso di soggetto affidatario (interamente) partecipato da autorità pubbliche, il principio della prevalenza si ritiene soddisfatto se l'attività è svolta per la parte più importante nei confronti di tutti gli enti proprietari complessivamente considerati⁶⁸.

In conclusione, dunque, soddisfa il criterio della prevalenza l'affidatario *in house* che non fornisce servizi a soggetti diversi dall'ente controllante, anche se pubblici, ovvero li fornisce in misura

⁶³ CGCE, sentenza 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV, in *Racc.*, p. I-3311; CGCE, sentenza 10 settembre 2009, causa C-573/07, SEA, in *Racc.*, p. I-08127; CGCE, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, cit.

⁶⁴ Si vedano Direttiva 23/2014, art. 17, Direttiva 24/2014, art. 12 e Direttiva 25/2014, art. 28. Sul punto, si rimanda a VOLPE C., *L'affidamento in house. Questioni aperte sulla disciplina applicabile*, in *Giustamm.it*, 29.07.2014.

⁶⁵ Sentenza ANAV, cit.

⁶⁶ CGCE, sentenza 11 maggio 2006, causa C-340/2004, Carbotermo, in *Racc.*, I-4166.

⁶⁷ CGCE, sentenza 10 settembre 2009, causa C-573/07, SEA, cit.

⁶⁸ CGCE, sentenza 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Brabant, in *Racc.*, p. I-08457.

quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali ed in ogni caso non fuori della competenza territoriale dell'ente controllante⁶⁹.

Il nuovo pacchetto di direttive su appalti e concessioni ha poi chiarito che il requisito della destinazione prevalente dell'attività è soddisfatto quando “*oltre l'80 % delle attività di tale persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi*”⁷⁰.

In conclusione: la sommatoria dei numerosi elementi che le sentenze richiamate aggiungono a quelle che all'inizio del paragrafo erano state definite come le “componenti minime” della *in-house doctrine* porta legittimamente a dubitare della attualità dell'affermazione secondo cui l'*in-house* costituirebbe un'alternativa all'affidamento mediante procedure ad evidenza pubblica e non una sua eccezione.

Ed infatti, dalla copiosa elaborazione giurisprudenziale europea esce un quadro in cui l'interpretazione restrittiva dei requisiti per l'ammissibilità dello strumento dell'*in-house* ne riduce i margini di attuazione e praticabilità a casi del tutto residuali, posto che “*pare difficilmente configurabile un soggetto societario ad attività sociale bloccata, a competenza territoriale circoscritta, ad autonomia gestionale nulla o ridottissima, praticamente più limitato dei soggetti pubblici che ne rappresentavano l'alternativa prima delle privatizzazioni formali*”⁷¹.

⁶⁹ GIOVAGNOLI R., *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, Relazione tenuta al Convegno sul codice dei contratti pubblici del 19 ottobre 2007, Palazzo Spada, per il decennale della rivista *Urbanistica e Appalti*, disponibile su http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Giovagnoli_In_house.htm.

⁷⁰ *Supra*, nota n. 64.

⁷¹ FERRARI G.F., *Ancora sui requisiti Teckal: la coperta è sempre più corta*, in *Rivista di economia e gestione dei servizi pubblici*, n. 3, 2006, p. 1368: “*Le sentenze Stadt Halle e Parking Brixen hanno elaborato il requisito del controllo analogo a quello dispiegato dall'amministrazione sui propri organi fino al punto non solo di escludere che sia sufficiente la sussistenza del controllo civilistico-societario, ma anche di rendere incompatibili con esso la possibilità di cessione del capitale, anche in parte, a privati, apparentemente persino se scelti con gara, l'esistenza di un oggetto sociale inclusivo di attività diverse da quelle affidate direttamente o di una capacità di agire territorialmente più ampia dei confini dell'amministrazione o di poteri degli organi gestionali autonomi dall'amministrazione azionista. In sostanza, l'alterità dell'organismo affidatario rispetto al soggetto pubblico affidante è stata interpretata in termini sempre più restrittivi, e con essa si affievolisce la praticabilità del ricorso ad un soggetto di diritto privato per la gestione di servizi senza esperimento delle regole di evidenza sull'assunto che essi rimangano all'interno dell'organizzazione dell'autorità amministrativa. È la praticabilità stessa del modello organizzativo ad essere revocata in dubbio, perché pare difficilmente configurabile un soggetto societario ad attività sociale bloccata, a competenza territoriale circoscritta, ad autonomia gestionale nulla o ridottissima, praticamente più limitato dei soggetti pubblici che ne rappresentavano l'alternativa prima delle privatizzazioni formali. E ciò sia nel settore degli appalti, in virtù della diretta applicazione di norme primarie, sia in quello delle concessioni, in dipendenza del rispetto di principi di rango superprimario e di elaborazione giurisprudenziale. In entrambi i comparti, la privatizzazione formale, anche se e forse ancor più in quanto aperta alla partnership con il privato, a dispetto di altri segnali emessi da altri organi comunitari e in specie dalla Commissione risulta confinata in spazi sempre più stretti, nonostante la teorica libertà dei singoli ordinamenti, sulla base del precario equilibrio delle due parti dell'art. 86 del Trattato, di decidere se gestire direttamente i servizi o se ricorrere al mercato. Finanche l'arretramento verso modelli gestionali a maggiore valenza pubblicistica potrebbe essere precluso dalle conseguenze restrittive per il mercato di una pur parziale ripubblicizzazione*”.

3. La disciplina nazionale.

Avendo ricostruito la cornice normativa e giurisprudenziale europea in materia di servizi pubblici, occorre ora addentrarsi nel groviglio normativo costituito dalla disciplina nazionale, senza alcuna pretesa di esaustività in termini di ricostruzione e puntuale studio dell'evoluzione della stessa, ma limitandosi a porre sotto la lente di ingrandimento i soli aspetti rilevanti in rapporto al diritto della concorrenza⁷².

La disciplina nazionale dei servizi pubblici ha conosciuto uno sviluppo incerto caratterizzato da una serie di norme spesso affastellate l'una sull'altra senza che intervenisse fra loro un vero e proprio raccordo, fatto questo che ha originato un sistema "a strati" la cui applicazione assolutamente complessa e macchinosa lo rende nemico dei più innovativi principi ispiratori della disciplina amministrativa, primo fra tutti, il principio di semplificazione.

Senza ripercorrere l'evoluzione della normativa dei servizi pubblici "minuto per minuto"⁷³ dai suoi albori sino ad oggi, si ritiene comunque opportuno richiamare alcuni passaggi fondamentali che paiono particolarmente significativi ai fini di mostrare la "costante oscillazione" della legislazione interna degli ultimi anni, sempre incerta fra apertura all'iniziativa privata e affidamenti in esclusiva a soggetti pubblici⁷⁴.

3.1. Il previgente regime: prima e dopo l'avvento dell'art. 23-bis.

Originariamente⁷⁵, il Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali ("TUEL")⁷⁶ prevedeva per i servizi pubblici a rilevanza economica un regime di *equiordinazione*⁷⁷ delle tre modalità di affidamento dei servizi che, nel rispetto della normativa dell'Unione europea relativa alla tutela della concorrenza, potevano essere indifferentemente affidati: "a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme

⁷² Per una ricostruzione dei principali temi concernenti la disciplina nazionale dei servizi pubblici, si rinvia a CAMELLI M., DUGATO M., *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, con particolare attenzione ai seguenti contributi di Zioldi, Piperata e Cammelli-Dugato.

⁷³ CAMELLI M., "Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali", in BRUTI LIBERATI E., DONATI F., a cura di, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli Editore, 2010, p. 127: "la vertiginosa, e non lineare, sequenza di interventi legislativi, [sarebbe certo più adatta] ad una trasmissione del tipo «tutto il diritto minuto per minuto» che ad una riflessione sistematica".

⁷⁴ VOLPE C., *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, relazione tenuta al corso di aggiornamento su "Servizi pubblici locali e società partecipate", TAR Lazio (Roma), 26 novembre 2013, in *Giustamm.it*, 26.11.2013.

⁷⁵ Per la precisione, tale assetto va datato all'introduzione dell'art. 14 del d.l. 269 del 2003 convertito con modifiche dalla legge 326 del 2003. Precedentemente, sulla versione del TUEL apparsa in Gazzetta Ufficiale era già intervenuta la legge 448 del 2001. Dopo il d.l. 269 ulteriori numerose revisioni, modifiche e abrogazioni sono state apportate al TUEL anche dalla legge 308 del 2004, dal d.l. 223 del 2006 convertito con modifiche dalla legge 248 del 2006, infine dal d.l. 112 del 2008 convertito con modifiche dalla legge 133 del 2008 e attuato dal D.P.R. 168 del 2010.

⁷⁶ D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, in GU n.227 del 28.9.2000, Suppl. Ordinario n. 162.

⁷⁷ VOLPE C., *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, cit.

*interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano*⁷⁸.

Nel lungo periodo di vigenza dell'art. 113, il ricorso all'autoproduzione dei servizi da parte degli enti pubblici, legittimato dalla normativa, aveva spesso avuto un'applicazione lontana dagli originari principi ispiratori della medesima⁷⁹, dando vita a numerosi casi di mala gestione, buchi di bilancio e dissesti finanziari.

Al riguardo, sia consentita una considerazione di fondo: in Italia i servizi pubblici risultavano (e risultano) essere, in maniera del tutto anomala rispetto agli altri Stati europei, pervasivamente gestiti da società pubbliche, soprattutto quelli a maggiore rilevanza economica⁸⁰. Tale sistematica esclusione della concorrenza proprio in uno dei principali settori economici del Paese⁸¹ ha insinuato il legittimo dubbio relativamente all'*abuso* più che al corretto uso degli strumenti offerti

⁷⁸ Art. 113 co. 5 introdotto dall'art. 14 del d.l. 269 del 2003, così come convertito con modifiche dalla legge 326 del 2003.

⁷⁹ Sul punto, sono interessanti le considerazioni espresse dall'Autorità in tema di affidamento in-house: *“tale modalità di affidamento è sottoposta a stringenti requisiti di legittimità [...] i quali non permettono agli enti locali di far ricorso all'affidamento diretto in qualsivoglia situazione [...] Per altro verso, le condizioni alle quali è consentito agli enti locali di erogare direttamente tali servizi ed evitare il ricorso al mercato e il confronto previsto dalla gara sono da interpretarsi e applicarsi in senso restrittivo. [...] le considerazioni contenute nella presente segnalazione non intendano ridurre il potere di autorganizzazione proprio della pubblica amministrazione, bensì porre un opportuno argine alla distorsione di uno strumento operativo originariamente volto a consentire una gestione diretta del servizio in casi particolari e circoscritti – è a dirsi quando il servizio non possa essere erogato attivando meccanismi di mercato – ma che nella prassi è invalso a modalità di elusione del necessario confronto concorrenziale nell'affidamento dei servizi attraverso procedure di gara, e a strumento di riorganizzazione imprenditoriale su più ampia base territoriale dei medesimi servizi, della cui legittimità è lecito dubitare.”*. Si veda AGCM, *Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in-house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi*, AS375, 28.12.2006.

⁸⁰ CERULLI IRELLI V., *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in Giur. Cost., n. 4, 2012, , p. 2901.

⁸¹ L'importanza del settore dei servizi pubblici è stata recentemente ricordata anche dall'AGCM nelle proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza per il 2012 dove si legge: *“Il settore dei servizi pubblici locali riveste un ruolo centrale nei programmi di rilancio della ripresa dell'economia nazionale, in considerazione della sua peculiare rilevanza economica. I dati relativi alle principali variabili economiche riferite al comparto e ai principali settori che lo compongono (idrico, smaltimento rifiuti, trasporto pubblico locale, gestione della sosta, distribuzione di energia e gas), sono, infatti, molto significativi, registrandosi negli ultimi 5 anni trend di crescita sia nei ricavi (+9.5%), sia nei livelli occupazionali (+5%), sia, infine, negli andamenti degli investimenti medi annui (+7%). È indubbio, pertanto, che il settore abbia esercitato un ruolo anticongiunturale, in controtendenza rispetto agli effetti della recessione sulle principali imprese industriali. Ciò sembra imputabile sia alle caratteristiche dei servizi finalizzati a soddisfare bisogni essenziali dei cittadini la cui domanda è, pertanto, rigida non soltanto al prezzo ma anche al reddito disponibile, quanto alla struttura patrimoniale delle imprese, più concentrata su impieghi produttivi che su investimenti finanziari. La disciplina dei servizi pubblici locali è stata oggetto di plurimi”*. Si veda AGCM, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, AS901, 05.01.2012.

dall'ordinamento al fine di garantire gli interessi della collettività e ha fondato la volontà del legislatore di ripensare l'intera disciplina degli affidamenti⁸².

Dopo alcuni interventi che timidamente hanno ridotto la libertà di scelta delle forme di affidamento dei servizi⁸³, il vero cambio di rotta si è avuto con l'art. 23-bis del d.l. 112 del 2008⁸⁴.

Tale articolo, *in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione*, ha proposto una netta virata in direzione della privatizzazione dei servizi intesa come minore partecipazione del pubblico alla gestione dei medesimi (riservata, appunto, ai privati) ed assunzione da parte dello Stato del ruolo di vigilanza, controllo e regolazione.

⁸² Sul punto, anche CINTIOLI F., *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23 bis, in Giustamm.it*, 15.12.2009, disponibile su http://www.giustamm.it/private/new_2009/ART_3619.pdf: "Il d.l. n. 269 del 2003 e la legge finanziaria per il 2004 (l. n. 350 del 2003) hanno profondamente rivisto l'art. 113, con una serie di novità che, secondo un giudizio corale, hanno ridotto fortemente sia la tensione verso la liberalizzazione sia quella a favore della privatizzazione. Anzitutto, è scomparso ogni riferimento alla concorrenza nel mercato. Inoltre, avendo lasciato agli enti locali la possibilità di scegliere, per i servizi di rilevanza economica (v. il comma 5 dell'art. 113 cit.), tra l'affidamento a privati mediante gara, l'affidamento diretto a società mista a capitale pubblico-privato e l'affidamento diretto a società in house, si sono create le premesse perché anche la concorrenza per il mercato restasse pressoché una formula vuota. Gli enti locali, nella grandissima parte dei casi, hanno preferito l'affidamento diretto a quello preceduto da una gara pubblica ed hanno, nei fatti, ulteriormente ampliato questo differenziale tra l'uno e l'altro modello, interpretando in maniera piuttosto ampia la nozione di servizio di rilevanza non economica. Se si aggiunge la rigidità della disciplina relativa al periodo transitorio, fin troppo generosa per i precedenti affidamenti diretti, si trae un quadro che ha giustamente attirato le perplessità dei più e che è stato aspramente (e opportunamente) criticato. Tra le considerazioni critiche più diffuse (si veda la relazione governativa al d.d.l. presentato nel corso della XV legislatura), si è osservato, tra l'altro, che il quadro normativo precedente aveva cristallizzato le posizioni di monopolio esistente, aveva impedito una qualsiasi forma di competizione nei servizi pubblici locali, aveva privato i consumatori della possibilità (che la concorrenza avrebbe loro concesso) di fruire di servizi di qualità migliore a prezzi più bassi, aveva negato agli enti locali il vantaggio di rivolgersi ad un mercato aperto e trasparente ed infine aveva sottratto alle imprese nazionali una concreta possibilità di crescita industriale".

⁸³ MASSARUTTO A., *Ci risiamo: ecco la ri-contro-ri-riforma dei servizi pubblici locali*, intervento presentato al workshop "L'attuazione dell'art. 23-bis della legge 133/2008 in materia di servizi pubblici locali", Roma, Università Tor Vergata, 23.01.2009, in *Astrid*, disponibile su http://www.astrid-online.it/Riforma-de2/Studi-e-ri/Archivio-22/A.Massarutto_La_controriforma_dei_servizi_publici_locales.pdf: "prima eliminando praticamente le cosiddette gestioni in economia e generalizzando il modello della Spa; successivamente (Legge Finanziaria 2002) introducendo l'obbligo di gara ma con l'ambigua possibilità di distinguere tra gestione della rete ed erogazione del servizio e stabilendo deroghe settoriali (es. per l'idrico, dove era permessa la società mista); infine reintroducendo il modello dell'affidamento diretto, purché rientrante nelle strette maglie dell'ordinamento europeo in materia di affidamento in house".

⁸⁴ L'art. 23-bis del d.l. 112 del 2008 come risultante dalla conversione con legge 133 del 2008 è stato in seguito modificato dalla legge 99 del 2009 e in seguito dal d.l. 135 del 2009, convertito con modifiche dalla legge 166 del medesimo anno.

Concretamente, per dare attuazione ai richiamati principi comunitari e alla tutela della concorrenza, anzitutto il legislatore nazionale ha introdotto una “gerarchia” fra le modalità di affidamento dei servizi, individuando nelle procedure competitive ad evidenza pubblica la forma *ordinaria* di affidamento (alla quale, alle condizioni definite dalla legge, si poteva affiancare la società mista) e nell’affidamento in-house una forma di affidamento *in deroga*, praticabile esclusivamente in casi eccezionali.

Per quanto riguarda, dunque, la procedura di gara, si è assistito ad un richiamo integrale della disciplina comunitaria che si è sviluppato nel rispetto dei principi del TFEU e dei principi generali relativi ai contratti pubblici⁸⁵ e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

Per quanto riguarda l’affidamento alla società mista, annoverato anch’esso fra le modalità ordinarie di attribuzione dei servizi pubblici, il legislatore nazionale ha affiancato al requisito comunitario della selezione del socio privato mediante il ricorso alla gara c.d. *a doppio oggetto* l’ulteriore requisito della partecipazione minima (del 40%) del partner privato alla società.

Infine, anche per l’affidamento in-house il legislatore nazionale ha richiamato i requisiti di origine europea del controllo analogo, della partecipazione pubblica totalitaria, della prevalenza dell’attività svolta con l’ente o gli enti che la controllano, ma ha introdotto anche alcune peculiari previsioni. Da un lato, ne ha ridotto l’applicabilità alle sole *situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato*; dall’altro, ha stabilito che la scelta dell’ente pubblico di ricorrere all’in-house, dovesse essere adeguatamente pubblicizzata, motivata sulla base ad un’analisi del mercato e contestualmente accompagnata da una relazione contenente gli esiti della predetta verifica da inviare all’Autorità garante della concorrenza e del mercato per l’espressione di un parere preventivo circa la compatibilità dell’operazione con i principi di concorrenza⁸⁶.

Questi principi sono stati poi maggiormente dettagliati dal Regolamento di attuazione di cui al DPR 168/2010⁸⁷. In particolare, ai fini che qui interessano, l’art. 2 del regolamento recante *misura in tema di liberalizzazione* prevedeva che la gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali

⁸⁵ Quanto al tema dei contratti pubblici, occorre precisare che la normativa di riferimento è contenuta nel d.lgs. 163/2006 che va a colmare il vuoto normativo concernente la disciplina delle concessioni le quali, diversamente dagli appalti, non sono direttamente regolate dalle direttive 17 e 18 del 2004, ma che in virtù del disposto dell’articolo 30 del d.lgs. 163/2006 sono egualmente assoggettate ai principi del Trattato, direttamente operanti negli Stati membri. Sulle differenti intercorrenti fra servizi pubblici ed appalti pubblici e sulle conseguenze concernenti la rispettiva disciplina, si rinvia a VOLPE C., *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, cit.

⁸⁶ Si consideri che, a norma dell’art. 4 del regolamento di attuazione dell’art. 23-bis, erano soggetti al parere dell’AGCM gli affidamenti per un valore complessivo superiore ai 200'000 euro annui.

⁸⁷ Decreto del Presidente della Repubblica del 7 settembre 2010, n. 168 - Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell’articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

dovesse essere l'obiettivo principe da perseguire, e limitava l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai casi in cui tale assetto non garantisse un servizio rispondente ai bisogni della comunità. Nel rispetto di questa disposizione, l'ente doveva valutare sulla base delle caratteristiche specifiche del mercato quale fosse la migliore opzione da adottare e doveva dare atto della propria analisi con una delibera illustrativa dell'istruttoria compiuta. In particolare, in caso di sottrazione di un settore alla liberalizzazione, la relazione doveva evidenziare i fallimenti di mercato che giustificavano tale scelta, nonché i benefici derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio⁸⁸.

Da ultimo, ma – come si vedrà fra poco – non certo per importanza, l'articolo 23-bis prevedeva inoltre un periodo transitorio per i c.d. *affidamenti non conformi*.

3.1.1 Le critiche all'art. 23-bis.

Dallo studio dell'assetto normativo risultante dall'avvento dell'art. 23-bis emerge in maniera evidente l'ostilità del legislatore del 2008 alle forme di autoproduzione dei servizi pubblici e l'assoluta preferenza per la sollecitazione del mercato tramite il ricorso all'evidenza pubblica.

La bontà della scelta del nostro legislatore, tuttavia, è stata messa in discussione sotto diversi profili.

Un primo profilo di critica atteneva alla legittimità costituzionale dell'art. 23-bis.

Le Regioni si sono strenuamente opposte all'irrigidimento della disciplina degli affidamenti rispetto a quella comunitaria poiché lo ritenevano lesivo delle proprie competenze costituzionalmente garantite in materia di servizi pubblici locali⁸⁹. Tuttavia, dallo scrutinio di costituzionalità⁹⁰ effettuato dalla Corte Costituzionale, la norma è uscita praticamente indenne⁹¹.

La Consulta, infatti, interrogata sulla legittimità di tale disposizione e del regime ad essa conseguente, si è espressa affermando che la disciplina comunitaria costituisce il *livello minimo* e inde-

⁸⁸ PAOLO POLIMANTI, *Le principali novità nei servizi pubblici locali. Alcuni aspetti problematici della riforma*, in *Amministrazione in cammino*, 13.01.2010, disponibile su <http://amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/03/Riforma-1.pdf>.

⁸⁹ COSTANTINO F., *Servizi locali e concorrenza, a proposito della sent. 325 del 2010*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1, 2011, disponibile su <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Costantino.pdf>: “Le Regioni in generale hanno contestato che la tutela della concorrenza (di competenza statale) giustifichi l'imposizione alle Regioni di peculiari modelli organizzativi, e impedisca loro (e agli enti locali) una valutazione comparativa tra le diverse modalità di gestione, in virtù tra l'altro del riconoscimento alle Regioni della competenza legislativa residuale in materia di servizi pubblici locali. In particolare è stata evidenziata la distinzione tra la disciplina del funzionamento del mercato, che sicuramente deve essere pro-concorrenziale, e la disciplina sulla decisione dell'ente territoriale di operare direttamente, o di entrare nel mercato, in quanto la pro-concorrenzialità dovrebbe essere bilanciata col rispetto dell'autonomia degli enti pubblici, specie se territoriali”.

⁹⁰ Corte Costituzionale, sentenza n. 325 del 17 novembre 2010.

⁹¹ LA PORTA S., *Il “ripristino” della normativa abrogata con referendum. Brevi note a margine della travagliata vicenda dei servizi pubblici locali*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 4, 2012, disponibile su http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/La%20Porta_1.pdf. Delle numerose questioni di legittimità relative all'art. 23-bis la Corte accoglie soltanto quella relativa ad una parte del 10° comma che prevedeva la potestà regolamentare dello Stato dovesse adottare dei regolamenti anche per disciplinare l'assoggettamento dei soggetti affidatari in house al patto di stabilità interno.

rogabile da parte del legislatore nazionale il quale, tuttavia, nei limiti della discrezionalità riconosciuta dall'ordinamento comunitario⁹², può legittimamente decidere di discostarsene introducendo previsioni più rigorose in favore dell'assetto concorrenziale di un mercato⁹³. Partendo da questo presupposto, quindi, è risultata legittima tanto la scelta di aggiungere ai requisiti comunitari per l'ammissibilità di un affidamento a società mista la soglia minima di partecipazione del 40% per il socio privato⁹⁴, quanto quella di ridurre le ipotesi di affidamento in-house a casi marginali di sostanziale impossibilità di ricorso al mercato e subordinatamente alla soddisfazione di precisi requisiti procedurali oltre che motivazionali⁹⁵. Ambedue le prescrizioni, infatti, altro non faceva-

⁹² Corte Costituzionale, sent. n. 325/2010, punto 6.1: *“Da quanto precede è dunque evidente che la normativa comunitaria consente, ma non impone, agli Stati membri di prevedere, in via di eccezione e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale; lo Stato italiano, facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo, ha effettuato la sua scelta nel senso di vietare di regola la gestione diretta dei SPL ed ha, perciò, emanato una normativa che pone tale divieto”*.

⁹³ *Id.* punto 8.1.2.: *“L'ordinamento comunitario, in tema di tutela della concorrenza e, in particolare, in tema di affidamento della gestione dei servizi pubblici, costituisce solo un minimo inderogabile per il legislatore degli Stati membri e, pertanto, non osta a che la legislazione interna disciplini più rigorosamente, nel senso di favorire l'assetto concorrenziale di un mercato, le modalità di tale affidamento. Pertanto, il legislatore nazionale ha piena libertà di scelta tra una pluralità di discipline ugualmente legittime”*.

⁹⁴ *Id.* punto 6.1.: *“Il testo vigente dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 è conforme alla normativa comunitaria, nella parte in cui consente l'affidamento diretto della gestione del servizio, «in via ordinaria», ad una società mista, alla doppia condizione che la scelta del socio privato «avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica» e che a tale socio siano attribuiti «specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio» (cosiddetta gara ad evidenza pubblica a doppio oggetto: scelta del socio e attribuzione degli specifici compiti operativi). La stessa nuova formulazione dell'art. 23-bis si discosta, però, dal diritto comunitario nella parte in cui pone l'ulteriore condizione, al fine del suddetto affidamento diretto, che al socio privato sia attribuita «una partecipazione non inferiore al 40 per cento». Tale misura minima della partecipazione (non richiesta dal diritto comunitario, ma neppure vietata) si risolve in una restrizione dei casi eccezionali di affidamento diretto del servizio e, quindi, la sua previsione perviene al risultato di far espandere i casi in cui deve essere applicata la regola generale comunitaria di affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Ne consegue la piena compatibilità della normativa interna con quella comunitaria.”*

⁹⁵ *Id.* punto 6.1.: *“Secondo la normativa comunitaria, le condizioni integranti la gestione in house ed alle quali è subordinata la possibilità del suo affidamento diretto (capitale totalmente pubblico; controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario di «contenuto analogo» a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici; svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante) debbono essere interpretate restrittivamente, costituendo l'in house providing un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Nondimeno, la giurisprudenza comunitaria non pone ulteriori requisiti per procedere a tale tipo di affidamento diretto, ma si limita a chiarire via via la concreta portata delle suddette tre condizioni. Viceversa, il legislatore nazionale, nella versione vigente dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, non soltanto richiede espressamente, per l'affidamento diretto in house, la sussistenza delle suddette tre condizioni poste dal diritto comunitario, ma esige il concorso delle seguenti ulteriori condizioni: a) una previa «pubblicità adeguata» e una motivazione della scelta di tale tipo di affidamento da parte dell'ente in base ad un'«analisi di mercato», con successiva trasmissione di una «relazione» dall'ente affidante alle autorità di settore, ove costituite (testo originario dell'art. 23-bis), ovvero all'AGCM (testo vigente dell'art. 23-bis), per un parere preventivo e obbligatorio, ma non vincolante, che deve essere reso entro 60 giorni dalla ricezione; b) la sussistenza di «situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento» (commi 3 e 4 del testo originario dell'art. 23-bis), ovvero di «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento» (commi 3 e 4 del testo vigente del medesimo art. 23-bis), «non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato». Siffatte ulteriori condizioni si risolvono in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla*

no che garantire l'*espansione* dei casi di applicazione della regola generale comunitaria di affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica, risultando pertanto ad essa perfettamente conformi.

Un secondo profilo di critica atteneva alla correttezza dell'interpretazione ed applicazione dei principi comunitari.

La tendenza del legislatore nazionale ad aggravare in fase applicativa i principi comunitari è stata valutata da più parti in termini negativi. Secondo alcuni⁹⁶, il regime più rigido introdotto dall'art. 23-bis, seppur ammissibile in base al richiamato principio di cui alla sentenza n. 325 del 2010 faceva sì che *“l'autonomia organizzativa degli enti pubblici - principio anch'esso riconosciuto dall'ordinamento comunitario – veni[ss]e] svuotata del tutto in relazione agli affidamenti economicamente più significativi”*⁹⁷.

Secondo altri⁹⁸, *“la propensione ad accentuare i formalismi ed irrigidire i sistemi comparativi, nel trasfondere le direttive e principi europei in norme interne, lascia trasparire il discutibile convincimento che il silenzio del legislatore comunitario o la moderazione delle restrizioni da esso contemplate sottintendano soglie minime di severità, come tali liberamente aggravabili”*.

Sotto altro punto di vista, è stato messo in dubbio che la tecnica del recepimento del diritto comunitario in chiave iper-restrittiva fosse *del tutto collimante con la filosofia di quest'ultimo*⁹⁹. Ed infatti: *“se, da un lato, l'influenza comunitaria conduce alla emersione di valori prima sconosciuti alla tradizione interna, quali la tutela del mercato e l'interesse degli imprenditori alla partecipazione, potenziale o attuale, alle procedure di affidamento, dall'altro, tale processo non va condotto a conseguenze estreme o ipergarantiste di imposizione del modello concorsuale laddove l'ordinamento non lo richieda, con evidenti rischi di contrasto sia con il diritto comunitario, sot-*

gestione in house del servizio e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica. Ciò comporta, evidentemente, un'applicazione più estesa di detta regola comunitaria, quale conseguenza di una precisa scelta del legislatore italiano. Tale scelta, proprio perché reca una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta - e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., ma neppure si pone in contrasto con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri”.

⁹⁶ Ad esempio, URBANO G., *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto dell'in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in *Amministrazione in cammino*, 04.09.2012, disponibile su http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2012/08/Urano_In-house-providing.pdf.

⁹⁷ Il medesimo Autore, nel commentare gli effetti dell'abrogazione dell'art. 23-bis avvenuta ad esito del referendum del 2011, ha parlato di *“[...] un ritorno alla normalità anche per i servizi pubblici locali, ossia ai requisiti tradizionali dell'in house come costruiti dal giudice comunitario senza ulteriori aggravamenti di sorta [...]”*.

⁹⁸ CAFAGNO M., *Vincoli di gara ed affidamenti concessori nel diritto europeo*, in CARTEI G.F., RICCHI M., a cura di, *Finanza di progetto. Temi e prospettive. Approfondimenti sistematici e interdisciplinari*, Editoriale Scientifica, 2010, p. 397. Per la precisione, l'Autore opera le considerazioni richiamate nel testo commentando l'art. 144 del codice dei contratti pubblici, anch'esso relativo ai principi di evidenza pubblica.

⁹⁹ AZZARITI A., *I principi generali in materia di affidamento dei contratti pubblici*, Università degli Studi di Bologna, Tesi di dottorato, 2007, p. 28 e p. 74. Di *“recepimento eccessivo rispetto alle indicazioni comunitarie”* parla anche SANTI G., *Il servizio universale in Italia*, in FERRARI E., a cura di, *I servizi a rete in Europa*, p. 145

to il profilo della proporzionalità, sia con il diritto interno, in relazione alla economicità ed efficienza dell'azione amministrativa".

Infine, secondo una rigorosa applicazione dei principi del diritto della concorrenza nazionale¹⁰⁰ parrebbe che l'ordinamento, nel caso dell'in-house, non richiederebbe l'adozione di alcuna cautela pro-concorrenziale (quindi neppure dell'obbligo di motivazione della scelta di procedere all'autoproduzione) in quanto si tratterebbe di un'ipotesi *estranea* ai principi di concorrenza.

Il terzo ed ultimo profilo di critica della disciplina risultante dall'art. 23-bis atteneva alla sua efficacia.

Una parte della dottrina¹⁰¹ ha definito le nuove previsioni lacunose, incomplete e, comunque, non risolutive dei problemi sui quali pretendevano di intervenire. Altri hanno sostenuto che di fatto si sia lasciato *quasi tutto come prima*¹⁰²: demandando alla mera discrezionalità dell'ente pubblico (fatto salvo il parere dell'AGCM, obbligatorio, sì, ma non vincolante) di derogare al regime ordinario, la dirompenza dell'intervento legislativo diventava solo *apparente* e si riduceva ad un *mero compromesso al ribasso*.

3.2. L'attuale regime: analisi della normativa e della giurisprudenza dopo l'abrogazione dell'art. 23-bis.

Ad esito del referendum del 12 e 13 giugno 2011, l'articolo 23-bis è stato abrogato¹⁰³ e, per caducazione, anche il suo regolamento attuativo, il DPR n. 168/2010.

Sul punto, occorre precisare che detta abrogazione è avvenuta per motivi che nulla hanno a che vedere con la valutazione nel merito della ragionevolezza – ai fini della tutela della concorrenza – delle numerose e complesse disposizioni contenute nell'articolo: le finalità della consultazione referendaria del 2011, infatti, si incentravano essenzialmente sul servizio idrico integrato che i promotori del referendum intendevano “salvare” da qualsiasi privatizzazione e rispetto al quale si prefissavano di ripristinare una gestione esclusivamente pubblica¹⁰⁴.

¹⁰⁰ TRIMARCHI BANFI F., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di legittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5, 2012, pp. 723-744.

¹⁰¹ MASSARUTTO, *Ci risiamo: ecco la ri-contro-ri-riforma dei servizi pubblici locali*, cit., ritiene che l'intervento di cui all'art. 23-bis sia un “compromesso accettabile”, ma comunque non risolutivo delle problematiche in quanto troppo vago e lacunoso su aspetti decisivi.

¹⁰² POLIMANTI P., *Le principali novità nei servizi pubblici locali. Alcuni aspetti problematici della riforma*, in www.amministrazioneincammino.it, 31.12.2009, afferma che la rigidità della nuova disciplina sia solo apparente nella misura in cui viene comunque prevista la possibilità di derogare al principio generale della gara con ciò adottando una soluzione di *compromesso al ribasso che si limita a legittimare e perpetuare lo status quo*.

¹⁰³ Art. 1, comma 1 del DPR 18 luglio 2011, n. 113 con decorrenza dal 21 luglio 2011.

¹⁰⁴ BERCELLI J., *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giornale dir. Amm.*, n. 2, 2013, pp. 156: “Tale disciplina, tuttavia, è stata contestata dal movimento emerso nell'ambito della società civile contrario alla privatizzazione dell'acqua. Per ragioni tecniche relative ai requisiti di ammissibilità dei quesiti referendari, è stata sottoposta a referendum abrogativo l'intera normativa generale sulle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Il risultato dello svolgimento del referendum è stato l'abrogazione dell'art. 23-bis, ossia dell'intera disciplina generale delle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”.

Tuttavia, per ragioni squisitamente tecniche legate all'ammissibilità del quesito¹⁰⁵, la sua formulazione ha avuto ad oggetto invece l'intera materia delle modalità di affidamento di cui all'art. 23-bis che, come noto, si estendeva a tutti i servizi pubblici a rilevanza economica (fatti salvi quelli espressamente esclusi dalla norma stessa), non solamente al servizio idrico.

Gli effetti di questa abrogazione sono stati chiariti *ex ante* dalla Corte Costituzionale che, con sentenza n. 24 del 2011, nel risolvere positivamente la questione di ammissibilità del primo quesito referendario proposto (relativo appunto all'abrogazione dell'art. 23-bis)¹⁰⁶ ha precisato che: *“dall'abrogazione referendaria non deriva, in tema di regole concorrenziali relative ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, né alcuna lacuna normativa incompatibile con gli obblighi comunitari, né l'applicazione di una normativa contrastante con il suddetto assetto concorrenziale minimo inderogabilmente richiamato dall'ordinamento comunitario”*.

Ed infatti, la Corte, da un lato, ha escluso la reviviscenza della normativa precedentemente abrogata dall'articolo 23-bis e, dall'altro, ha fugato qualsiasi timore relativo alla formazione di un *vuoto normativo* derivante dall'abrogazione dell'articolo in questione grazie alla diretta applicabilità della normativa comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in tema di procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Sentenza n. 24 del 2011, massima: *“Il quesito è ammissibile anche sotto il profilo della sua formulazione poiché rispetta tutti i requisiti richiesti dalla giurisprudenza costituzionale (omogeneità; chiarezza e semplicità; univocità; completezza; coerenza; rispetto della natura essenzialmente ablativa dell'operazione referendaria). Con specifico riferimento all'omogeneità, l'abrogazione richiesta riguarda una normativa unitaria e generale, prevalente su quelle di settore, che è diretta sostanzialmente a restringere, rispetto alle regole concorrenziali minime comunitarie, le ipotesi di gestione in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Inoltre, vi è congruità tra intento referendario e formulazione del quesito: l'obiettivo dei sottoscrittori del referendum va desunto esclusivamente dalla finalità «incorporata nel quesito», cioè dalla finalità obiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione ed all'incidenza del referendum sul quadro normativo di riferimento, la quale va ravvisata nell'intento di escludere l'applicazione delle norme, contenute nell'art. 23-bis, che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico). Non sussiste, pertanto, alcuna contraddizione o incongruità tra tale intento intrinseco e la formulazione - del tutto chiara, semplice ed univoca - della richiesta referendaria. Sulla irrilevanza delle eventuali dichiarazioni rese dai promotori ai fini della individuazione dell'intento dei promotori v. citate, ex plurimis, sentenze n. 16 e n. 15 del 2008, n. 37 del 2000, n. 17 del 1997”*.

¹⁰⁶ Referendum popolare n. 1 relativo a *Modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica - Abrogazione*. Testo del quesito: *“Volete voi che sia abrogato l'art. 23 bis (Servizi pubblici locali di rilevanza economica) del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 “Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria”, convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2008, n. 133, come modificato dall'art. 30, comma 26, della legge 23 luglio 2009, n. 99, recante “Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia” e dall'art. 15 del decreto legge 25 settembre 2009, n. 135, recante “Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee”, convertito, con modificazioni, in legge 20 novembre 2009, n. 166, nel testo risultante a seguito della sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale ?”*. Tutti e quattro i quesiti referendari sono consultabili su http://www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampa/speciali/referendum_2011/referendum_1.html.

¹⁰⁷ Si veda Corte Costituzionale, sentenza n. 24/2011, paragrafo 4: *“Nel caso in esame, all'abrogazione dell'art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto,*

Il dibattito sull'applicabilità dell'*in-house*, dei suoi limiti e delle sue condizioni, avrebbe potuto trovare pronta soluzione proprio in questo diretto rimando al diritto europeo.

Ed infatti, se le considerazioni effettuate nel corso dei paragrafi precedenti¹⁰⁸ rispetto all'evoluzione in ambito comunitario dell'istituto dell'*in-house* sono corrette, allora la diligente applicazione della disciplina comunitaria avrebbe garantito anche a livello nazionale la marginalizzazione di questa forma di affidamento e gli obiettivi di liberalizzazione perseguiti dal legislatore italiano¹⁰⁹. Inoltre, non richiedendo ulteriori interventi normativi interni, avrebbe evitato le critiche della dottrina su eventuali scelte normative astrattamente giudicabili come maggiormente restrittive.

Diversamente da quanto appena affermato, invece, il legislatore italiano ha ritenuto di dover nuovamente intervenire per ribadire la propria preferenza per le procedure ad evidenza pubblica.

Meno di un mese dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale¹¹⁰ del DPR n. 113 del 2011 recante gli esiti del referendum, nel d.l. 138/2011 (convertito con modifiche dalla legge n. 148/2011) è stato introdotto l'articolo 4 avente lo scopo di adeguare la disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione Europea¹¹¹.

L'articolo in parola, pur escludendo la sua applicabilità al servizio idrico, richiamava quasi letteralmente le previsioni dell'art. 23-bis, in particolare quelle concernenti l'obbligo di motivazione da parte dell'ente affidante in caso di ricorso all'*in-house*, così riproponendo il meccanismo della verifica delle condizioni di mercato da trasfondere in una delibera da sottoporre al vaglio dell'AGCM¹¹².

I contenuti del nuovo articolo, come appare evidente, sono stati immediatamente messi in discussione e sottoposti a giudizio di legittimità costituzionale per essere meramente riproduttivi della disciplina appena abrogata.

costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997 –, sia da quella della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato); dall'altro, conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica. Ne deriva l'ammissibilità del quesito per l'insussistenza di impedimenti di natura comunitaria."

¹⁰⁸ *Supra* box conclusivo del paragrafo 2.

¹⁰⁹ CERULLI IRELLI V., *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. Cost.*, n. 4, 2012, p. 2906: "Invero, l'applicazione corretta dei principi comunitari dà luogo ad una normativa di risulta meno distante da quella abrogata rispetto a quanto potrebbe dedursi da una prima, e affrettata lettura della sentenza della Corte".

¹¹⁰ GU n.167 del 20.7.2011.

¹¹¹ PIPERATA G., *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, n. 1/2011, p. 33-68.

¹¹² Per una valutazione critica dell'Autorità rispetto ai contenuti dell'art. 4 del dl. 138/2011, si veda AGCM, *Disegno di legge AS n. 2887 di conversione del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, recante Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo*, AS864, 26.08.2011.

Nella sentenza n. 199 del 2012, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4 per contrasto con l'art. 75 della Costituzione¹¹³ confermando, ancora una volta, la diretta regolazione dell'affidamento dei servizi pubblici da parte della disciplina generale europea.

In termini pratici, tuttavia, l'esito del referendum e della sentenza 199 del 2012 è meno dirompente di quanto potrebbe parere a prima vista.

In particolare, con riferimento agli affidamenti *in-house*, nonostante il vuoto normativo nazionale, valgono tutti i requisiti elaborati dalla giurisprudenza comunitaria: controllo analogo, partecipazione pubblica totalitaria, svolgimento della parte prevalente dell'attività in favore dell'ente affidante¹¹⁴, nonché i limiti di cui all'art. 106 TFUE, comma secondo. Con particolare riguardo a questi ultimi, si sottolinea la centralità del principio per il quale l'esclusività della gestione è consentita solo laddove l'applicazione delle regole di concorrenza osti all'adempimento della specifica missione affidata. Secondo autorevole dottrina¹¹⁵: *“questa norma, come correttamente intesa (e a questo punto in assenza di una normativa nazionale, dovrà essere rigidamente intesa) impone perciò che nei diversi casi di affidamento diretto a società in house l'ente locale debba giustificare la scelta dimostrando che in quel determinato settore l'applicazione delle regole di concorrenza (nel mercato) sarebbe stato un ostacolo alla missione perseguita attraverso il servizio e che l'affidamento diretto, in deroga alle regole della concorrenza (per il mercato) trovi a sua volta specifiche motivazioni”*.

In conclusione, quindi, la vicenda degli affidamenti avrebbe potuto concludersi nel senso di ritenere l'intero settore dell'amministrazione pubblica immediatamente regolato da norme di rango europeo con preclusione per il legislatore italiano di imporre livelli di concorrenza più ampi di quelli europei¹¹⁶. Ma così non è stato.

Un ultimo colpo di coda nella direzione della preferenza italica per l'evidenza pubblica è giunto con l'art. 3-bis del d.l. 138 del 2011, così come introdotto dall'art. 25, comma 1°, lett. a), del decreto legge n. 1/2012, convertito con modificazioni in legge n. 27/2012. Tale norma, nel prevedere un “sistema premiale” per le pubbliche amministrazioni virtuose¹¹⁷, menziona fra i “compor-

¹¹³ Per un approfondimento sul tema della riproduzione di norme abrogate a seguito di consultazione referendaria, si veda GENINATTI SATÈ L., *Sulla (ri)produzione legislativa di norme abrogate mediante referendum*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 5, 2011, pp. 3831-3852.

¹¹⁴ Vi sono già numerose conferme in tal senso anche da parte della nostra giurisprudenza amministrativa. Ad esempio la sentenza n. 762/2013 della sesta sezione del Consiglio di Stato, con commento di CAROSELLI A., *L'affidamento diretto tra vincoli comunitari e principio di discrezionalità*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 5 marzo 2013, disponibile su <http://www.dirittodeiservizi pubblici.it/articoli/articolo.asp?sezione=dettarticolo&id=536>. Analogamente, T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 11/4/2013, n. 1925 e T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. II, 11/6/2013, n. 558, con commento di COCCO G., *L'in house providing fra giustizia amministrativa e Corte Costituzionale*, in *Diritto dei Servizi Pubblici*, 5 luglio 2013, disponibile su <http://www.dirittodeiservizi pubblici.it/articoli/articolo.asp?sezione=dettarticolo&id=557>.

¹¹⁵ CERULLI IRELLI, cit., p. 2906.

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ d.l. 138/2011, art. 3, comma 3: *“3. A decorrere dal 2013, l'applicazione di procedura di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. A tal fine, la Presidenza del*

tamenti virtuosi” proprio “*l'applicazione di procedure di affidamento dei servizi a evidenza pubblica*” (art. 3-bis, comma 3). Con tale scelta, più “arguta”¹¹⁸ delle precedenti, il legislatore non impone, ma chiaramente indirizza gli enti locali a propendere per l’evidenza pubblica per via delle importanti conseguenze derivanti da una positiva valutazione di virtuosità – ossia il non dover concorrere agli obiettivi di risparmio di spesa di cui al patto di stabilità¹¹⁹. Di nuovo questo *favor* per l’evidenza pubblica è stato fonte di dubbi di legittimità costituzionale¹²⁰ risolti, questa volta, nel senso dell’inammissibilità delle censure sollevate dai ricorrenti proprio perché tale impostazione non vincola, ma solo “incentiva” le scelte degli Enti¹²¹.

Poco dopo, nonostante dalla disciplina europea emergesse già senza alcun dubbio che la scelta operata dall’ente locale debba necessariamente basarsi su precise considerazioni del contesto nel quale si decida di ricorrere ad un eventuale affidamento in-house, la cosiddetta “mini-riforma”

Consiglio dei ministri, nell'ambito dei compiti di tutela e promozione della concorrenza nelle regioni e negli enti locali, comunica, entro il termine perentorio del 31 gennaio di ciascun anno, al Ministero dell'economia e delle finanze gli enti che hanno provveduto all'applicazione delle procedure previste dal presente articolo. In caso di mancata comunicazione entro il termine di cui al periodo precedente, si prescinde dal predetto elemento di valutazione della virtuosità”.

¹¹⁸ Il termine è di COLASANTE P., *L'applicazione della tecnica premiale al settore dell'affidamento dei servizi pubblici locali*, in *Giur. Cost.*, n. 2, 2013, p. 790.

¹¹⁹ dl. 6 luglio 2011, n. 98, Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria, in GU del 6luglio 2011, n.155, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, in G.U. del 16 luglio 2011, n. 164, art. 20, co. 2.

¹²⁰ Ai fini che qui interessano, ossia per lo studio delle modalità di affidamento, non si approfondiscono le altre questioni di legittimità costituzionale sollevate dai ricorrenti relative alla tematica della “competenza Stato-regioni”. E’ appena il caso di ricordare, però che sulla ripartizione delle competenze in materia concorrenziale e dei servizi pubblici, la Corte si è ormai espressa varie volte: con la sentenza 272/2004, con la successiva sentenza 199/2012, con la sentenza 8/2013, infine con la sentenza 46/2013.

¹²¹ Secondo la Corte, infatti, la tecnica premiale “*ha, in generale, il pregio di non privare le Regioni e gli altri enti territoriali delle loro competenze e di limitarsi a valutare il loro esercizio ai fini dell'attribuzione del “premio”, ovvero della coerenza o meno alle indicazioni del legislatore statale, che ha agito nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia di concorrenza. Infatti, “grazie alla tecnica normativa prescelta i principi di liberalizzazione presuppongono che le Regioni seguitino ad esercitare le proprie competenze in materia di regolazione delle attività economiche”. Ne consegue, dunque, che le Regioni “non risultano menomate nelle, né tantomeno private delle, competenze legislative e amministrative loro spettanti, ma sono orientate ad esercitarle in base ai principi indicati dal legislatore statale, che ha agito nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia della concorrenza”.* Per una critica a tale scelta legislativa, COCCO G., *L'in house providing fra giustizia amministrativa e Corte Costituzionale*, cit. Secondo l’A. le premesse che giustificano il meccanismo premiale conterrebbero un vizio. Ed infatti, nella norma in commento, evidenza pubblica e affidamento in-house vengono considerate alternative fra loro perfettamente fungibili, per usare una terminologia concorrenziale, “perfetti sostituti”, di talché risulterebbe indifferente optare per l’uno o per l’altro. Ma, come anche ampiamente argomentato nei paragrafi precedenti, gara ed in-house sono sì situazioni alternative, ma non sono affatto perfetti sostituti: la scelta dell’uno (in-house) avviene *a monte* di qualsiasi valutazione di politica economica e si basa sul presupposto oggettivo di trovarsi *fuori* dal mercato. Riprendendo l’A. “*Così si può dire che il ricorso all'in house trova applicazione a monte della decisione dell'ente pubblico e quando non ci sono le condizioni per rivolgersi al mercato. Non risponde, o almeno non dovrebbe rispondere, a finalità di “auto protezione” degli apparati pubblici, bensì ad elementi oggettivi. Conseguentemente applicare, in questo caso, una logica di premialità a favore dell'evidenza pubblica non è ragionevole perché così facendo si sovrappongono due piani che sono distinti*”. Risulta quindi legittimo dubitare della ragionevolezza della scelta legislativa in commento.

del 2012¹²² ha previsto in capo all'ente affidante l'obbligo di redigere una specifica relazione, con previsione di adeguata pubblicità e di contenuti minimi¹²³, pena l'illegittimità del provvedimento amministrativo che, ove annullato, dà luogo, a cascata, all'inefficacia del contratto successivamente stipulato¹²⁴.

Nella medesima occasione, il legislatore è anche intervenuto sull'unico elemento che, dopo l'abrogazione del citato articolo 4, non trovava alcuna corrispondenza diretta con il diritto europeo, ossia sulla previsione di un periodo transitorio per la regolarizzazione degli affidamenti non conformi.

Onde evitare il rischio di gestioni perpetue, il legislatore ha introdotto specifiche limitazioni temporali per tutti gli affidamenti, non solo per quelli "nuovi", ma anche e soprattutto per quelli più datati, per i quali alcun termine di durata fu previsto a suo tempo¹²⁵.

¹²² Per "mini-riforma" del 2012 si intendono i commi da 20 a 27 dell'art. 34, del dl. 179/2012, convertito con legge 221 del 2012. Si segnala che prima della mini-riforma, il legislatore era nuovamente intervenuto con il dichiarato intento di favorire la concorrenza mediante procedure ad evidenza pubblica. Infatti, con il decreto *Spending review* (dl. 95/2012 convertito con legge n. 135/2012) il legislatore imponeva alle società pubbliche "strumentali" destinate a gestire servizi pubblici di rilevanza economica un ulteriore requisito per poter legittimamente ricorrere all'affidamento in-house. Si trattava del limite di cui all'art. 4, comma 8 a mente del quale: "*a partire dal 1° gennaio 2014, l'affidamento diretto è consentito solo a favore di società a partecipazione interamente pubblica che rispettino i requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in-house a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente di valore pari o inferiore a 200.000 euro annui*". Sulla problematicità di questa disposizione, comunque superata dalla mini-riforma del 2012, si rinvia a CUOCOLO L., *I servizi di interesse generale*, cit., par. 16 – *Il rapporto tra la pronuncia della Consulta e l'art. 4 del D.L. 95/2012*, p. 500 ss.

¹²³ Si veda art. 34, comma 20 della mini-riforma che espressamente prevede che: "*Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste*". Sulla relazione giustificativa della scelta dell'in-house è poi intervenuto anche il d.l. 145/2013 convertito con legge n. 9/2014 il cui art. 13, comma 25-bis che ne dispone l'invio all'osservatorio per servizi pubblici locali: "*Gli enti locali sono tenuti ad inviare le relazioni di cui all'articolo 34, commi 20 e 21, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, all'Osservatorio per i servizi pubblici locali, istituito presso il Ministero dello sviluppo economico nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie già disponibili a legislazione vigente e comunque senza maggiori oneri per la finanza pubblica, che provvederà a pubblicarle nel proprio portale telematico contenente dati concernenti l'applicazione della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sul territorio*".

¹²⁴ VOLPE C., *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in *Giustamm.it*, n. 3, 2014, par. 7 – *L'in house nella normativa vigente: nelle società che gestiscono servizi pubblici locali di rilevanza economica*. Si veda anche AZZARITI A., *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla luce della sentenza 199/2012 della Corte Costituzionale e delle recenti novità normative*, in *Ist. fed.*, n. 4, 2012, pp. 867-870.

¹²⁵ Si veda, art. 34, comma 21 della mini-riforma del 2012: "*Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20. Per gli affidamenti in cui non è prevista una data di scadenza gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre*

La stessa AGCM nelle proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2014¹²⁶ ha richiamato l'importanza di eliminare definitivamente le gestioni non conformi (affidamento diretto a terzi, partnership pubblico-privata senza gara a "doppio oggetto") e quelle le cui modalità di compensazione, a fronte dell'imposizione di oneri di servizio pubblico, sono incompatibili con i principi stabiliti dalla sentenza Altmark¹²⁷ in materia di aiuti di Stato.

Da ultimo, la legge di stabilità per il 2015¹²⁸, all'art. 1, comma 609, lettera a), è nuovamente intervenuta con nuove precisazioni in merito all'esecuzione degli adempimenti di cui all'art. 34, comma 20 del dl. n. 179/2012 chiarendo ulteriormente i contenuti della relazione ivi richiamata. Essa dovrà i. dar conto della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e motivarne le ragioni con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio; ii. al fine di assicurare la realizzazione degli interventi infrastrutturali necessari da parte del soggetto affidatario, comprendere un piano economico-finanziario che, fatte salve le disposizioni di settore, contenga anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, con la specificazione, nell'ipotesi di affidamento in house, dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento da aggiornare ogni triennio.

In conclusione, a seguito del referendum, lo spazio di manovra del legislatore in tema di concorrenza nei servizi pubblici locali è stato sicuramente ristretto. Ciò nonostante, il legislatore non ha comunque rinunciato ad esprimere la propria preferenza per l'evidenza pubblica: tale precisazione, pur non risultando necessaria da un punto di vista teorico, è sicuramente utile in un contesto come quello italiano in cui le resistenze alla concorrenza sono molteplici e particolarmente forti.

2013". Sul punto, CERULLI IRELLI, cit., p. 2907 dove si legge che la richiamata norma "*Laddove le gestioni in essere non prevedano una data di scadenza (ciò che come si diceva avviene nella gran parte dei casi) gli enti provvedano contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento, pena la cessazione dell'affidamento medesimo alla data del 31 dicembre 2013*". Tale termine è stato successivamente prorogato al 31 dicembre 2014 dall'art. 13, comma 1 del dl. 150/2013, convertito con legge 15/2014 a mente del quale: "*In deroga a quanto previsto dall'articolo 34, comma 21 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, al fine di garantire la continuità del servizio, laddove l'ente responsabile dell'affidamento ovvero, ove previsto, l'ente di governo dell'ambito o bacino territoriale ottimale e omogeneo abbia già avviato le procedure di affidamento pubblicando la relazione di cui al comma 20 del medesimo articolo, il servizio è espletato dal gestore o dai gestori già operanti fino al subentro del nuovo gestore e comunque non oltre il 31 dicembre 2014*". Su punto, si veda VOLPE C., *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali*, cit.

¹²⁶ AGCM, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2014*, AS1137, 04.07.2014, par. *Strumenti di monitoraggio delle forme di affidamento dei servizi pubblici locali*, p. 90 ss.

¹²⁷ Per il richiamo delle condizioni di cui alla sentenza Altmark, *infra*, Parte IV, Capitolo I, nota 113.

¹²⁸ l. 190/2014, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, in GU n. 300 del 29.12.2014, Suppl. Ordinario n. 99.

4. Conclusioni.

La conclusione che si può trarre dalla lunga ed articolata *querelle* giurisprudenzial-dottrinale sul problema dell'affidamento, ad avviso di chi scrive, è la seguente.

La scelta della tipologia di affidamento deve essere effettuata sulla base di valutazioni economiche e concorrenziali¹²⁹ che ciascun ente affidante (quindi, nel caso del servizio di raccolta dei rifiuti urbani, ciascun Comune) è tenuto a svolgere al fine di garantire che la modalità adottata corrisponda esattamente alle esigenze e specificità del singolo caso concreto¹³⁰.

In altre parole, l'analisi delle condizioni di mercato e la produzione di relazioni o studi che ne chiariscano gli esiti deve essere svolta dal soggetto che affida il servizio indipendentemente da qualsiasi obbligo di legge¹³¹.

Nel contesto italiano, il legislatore ha ritenuto di dover esplicitare questo imprescindibile passaggio inserendo espliciti obblighi di valutazione in apposite normative¹³². A rigore, tali previsioni risultano sovrabbondanti, ma nella pratica si sono rivelate indispensabili per aprire una breccia in favore del mercato in un settore in cui le scelte degli enti pubblici sono spesso dettate da obiettivi

¹²⁹ AGCM, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2014*, AS1137, 04.07.2014, p. 91 e 92: "Modificare l'articolo 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012 (legge n. 221/2012), prevedendo la trasformazione della relazione degli enti locali affidanti in una determinazione in cui devono essere indicate in modo analitico le ragioni che giustificano il ricorso al modello di gestione scelto ed evidenziati i benefici in termini di una maggiore efficienza del servizio derivanti da tale modello di gestione. La determinazione deve illustrare le caratteristiche e la struttura dei mercati interessati e degli operatori presenti ed evidenziare l'esistenza di benchmark di costo per la fornitura dei servizi".

¹³⁰ La conclusione è supportata anche dalle considerazioni elaborate da Stiglitz nel suo saggio sul ruolo economico dello Stato. L'A., dopo aver individuato le attività caratterizzate da fallimenti di mercato come quelle che potrebbero essere svolte dallo Stato meglio che da altri soggetti, ha affermato che ciò nonostante, non è detto che l'intervento dello Stato debba necessariamente tradursi nella produzione diretta del servizio. Al contrario, esso potrebbe assumere una molteplicità di altre forme (quali ad esempio l'incentivazione fiscale di un'attività privata, la regolamentazione del settore interessato, oppure la produzione di una legislazione appropriata) e che la soluzione appropriata sia da valutare rispetto a ciascun caso concreto. STIGLITZ J.E., *Il ruolo economico dello Stato – Un saggio con i commenti di Perlman M, North D.C., Bös D., Freeman C., Wllink A.H.E.M., MacGregor I.*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 57 ss. Sul ruolo dello Stato nell'economia, si rinvia anche a MAZZAMUTO M., *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000.

¹³¹ CAVALLO L., *Analisi normativa e assetti di mercato: configurazione dei soggetti di governo e dei soggetti di regolazione*, in DE VINCENTI C., a cura di, *Finanziamento delle utilities e investimenti di lungo termine*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012, p. 232: "La valutazione dell'eccezionalità della situazione che non consente il ricorso al mercato non dovrebbe, in ogni caso, prescindere da un'analisi volta a verificare che la gestione in house non sia comparativamente svantaggiosa per i cittadini e a dimostrare l'efficacia (rispetto agli obiettivi) e l'utilità (in termini di costi) di tale scelta [...]. L'analisi non dovrebbe inoltre omettere di considerare il contesto di mercato, il perimetro e le modalità di esercizio dei servizi".

¹³² La medesima preferenza per il ricorso all'evidenza pubblica è stata espressa diverse volte anche dall'autorità Antitrust, da ultimo si veda AGCM, *Audizione del Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato Prof. Giovanni Pitruzzella sul tema dei profili concorrenziali nell'ambito della gestione dei rifiuti solidi urbani, anche con riferimento alle attività dei consorzi per la raccolta*, Roma, 6 novembre 2014, disponibile su http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/4511-audizione-20141106.html.

diversi dall'efficienza economica¹³³ o, ancora peggio, sono assunte non curando o ignorando le conseguenze derivanti dalle proprie decisioni.

Ciò detto, occorre fare alcune riflessioni.

In primo luogo, è bene precisare che l'effettuazione degli studi di mercato prodromici ad una consapevole scelta della migliore forma di affidamento presuppongono alcune capacità tecniche e di analisi, nonché conoscenze economiche complesse relative alla politica industriale ed alla concorrenza che spesso gli enti locali, soprattutto quelli di piccole dimensioni, non hanno a loro disposizione¹³⁴. In tali casi, dunque, il passaggio dalle precedenti gestioni *in-house* a nuovi affidamenti mediante gara potrebbe avvenire per gradi, idealmente con il supporto di un ente regolatore indipendente che possa individuare condizioni uniformi su tutto il territorio nazionale e indicare i requisiti minimi per poter allestire nel migliore dei modi le procedure ad evidenza pubblica¹³⁵.

¹³³ NAPOLITANO G., *Servizi pubblici, diritto della concorrenza e funzioni dell'Autorità Garante*, par. 6 – *Il controllo sulle deroghe alle modalità di affidamento concorrenziale dei servizi pubblici locali*, in RABITTI BEDOGNI C., BARUCCI C., a cura di, *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Tomo II, Torino, Giappichelli, 2010, p. 770 ss. dove l'A. analizza un campione di circa cento affidamenti presi in considerazione dall'AGCM nel 2009 e rispetto ai quali circa i 2/3 sono risultati non conformi alle disposizioni dell'allora in vigore art. 23-bis. L'A. conclude affermando che: *“Questi dati evidenziano che le scelte degli enti locali in materia di gestione dei servizi dipendano esclusivamente da considerazioni di ordine politico e da esigenze di continuità amministrativa, mentre faticano a trovare spazio valutazioni di efficienza economica e persino di tutela ambientale e sociale”*.

¹³⁴ *Id.*, p. 233.

¹³⁵ L'introduzione di un soggetto regolatore nel settore dei rifiuti, nella forma di autorità indipendente, è stata invocata da più parti nella consapevolezza che la stabilità regolatoria incentiva gli investimenti e che la funzione anticiclica svolta dal regolatore (che non pondera interessi, ma persegue un assetto ottimale del settore regolato) favorisce il rilancio dell'economia. Un primo tentativo in tale direzione si ebbe con il d.lgs. 2 maggio 2006 che introdusse all'art. 159 del d.lgs. 152/2006 la Autorità per la vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti, subito soppressa ex art. 1, comma 5, d.lgs. 284/2006. Sul tema è intervenuta anche l'AGCM che nel dicembre del medesimo anno redarguiva: *“proprio per i servizi pubblici locali, in assenza di un quadro concorrenziale che dia al mercato regole di trasparenza dei prezzi e migliore qualità del servizio, risulta necessario individuare organi di regolazione indipendenti caratterizzati da un elevato livello di specializzazione, in grado di stimolare e controllare – anche mediante il confronto del grado di efficienza delle imprese fra situazioni locali distinte – la qualità del servizio e il livello degli investimenti effettuati, a prescindere dalla proprietà pubblica o privata delle imprese erogatrici. Solo attraverso un'adeguata regolamentazione svolta da organismi indipendenti e altamente specializzati cui venga affidato sia il controllo delle modalità di affidamento che delle modalità di gestione del servizio (quali il pieno rispetto del contratto di servizio e dei relativi standard qualitativi), appare possibile evitare situazioni di conflitto di interesse o fenomeni di cattura del regolatore, che, come noto, possono ingenerare distorsioni concorrenziali e determinare, tra l'altro, tariffe più elevate, servizi di qualità inferiore e/o minori investimenti, con evidente pregiudizio per i cittadini in quanto consumatori”*. Si veda AGCM, *Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in-house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi*, AS375, 28.12.2006. Da allora, le proposte di introduzione di un'autorità per i rifiuti non hanno avuto alcun seguito ed anzi, l'unico Ente che, pur non avendo la natura di autorità indipendente, si svolgeva un'attività di monitoraggio del settore dei rifiuti, ossia l'Osservatorio Nazionale Rifiuti (“ONR”, istituito dal d.lgs. 22/1997) è stato (inspiegabilmente) soppresso dal collegato ambientale alla legge di stabilità per il 2014, oggi ridenominato ddl. sulla green economy. Recentemente il tema è stato ripreso in diverse occasioni. Nel mese di maggio 2014, Federambiente nel corso dell'audizione proprio sul collegato ambientale alla legge di stabilità per il 2014 ha rilanciato la proposta di costituzione di un'autorità indipendente per i rifiuti, con ruolo di regolazione, verifica e sanzionamento degli operatori, autonoma e indipendente. Si veda FEDERAMBIENTE, *Audizione. Commissione VIII, Ambiente, territorio e lavori pubblici della Camera dei Deputati, Esame in sede consultiva del Ddl. “Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il*

Con esplicito riferimento al settore dei rifiuti, autorevole dottrina¹³⁶ ha rilevato come le politiche di liberalizzazione debbano necessariamente “*misurarsi con un contesto di riferimento caratterizzato da marcati squilibri e da rilevanti arretratezze*”. Pertanto, la proposta avanzata sarebbe proprio quella di tenere nella dovuta considerazione le differenze intercorrenti fra situazioni in cui i presupposti per l’apertura del mercato siano già presenti e situazioni non ancora “mature”: rispetto a queste ultime l’affidamento diretto potrebbe essere ammesso in via eccezionale e transitoria per il solo periodo necessario a colmare le situazioni di frammentazione.

L’organizzazione e la gestione delle gare costituisce il secondo elemento di riflessione su cui si intende soffermarsi brevemente.

Considerare la gara come la “panacea di tutti i mali” del settore pubblico e, in particolare, delle gestioni inefficienti costituirebbe un errore: bisogna infatti essere consapevoli dei limiti dello strumento dell’evidenza pubblica¹³⁷. In estrema sintesi, le criticità sono raggruppabili in tre cate-

*contenimento dell’uso eccessivo di risorse naturali” (collegato ambientale alla legge di stabilità 2014 – AC 2093 Governo), Roma, 06.05.2014, disponibile su [http://www.camera.it/temiap/2014/06/24/OCD177-315.pdf](http://www.camera.it/temiap/2014/06/24/ OCD177-315.pdf). Qualche mese dopo, in data 7 agosto 2014, in occasione della presentazione del “Programma di razionalizzazione delle partecipate locali” da parte del Commissario Straordinario per la revisione della spesa, Cottarelli, i problemi dell’instabilità normativa e dell’assenza di un organismo di regolazione sono di nuovo al centro della discussione. Si veda il citato programma di razionalizzazione al paragrafo IV – Politiche di efficientamento, sottoparagrafo Favorire lo sfruttamento di economie di scala: il caso dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, p. 24 ss. si legge: “Il settore dei rifiuti, inoltre, a differenza di quanto avviene per elettricità, gas e i servizi idrici, non ha un quadro della regolazione altrettanto maturo, il servizio non viene finanziato attraverso un sistema di tariffe /prezzi e non è ancora prevista un’attività di vigilanza da parte di un soggetto terzo e indipendente. Si tratta di aspetti determinanti perché si sviluppi un sistema di gestione del servizio efficiente. Infatti le società pubbliche di elettricità, gas e acqua – che non soffrono di queste carenze del quadro regolatorio - rispetto alle società che operano nel settore dei rifiuti Si propone quindi di affidare alla AEEG – l’autorità che ha il compito di vigilare su grado di concorrenza, efficienza e sistema di tariffe per l’elettricità, il gas e l’acqua, la competenza anche per i rifiuti. Occorre far questo in tempi brevi perché il settore si trova in una fase critica essendo impegnato nel passaggio da un sistema tradizionale (raccolta, spazzamento e smaltimento in discarica) a uno più complesso che prevede la minimizzazione dello smaltimento in discarica attraverso la raccolta differenziata, il riciclo e l’impiego dei rifiuti a fini energetici. In particolare all’Autorità andrebbe affidato il compito di vigilare sull’omogeneità dei criteri di fissazione delle tariffe e sulla loro congruità con i costi nonché sul rispetto di standard di qualità del servizio. In prospettiva sarebbe auspicabile un sistema di tariffazione collegato al consumo effettivo e alle esternalità in modo da favorire comportamenti virtuosi. Infine per i rifiuti appare opportuna, analogamente a quanto avviene nella quasi totalità dei paesi UE, definire una strategia nazionale che abbia un orizzonte almeno decennale, con revisioni periodiche”. Si veda anche SPADONI B., *Industrializzazione e liberalizzazione dei servizi ambientali*, in DE VICENTINI C., VIGNERI A., a cura di, *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 252; “come per il settore idrico, anche [in quello dei rifiuti], la presenza di un’autorità di nazionale regolazione dovrebbe costituire un elemento di garanzia circa la coerenza della condotta degli enti locali esercitando ex ante una verifica della congruità dei loro indirizzi e valutando ex post, anche in base a indicazioni provenienti dall’Autorità antitrust, il rispetto delle regole di concorrenza”. Analogamente anche MASSARUTTO A., *Ci risiamo: ecco la ri-controllo-ri-riforma dei servizi pubblici locali*, cit. e CAVALLO L., *Analisi normativa e assetti di mercato*, cit., p. 234.*

¹³⁶ SPADONI B., *Industrializzazione e liberalizzazione dei servizi ambientali*, cit.

¹³⁷ ANTONIOLI B., *Il servizio di gestione dei rifiuti tra concorrenza e autoproduzione*, in *Economia delle fonti dell’energia e dell’ambiente*, n. 1, 2008, p. 9 ss.: “L’evidenza empirica ha sottolineato come, mediamente, attraverso un processo di affidamento della concessione con gara si registrino successivamente costi per il servizio inferiori a quelli registrati con forme di autoproduzione basate su modelli in-house. Questo risultato non può però prescindere dall’attenta valutazione delle variabili chiave del successo di una gara, quali struttura del mercato e profilo industriale, oggetto, procedura, completezza dei contratti e credibilità delle regole. Il medesimo risultato non può altresì

gorie corrispondenti a ciascuna fase del procedimento di selezione, ossia alla fase di predisposizione della gara, a quella di effettuazione e pubblicazione della gara e, infine, a quella di monitoraggio e controllo, successiva all'attribuzione del servizio¹³⁸.

Nella fase di predisposizione della gara le attività maggiormente problematiche concernono l'individuazione delle dimensioni ottimali del bacino di gara¹³⁹, dell'oggetto¹⁴⁰, degli obiettivi¹⁴¹ e dei criteri della selezione¹⁴², nonché la predisposizione del bando¹⁴³.

prescindere dalla valutazione di una serie di costi legati alla preparazione ed alla partecipazione alla gara, così come alla gestione dell'eventuale (a volte certo) contenzioso che si determina successivamente all'affidamento. Tali considerazioni potrebbero "erodere" i potenziali guadagni legati all'esperimento di procedure di gara, quando non anche rideterminare la convenienza della scelta di ricorrere a tale modalità di assegnazione del servizio".

¹³⁸ Sul punto si rinvia a PEZZOLI A., *Gare e servizi pubblici: quali problemi per la concorrenza?*, in DE VINCENTI C., VIGNERI A., a cura di, *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 385 ss. Nel contributo, l'A., dopo aver analizzato brevemente i pro e i contro del ricorso allo strumento della gara, elenca i seguenti elementi sui quali fare perno al fine di fare un uso proficuo nel settore dei servizi pubblici: 1. I requisiti per partecipare; 2. Cosa mettere a gara; 3. Il numero e la dimensione dei lotti; 4. Le associazioni temporanee di imprese; 5. Le infrastrutture essenziali; 6. La durata delle concessioni; 7. I criteri di aggiudicazione. Un'elaborazione accurata dei dati disponibili in tema di gare, si rinvia a FEDERAMBIENTE, UTILITATIS, *Green book 2014 – aspetti economici della gestione dei rifiuti in Italia*, Noè Edizioni Multimedia, Roma, 2014, p. 220 ss.

¹³⁹ Tale determinazione serve da un lato a garantire un numero minimo di partecipanti che possa effettivamente originare il procedimento di "competizione fra operatori", dall'altro, a garantire che il servizio raggiunga le soglie dimensionali minime per poter essere economicamente sostenibile e profittevole. Sul punto, si rinvia alle previsioni normative che, al fine di perseguire tali obiettivi e, in particolare, il processo di aggregazione fra operatori, introducono il concetto di "Ambito territoriale ottimale" di dimensioni almeno provinciali e richiedono che il bacino di gara debba coincidere con questo (artt. 199 ss. d.lgs. 152/2006). Allo stesso tempo, bisogna che l'ambito della gara non sia eccessivamente ampio, ma tenga conto delle economie di scala, oltre che delle caratteristiche dello specifico servizio considerato. BARONI P., *La regolazione e il controllo nei servizi di gestione dei rifiuti urbani*, in ATZORI A., et al., *La regolazione e il controllo dei servizi di gestione dei rifiuti urbani. Buone pratiche di regolazione locale*, Milano, Franco Angeli, 2010, p. 42.

¹⁴⁰ È noto, infatti che risultano più efficienti le gare aventi ad oggetto attività specifiche e ben definite rispetto a quelle che riguardano attività complesse, ma la semplificazione dell'oggetto porta con sé il rischio di segmentazione del servizio e potrebbe contrastare con il principio di "gestione integrata" che viene affermato sia con finalità ambientali che concorrenziali. BARONI P., *La regolazione e il controllo nei servizi di gestione dei rifiuti urbani*, cit., p. 42. Alla complessità del servizio spesso corrispondono elevati sunk costs, altro elemento che diminuisce l'efficacia delle gare, riducendo il numero di potenziali partecipanti. MELE R., *Strategie e politiche di marketing delle imprese di pubblici servizi*, Padova, CEDAM, 1993, p. 213: "la operatività e il successo della concorrenza per il mercato sono poi subordinati al verificarsi di alcune condizioni, che operano un'ulteriore selezione all'interno dei servizi, individuando quelli per i quali una tale politica è maggiormente realizzabile. Una prima condizione riguarda la rilevanza dei costi non recuperabili [...]; una seconda condizione è costituita dalla possibilità di indicare precisi standard qualitativi, per un duplice motivo: 1. Ai fini dell'aggiudicazione dell'asta, per rendere possibile l'adozione del criterio del minimo prezzo per un dato standard di qualità del servizio; 2. Ai fini del controllo, la cui efficacia ed economicità dipende dal grado di specificazione del contratto. [...] a sua volta la specificazione del contratto risulta tanto più precisa quanto più tecnologia e domanda sono stabili nel tempo, per cui si può affermare che una politica di appalto in concessione appare particolarmente adatta ai servizi relativamente semplici, i cui standard qualitativi siano definiti e controllabili con facilità".

¹⁴¹ Gli obiettivi della selezione devono essere chiari e ben definiti per permettere agli operatori di valutare correttamente i costi dei servizi richiesti e la portata degli investimenti, di verificare la qualità degli stessi e, in generale, di presentare un'offerta che sia il più possibile vicina alle caratteristiche del servizio in questione. BARONI P., *La regolazione e il controllo nei servizi di gestione dei rifiuti urbani*, cit., p. 42. Nella fase della predisposizione del bando di gara, potrebbe essere determinante il ruolo del soggetto incumbent, il quale si trova nella posizione di ostacolare (o addirittura impedire) la individuazione da parte del soggetto affidante delle informazioni necessarie alla corretta for-

La fase di pubblicazione della gara (composta da pubblicazione del bando, valutazione delle offerte, predisposizione della graduatoria e individuazione del vincitore) costituisce il momento in cui il soggetto pubblico che bandisce la gara può concretamente influenzarne gli esiti e risulta particolarmente delicata in quanto eventuali irregolarità potrebbero originare procedure contenziose da parte dei soggetti esclusi o non aggiudicatari¹⁴⁴.

La fase contenziosa, che dovrebbe costituire una fase solo eventuale, è divenuta oramai sistematica, avendo oggi modificato la propria natura da “patologica” in “fisiologica”. Immediate conseguenze di questa situazione sono l’allungamento dei tempi delle procedure e il contestuale au-

mulazione del bando e delle offerte. Un esempio di rilievo in tal senso è dato dal recente caso dell’affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti solidi urbani nel comune di Messina. Si veda AGCM, *Affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti solidi urbani del Comune di Messina*, provv. n. 23396, 14.03.2012. In tale occasione, l’AGCM ha ritenuto che la condotta di Messinambiente, soggetto incumbent, monopolista del servizio di igiene urbana della città di Messina, integrasse un abuso di posizione dominante di tipo escludente. Messinambiente, infatti avrebbe dapprima rifiutato di fornire le informazioni relative al personale dipendente e, successivamente, ne avrebbe prodotte di incomplete e difficilmente fruibili. Nel caso di specie, l’Autorità ha statuito che: “l’obbligo per il nuovo affidatario di assumere il personale dipendente di Messinambiente alle stesse condizioni a cui questo era assunto presso il precedente affidatario comporta che le informazioni relative al personale siano elementi essenziali per la formulazione sia del bando sia delle offerte da parte delle imprese che intendono partecipare alla gara bandita da ATO ME 3. Le voci di costo relative al personale costituiscono infatti uno degli elementi che maggiormente incidono nella configurazione del bando di gara (quantomeno per la corretta indicazione della base d’asta) e per la formulazione di un’offerta competitiva, tanto più che nel bando di gara viene espressamente richiesto ai partecipanti di indicare le voci che concorrono a formare l’offerta, ivi compreso ‘il numero degli addetti impiegati’ ed ‘il personale impiegato diviso per tutti i servizi generali obbligatori e per quelli aggiuntivi eventualmente offerti, inclusa l’indicazione del livello contrattuale”.

¹⁴² I criteri della selezione non devono evidentemente essere discriminatori, devono preferibilmente individuare degli output in luogo degli input, in modo lasciare maggiore libertà di scelta in termini di modalità di erogazione del servizio al soggetto partecipante alla selezione e non creare situazioni vantaggiose per il soggetto incumbent. Si veda UK OFFICE OF FAIR TRADING, *More competition, less waste – public procurement and competition in the municipal waste management sector*, May 2006, available at http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft841.pdf, p. 80 ss. Il documento menziona l’individuazione degli inputs in luogo degli outputs fra gli elementi in grado di ridurre il numero di partecipanti ad una gara e di creare situazioni di vantaggio per il soggetto incumbent (Restricting the number of bidders or creating incumbency Advantages). Il bando non deve limitarsi ad indicare solo i criteri di valutazione, ma deve anche menzionare la relativa ponderazione nella valutazione complessiva dell’offerta. Si veda CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike giuridica editrice s.r.l., 2009, p. 1357.

¹⁴³ Per una concisa, ma completa ricostruzione delle problematiche appena menzionate, si rimanda a FIORENTINO L., *Appalti pubblici e concorrenza*, in RABITTI BEDOGNI C., BARUCCI C., a cura di, *20 anni di antitrust*, cit., p. 828 ss. L’A. più volte richiama la necessità di predisporre attentamente i bandi (p. 829) e di congegnare opportunamente le gare (p. 831) per garantire la loro buona riuscita. Fra gli elementi da cui possono derivare criticità, l’A. annovera l’individuazione dell’oggetto della gara, le condizioni non discriminatorie e proporzionali, la durata dell’affidamento, i costi non recuperabili, la trasparenza e conoscibilità dei criteri di preselezione e aggiudicazione, nonché il grado di enforcement delle regole concorrenziali nel singolo caso concreto. Si veda anche ANTONIOLI B., *Il servizio di gestione dei rifiuti tra concorrenza e autoproduzione*, in *Economia delle fonti dell’energia e dell’ambiente*, n. 1, 2008, p. 11: “I bandi di gara, così come i capitolati ad essi allegati, debbono essere estremamente accurati ed esaustivi, includendo tutte le informazioni necessarie, onde evitare lunghe e costose rinegoziazioni all’interno del periodo regolatorio. Gli stessi bandi dovranno altresì prevedere gli strumenti adatti per un efficace controllo ex post, successivo all’assegnazione del servizio”.

¹⁴⁴ L’impugnazione di clausole del bando di gara costituisce una delle principali fonti di contenzioso. GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, 5. ed., Nel Diritto, 2012, parte II, cap. XIV, paragrafo 6.2.3. – *L’impugnazione delle clausole del bando. Impugnabilità immediata e necessità o meno della domanda di partecipazione alla procedura*, p. 1365 ss.

mento dei costi delle medesime che per via delle spese processuali nonché dei costi derivanti dal ritardo tendono a lievitare enormemente.

Superato il contenzioso, ha inizio la fase di gestione del rapporto contrattuale e di monitoraggio delle attività svolte dal soggetto affidatario. Il grado di problematicità di questa fase dipende direttamente dai contenuti del contratto di servizio concluso tra ente affidante e soggetto gestore del servizio: più il servizio affidato risulta complesso, maggiore sarà il rischio di incompletezza e di imperfetta allocazione dei rischi e, a catena, maggiori saranno le problematiche gestionali legate alla rinegoziazione del contratto, al periodico aggiustamento dei prezzi e al monitoraggio della qualità dei servizi¹⁴⁵.

Anche con riguardo alla predisposizione dei contratti di servizio, dunque, parrebbe che l'affiancamento agli enti pubblici di un supporto da parte di un ente di regolazione indipendente concretamente realizzabile mediante la predisposizione di un “*contratto-tipo*” o “*convenzione-tipo*” ridurrebbe grandemente i costi di transazione e alleggerirebbe gli oneri amministrativi, assicurando al contempo una maggiore efficienza delle gestioni¹⁴⁶.

Tale soluzione è stata peraltro recentemente adottata dall’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico che nel settembre 2013¹⁴⁷ ha dato avvio al procedimento per la predisposizione di convenzioni-tipo per l'affidamento e la gestione del servizio idrico integrato che disciplinino in sede di prima applicazione: a) i rapporti tra ente affidante, soggetto gestore ed utenza finale, anche in funzione della forma di gestione prescelta; b) le modalità tecnico-economiche di svolgimento del servizio stesso; c) i criteri per la determinazione del valore residuo degli investimenti realizzati dal gestore uscente alla scadenza dell'affidamento.

Tutto ciò considerato, appare evidente che l’organizzazione di una gara “*ben fatta*” non sia affatto cosa semplice, inoltre, la dottrina risulta concorde nell’affermare che “*le gare ‘mal fatte’ sono un pessimo servizio per la concorrenza*”¹⁴⁸, pertanto, ove manchino le competenze per poter ricorrere a tale istituto in maniera attenta e consapevole sarebbe più opportuno adottare altre soluzioni, eventualmente in maniera transitoria, come accennato sopra, onde evitare di peggiorare situazioni già critiche.

Da ultimo, non bisogna dimenticare i comportamenti squisitamente anticoncorrenziali che i partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica possono in ogni caso porre in atto: boicottaggio della gara; offerte di comodo; ricorso abusivo a subappalti o ATI (Associazione Temporanea d’Imprese); rotazione delle offerte e ripartizione del mercato¹⁴⁹.

¹⁴⁵ BARONI P., *La regolazione e il controllo nei servizi di gestione dei rifiuti urbani*, cit., p. 42.

¹⁴⁶ CAVALLO L., *Analisi normativa e assetti di mercato*, cit., p. 239. L’importanza di garantire omogeneità nei contenuti dei bandi e dei contratti di servizio è stata sottolineata anche dalla Cassa Depositi e Prestiti, così come è stata sollecitata una riflessione circa l’introduzione di un’autorità indipendente anche nel settore dei rifiuti. Si veda CAMERANO S. et al, a cura di, *Obiettivo discarica zero*, Studio di settore 05, Cassa Depositi e Prestiti, Febbraio 2014, disponibile su http://www.cassaddpp.it/static/upload/stu/studio-di-settore-n.5-2014_rifiuti.pdf, p. 26 ss.

¹⁴⁷ AEEGSI, delibera n. 412/2013/R/IDR del 26 settembre 2013.

¹⁴⁸ PEZZOLI A., *Gare e servizi pubblici*, cit., p. 396.

¹⁴⁹ AGCM, *Vademecum per le stazioni appaltanti. Individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici*, del 18 settembre 2013. Di nuovo FIORENTINO L., *Appalti pubblici e concorrenza*, cit., p. 835 ss. dove ven-

In conclusione, dunque, si ritiene di poter correttamente affermare che nemmeno il ricorso all'evidenza pubblica costituisca una soluzione sistematicamente ottimale: ancora una volta, si ribadisce la necessità di individuare la "migliore" opzione gestionale a seguito di una rigorosa valutazione "caso per caso"¹⁵⁰.

gono considerate le seguenti ipotesi di condotte anticoncorrenziali: 1. Quanto alle fattispecie ricadenti nella categoria delle *intese anticoncorrenziali*: fissazione del prezzo, turnazione o spartizione delle gare; anomalie nei prezzi offerti o nelle condotte di gara; fissazione congiunta dei prezzi di gara; uso abusivo dello strumento degli ATI; 2. Quanto alle fattispecie ricadenti nella categoria dell'abuso di posizione dominante: prezzi illegittimamente bassi; condizioni di pagamento o altri termini e condizioni illecite; trattamenti discriminatori; prezzi iniqui.

¹⁵⁰ AGCM, *Mercato della gestione dei rifiuti solidi urbani*, IC(49), Provvedimento n. 25057, del 1° agosto 2014, par. 11: *“Al fine di valutare tali criticità appare opportuno procedere ad una analisi del settore della gestione degli RSU, nel corso della quale verrà effettuata una ricognizione completa ed esaustiva degli assetti istituzionali e di mercato del settore, che consentano di accertare quali sono gli operatori in esso attivi, la loro compagine azionaria degli stessi (imprese pubbliche, private, misto pubblico-privato), la struttura dei costi del servizio da essi svolto (e, quindi, con specifica attenzione anche alle tariffe praticate dal gestore ai cittadini), quali sono gli strumenti in base ai quali ottengono gli affidamenti di cui sono attualmente in possesso, nonché l'ampiezza merceologica e geografica e la durata di tali affidamenti. Scopo ultimo di tale ricognizione è quello di identificare quali sono gli assetti istituzionali e di mercato maggiormente desiderabili sotto il profilo concorrenziale in tale settore e se attraverso il perseguimento di strutture di mercato maggiormente orientate alla libera concorrenza è possibile garantire la scelta di modelli gestionali in grado di tutelare adeguatamente gli interessi pubblici coinvolti, nonché di raggiungere meglio e più efficacemente gli obiettivi ambientali posti dalla disciplina comunitaria”*.

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.

Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"

di CORBETTA SERENA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.
Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"
di CORBETTA SERENA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

PARTE IV Il mercato del trattamento

CAPITOLO I Le fasi della filiera dei rifiuti a valle della raccolta

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2. – Quali sono i mercati a valle della raccolta? 3. – Il fenomeno aggregativo. 3.1. – Aggregazione come esito dell’applicazione della normativa ambientale. 3.1.1. – ATO e integrazione orizzontale. 3.1.2. – Gestore unico e integrazione verticale. 3.2. – La “forza espansiva” della privata. 4. – Coordinamento fra il mercato della raccolta e i mercati a valle della raccolta. 4.1. – Superare i colli di bottiglia: analisi critica delle scelte del legislatore. 5. – Conclusioni.

1. Introduzione.

Una volta concluso lo studio del mercato dell’organizzazione dei sistemi per assolvere alle obbligazioni ambientali e di quello della raccolta dei rifiuti urbani e assimilati, è possibile rivolgere l’attenzione all’esame dell’ultima parte del ciclo della gestione dei rifiuti a valle della raccolta¹.

Come anticipato, in tale ultimo segmento della filiera, in prima approssimazione, si possono individuare due mercati: il mercato del recupero² e quello dello smaltimento³.

Essi si differenziano dal mercato della raccolta⁴, le cui criticità sono state analizzate nei capitoli precedenti, sia per le loro caratteristiche gestionali e organizzative, sia per quelle tecnico-impiantistiche, sia, infine, per la disciplina applicabile.

In particolare, il mercato del trattamento è costituito da attività “*capital intensive*”, ossia basate sull’uso di impianti tecnologicamente complessi la cui acquisizione presuppone ingenti investimenti e richiede periodi di ammortamento piuttosto lunghi⁵; il mercato dello smaltimento finale

¹ Le principali criticità analizzate nel presente scritto sono efficacemente riassunte nel recente documento AGCM, *Audizione del Presidente dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato Prof. Giovanni Pitruzzella sul tema dei profili concorrenziali nell’ambito della gestione dei rifiuti solidi urbani, anche con riferimento alle attività dei consorzi per la raccolta*, Roma, 6 novembre 2014, disponibile su http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/4511-audizione-20141106.html.

² Per recupero si intendono tutte le operazioni di recupero di materia, di recupero energetico, ivi incluse quelle di riutilizzo e riciclaggio. Si veda direttiva 2008/98/CE, art. 3, punti 15, 16 e 17.

³ Per smaltimento, si intendono le operazioni di smaltimento “definitivo” applicabili quando non sia possibile intervenire con operazioni di recupero. Si veda EUROPEAN COMMISSION, *Guidance on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste*, June 2012, par. 1.4.5.: “*In a nutshell, disposal operations primarily result from waste management operations based on getting rid of waste, whereas the principal result of a recovery operation is waste serving a useful purpose by replacing other materials which would otherwise have been used to fulfill a particular function, or waste being prepared to fulfill that function, in the plant or in the wider economy*”.

⁴ Analogamente, si è già specificato che il mercato della raccolta comprende anche le attività di trasporto dei rifiuti.

⁵ Si veda SPADONI B., *Industrializzazione e liberalizzazione dei servizi idrici e ambientali*, in DE VINCENTI C., VIGNERI A., a cura di, *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 250.

in discarica, anche se confrontato con quello del trattamento, presenta un più basso contenuto tecnologico e un più modesto fabbisogno di investimenti in impianti, rimane comunque un mercato nel quale sono richieste maggiori tecnologie, investimenti e competenze rispetto a quello della raccolta⁶.

Anche da un punto di vista autorizzativo, nonché in termini di programmazione e pianificazione, i due mercati risultano nettamente più complessi rispetto a quello della raccolta.

Come già accennato precedentemente⁷, l'autorizzazione degli impianti (siano essi di recupero o di smaltimento finale) risulta particolarmente articolata per via degli enormi *problemi di coordinamento*, da un lato, degli organi competenti al rilascio delle autorizzazioni in quanto questi risultano suddivisi su più livelli di governo (comunale, provinciale, regionale, nazionale) e, dall'altro, della normativa, anch'essa frammentata in una molteplicità di disposizioni che anziché essere contenute in un unico testo di legge, risultano sparse in diversi luoghi dell'ordinamento e sono spesso riconducibili a discipline differenti (ad esempio, urbanistica, ambiente, igiene pubblica, sicurezza sul lavoro)⁸.

Infine, in quest'ultimo segmento della filiera, un ruolo fondamentale viene giocato dalla programmazione e pianificazione strategica delle infrastrutture che deve tenere in debito conto le esigenze del Paese⁹ e stabilire i criteri per individuare il numero, la localizzazione, la tipologia e le caratteristiche degli impianti effettivamente necessari per garantire la migliore gestione dei rifiuti a valle della raccolta, senza tuttavia che il regime autorizzatorio crei ostacoli eccessivi o impedisca lo svolgimento dell'attività economica da parte dei privati in un segmento della filiera in cui possono effettivamente svilupparsi dinamiche di concorrenza *nel* mercato¹⁰.

⁶ E questo è tanto più vero quando si considerino le discariche più moderne che operano nel rispetto della normativa di settore e sono costituite da impianti di una certa complessità e caratterizzati anche dalla presenza di economie di scala che possono anche essere significative. BARONI P., *La regolazione e il controllo nei servizi di gestione dei rifiuti urbani*, in ATZORI A. et al., *La regolazione e il controllo dei servizi di gestione dei rifiuti urbani. Buone pratiche di regolazione locale*, Milano, Franco Angeli, 2010, p. 39. Analogamente, anche ANTONIOLI B., *Il servizio di gestione dei rifiuti tra concorrenza e autoproduzione*, in *Economia delle fonti dell'energia e dell'ambiente*, n. 1, 2008, p. 9: "Relativamente allo smaltimento, si rileva come i mercati per il medesimo siano di norma geograficamente limitati, per motivi di carattere morfologico, autorizzatorio ecc., da cui la limitata concorrenza tra le diverse facilities. Inoltre, gli elevati costi connessi all'ottenimento di permessi per l'apertura di nuove discariche o inceneritori contribuiscono ad aumentare la portata delle economie di scala, con conseguenti barriere all'entrata nel settore".

⁷ *Supra*, Parte I, Capitolo II, par. 5.1.

⁸ Per una sintetica, ma esaustiva trattazione dei procedimenti autorizzatori, si rinvia a DELLA SCALA M.G., *Procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio degli impianti di gestione dei rifiuti*, in CERULLI IRELLI, CLEMENTE DI SAN LUCA G., a cura di, *La disciplina giuridica dei rifiuti in Italia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 91-124.

⁹ Questo, sulla base del principio di autosufficienza scandito dall'art. 16 della direttiva quadro sui rifiuti che viene interpretato in primo luogo come autosufficienza a livello nazionale.

¹⁰ CALISSE A., *La gestione dei rifiuti ed il riciclo dei materiali: tra tutela dell'ambiente e libero mercato*, in PIEROBON A., *Nuovo manuale di diritto e gestione dell'ambiente – analisi giuridica, economica, tecnica e organizzativa*, di Romagna, Maggioli, 2012, p. 475: "L'incertezza che deriva dalla proliferazione di norme nel settore e della loro perenne modificazione è di per sé fattore che limita (quasi inibisce) lo sviluppo di un sano e corretto mercato per quelle attività (recupero e riciclaggio) che, come detto, già si esercitavano in precedenza. È evidente che la gestione del rifiuto debba essere soggetta a stringenti controlli da parte pubblica, per evitare i rischi alla salute ed all'ambiente".

Sulla base di queste premesse, il presente capitolo è dedicato all'analisi dei mercati a valle della raccolta, con particolare attenzione allo studio degli elementi potenzialmente idonei a creare distorsioni della concorrenza e al tentativo di formulare qualche ipotesi di possibile soluzione delle problematiche considerate e di miglioramento del sistema.

2. Quali sono esattamente i mercati a valle della raccolta?

Oltre a differenziarsi dal mercato della raccolta, le attività di smaltimento e quelle di recupero si collocano a loro volta ciascuna in un mercato specifico: la Corte di Giustizia, infatti, ha espressamente statuito che *“qualsiasi operazione di trattamento dei rifiuti deve poter essere classificata come smaltimento oppure come recupero e una stessa operazione non può essere classificata contemporaneamente come smaltimento e come recupero”*¹¹.

Un secondo elemento che dimostra l'esistenza di due mercati differenti è costituito dal fatto che le operazioni di recupero e quelle di smaltimento nella gerarchia dei rifiuti occupano due posizioni distinte, cosa che le rende fra loro non equivalenti o intercambiabili e, dunque, non sostituibili¹².

Quanto alla normativa italiana, infine, essa prevede diverse sorti per i due mercati: il mercato del recupero è destinato ad accrescersi a discapito del mercato dello smaltimento che viene definito come “residuale”¹³.

che deriverebbero da una gestione improntata a criteri meramente imprenditoriali e lucrativi, ma è altrettanto evidente come una disciplina eccessivamente restrittiva, confusa o di difficile interpretazione inibisca lo svilupparsi di attività secondo modelli di efficacia, economicità ed efficienza. Abbiamo in precedenza osservato come la complessa normativa cui si è fatto cenno, volta principalmente alla tutela dell'ambiente e della salute, disciplini materiali che, in quanto risorse, hanno un proprio mercato, ma disciplini anche un'attività economica, quella del riciclaggio, esercitata da prima che il legislatore si occupasse dei rifiuti. Quanto sopra impone, da un lato, che la gestione dei rifiuti sia controllata, ma, dall'altro, che le economie e le maggiori efficienze generate da una corretta concorrenza tra le imprese non siano compromesse”.

¹¹ CGCE, sentenza 27 febbraio 2002, Causa C-6/00, Abfall Service AG (ASA), in *Racc.*, p. I-1986, par. 63: *“dalla direttiva risulta che qualsiasi trattamento dei rifiuti rientrante nel suo ambito di applicazione deve poter essere classificato o come smaltimento, o come recupero dei rifiuti, al fine di applicare le norme distinte stabilite dalla detta direttiva per queste due categorie di operazioni, in particolare per quanto riguarda il regime di autorizzazione al quale sono soggetti gli stabilimenti o le imprese che effettuano tali operazioni”*. Si veda anche EUROPEAN COMMISSION, *Guidance on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste*, June 2012, par. 1.4.5., p. 30: *“Any waste treatment can only be either a recovery operation or a disposal operation; the CJEU has explicitly stated that no operation can be classified as disposal and recovery at the same time”*. Sul punto anche GIUFFRIDA R., *Diritto europeo dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 262: *“[...] la Corte di Giustizia ha sostenuto che di fronte a tali situazioni [in cui una stessa operazione può risultare ricompresa, dal punto di vista teorico, contemporaneamente sia tra quelle di smaltimento che tra quelle di recupero], l'operazione in questione va classificata caso per caso, tenendo conto degli obiettivi delle direttive comunitarie sui rifiuti, e che ogni operazione deve poter essere qualificata come smaltimento oppure come recupero e non può quindi essere qualificata contemporaneamente sia l'uno che l'altro”*.

¹² Estensivamente sul punto *supra*, Parte I, Capitolo II, par. 5.

¹³ Tale mercato si definisce “residuale” in virtù delle considerazioni espresse *supra*, Parte I, Capitolo II, paragrafo 2 – *Come gestire i rifiuti, indicazioni dall'UE*, nonché sulla base dell'espressa previsione di cui all'art. 182 d.lgs. 152/2006 a mente del quale: *“Lo smaltimento dei rifiuti è effettuato in condizioni di sicurezza e costituisce la fase residuale della gestione dei rifiuti, previa verifica, da parte della competente autorità, della impossibilità tecnica ed economica di esperire le operazioni di recupero di cui all'art. 181”*.

A mente dell'art. 182 del d.lgs. 152/2006, infatti, *“lo smaltimento dei rifiuti costituisce la fase residuale della gestione dei rifiuti, previa verifica, da parte della competente autorità, della impossibilità tecnica ed economica di esperire le operazioni di recupero di cui all'art. 181”*.

Inoltre, entrambi i mercati del recupero e dello smaltimento, sono a loro volta ulteriormente divisibili in diversi segmenti di mercato.

Con riguardo al mercato del recupero, esso al suo interno risulta scomponibile, a seconda del criterio che si scelga di applicare, in diversi segmenti sulla scorta delle differenti “matrici” o “frazioni merceologiche” dei rifiuti, oppure in base alla loro “destinazione” o “modalità di recupero” (di materia o energetico).

Quanto al mercato dello smaltimento, con specifico riferimento alla tipologia dei rifiuti urbani e assimilati, si individuano tanti segmenti di mercato quante sono le operazioni di smaltimento normalmente applicabili e precisamente:

1. D1: operazione associata allo smaltimento in discarica per rifiuti non pericolosi e inerti¹⁴
2. D10: operazione associata allo smaltimento dei rifiuti tramite incenerimento, senza recupero di energia¹⁵.

L'evidenza empirica mostra come l'incenerimento finalizzato al solo smaltimento dei rifiuti, senza recupero energetico (D10), risulti ormai essere una tecnica se non già abbandonata, certamente (e auspicabilmente) vicina all'abbandono¹⁶.

Questo risultato è da ricondurre all'applicazione di alcune previsioni normative e, in particolare, all'art. 182, comma 4, del d.lgs. 152/2006 modificato dal d.lgs. 205/2010, il quale prevede che dall'incenerimento debba necessariamente derivare un'attività di valorizzazione energetica.

La norma, infatti stabilisce che, nel rispetto delle disposizioni generali contenute nel d.lgs. 133/2005¹⁷, *“la realizzazione e gestione di nuovi impianti possono essere autorizzate solo se il relativo processo di combustione garantisca un elevato livello di recupero energetico”*¹⁸.

¹⁴ Per la specifica delle attività associate a ciascuna operazione indicata nella normativa ambientale, FISE, ASSOAMBIENTE, *Gli impianti per il trattamento dei rifiuti in Italia*, rapporto 2008-2009, disponibile su http://www.fondazioneviluppoperostenibile.org/f/Documenti/Rapporto_Asoambiente_08_09.pdf

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Secondo FISE, ASSOAMBIENTE, *Gli impianti per il trattamento dei rifiuti in Italia*, rapporto 2008-2009, cit., p. 25 ss., in base ai dati aggiornati al 2008, gli inceneritori che non effettuano recupero energetico sarebbero molto pochi: solo 9 impianti di dimensioni medio-grandi dislocati su tutto il territorio nazionale, a cui si affiancano 41 impianti di piccole dimensioni (in particolare, tabella di p. 37 e tabelle di p. 39 del documento in commento).

¹⁷ d.lgs. 11 maggio 2005, n. 133, Attuazione della direttiva 2000/76/CE, in materia di incenerimento dei rifiuti, in GU del 15 luglio 2005, n. 163, Suppl. Ordinario n. 122. Tale decreto contiene la normativa quadro in materia di incenerimento di rifiuti e si affianca, senza abrogare, ai precedenti DM n. 503 del 1997 (di recepimento delle Direttive 89/369/CE e 89/429/CE sull'incenerimento dei rifiuti urbani e dei rifiuti non pericolosi) e DM n. 124 del 2000 (di recepimento della Direttiva 94/67/CE sull'incenerimento dei rifiuti pericolosi).

¹⁸ d.lgs. 152/2006, art. 182, comma 4, versione come modificata dal d.lgs. 205/2010. La vaghezza della disposizione in commento, che parla genericamente di *“elevato livello di recupero energetico”*, avrebbe potuto essere evitata mediante l'esplicita individuazione delle quote minime di trasformazione del potere calorifico dei rifiuti in energia utile richiesta per poter procedere all'autorizzazione dei nuovi impianti, così come era previsto dall'art. 182, comma 4, nella versione in G.U., il cui decreto attuativo non ha, tuttavia, mai visto la luce: *“Nel rispetto delle prescrizioni contenute nel decreto legislativo 11 maggio 2005, n. 133, la realizzazione e la gestione di nuovi impianti possono essere*

Questa disposizione, negando il rilascio dell'autorizzazione a nuovi impianti che non effettuano il recupero energetico¹⁹, comporta il loro progressivo azzeramento e favorisce al contempo l'esaurimento del mercato dell'incenerimento senza recupero energetico (D10) e la crescita del mercato del recupero energetico (R1)²⁰.

Nella medesima direzione di favorire il recupero R1, progressivamente eliminando le ipotesi di incenerimento D10, sembra andare anche l'art. 35, comma quarto, del d.l. 133/2014, c.d. decreto sblocca Italia²¹, il quale prevede che: *“Gli impianti di nuova realizzazione devono essere realizzati conformemente alla classificazione di impianti di recupero energetico di cui alla nota 4 del punto R1 dell'allegato C alla parte quarta del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni”*²².

autorizzate solo se il relativo processo di combustione è accompagnato da recupero energetico con una quota minima di trasformazione del potere calorifico dei rifiuti in energia utile, calcolata su base annuale, stabilita con apposite norme tecniche approvate con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio di concerto con il Ministro delle attività produttive, tenendo conto di eventuali norme tecniche di settore esistenti, anche a livello comunitario”.

¹⁹ Autorevole dottrina ha rilevato come la prescrizione italiana vada ben oltre il disposto dell'art. 23, comma 4 della direttiva, posto che quest'ultimo si limitava a prevedere che: *“Le autorizzazioni concernenti l'incenerimento o il coincenerimento con recupero di energia sono subordinate alla condizione che il recupero avvenga con un elevato livello di efficienza energetica”*. GIAMPIETRO F., *La nuova disciplina dei rifiuti*, CITTA', IPSOA, 2011, cap. 9, par. 4 – *La formula degli inceneritori*, p. 246.

²⁰ Questa interpretazione sembrerebbe avallata anche dai contenuti della direttiva 2008/98/CE che dopo aver definito il recupero come *“qualsiasi operazione il cui principale risultato sia di permettere ai rifiuti di svolgere un ruolo utile sostituendo altri materiali che sarebbero stati altrimenti utilizzati per assolvere una particolare funzione o di prepararli ad assolvere tale funzione, all'interno dell'impianto o nell'economia in generale”*, all'Allegato II, punto R1, classifica fra le forme di recupero menzionate proprio la utilizzazione dei rifiuti *principalmente come combustibile o come altro mezzo per produrre energia* e introduce per la prima volta la nota (*) che chiarisce le condizioni affinché gli inceneritori di rifiuti urbani possano ottenere la qualifica di R1: *“Gli impianti di incenerimento dei rifiuti solidi urbani sono compresi solo se la loro efficienza energetica è uguale o superiore a: – 0,60 per gli impianti funzionanti e autorizzati in conformità della normativa comunitaria applicabile anteriormente al 1° gennaio 2009; – 0,65 per gli impianti autorizzati dopo il 31 dicembre 2008, calcolata con la seguente formula: Efficienza energetica = $(E_p - (E_f + E_i)) / (0,97 \times (E_w + E_f))$ dove: E_p = energia annua prodotta sotto forma di energia termica o elettrica. È calcolata moltiplicando l'energia sotto forma di elettricità per 2,6 e l'energia termica prodotta per uso commerciale per 1,1 (GJ/anno); E_f = alimentazione annua di energia nel sistema con combustibili che contribuiscono alla produzione di vapore (GJ/anno); E_w = energia annua contenuta nei rifiuti trattati calcolata in base al potere calorifico netto dei rifiuti (GJ/anno); E_i = energia annua importata, escluse E_w ed E_f (GJ/anno); 0,97 = fattore corrispondente alle perdite di energia dovute alle ceneri pesanti (scorie) e alle radiazioni. La formula si applica conformemente al documento di riferimento sulle migliori tecniche disponibili per l'incenerimento dei rifiuti”*. La formula appena richiamata, meglio nota come “formula R1”, è recepita dalla disciplina nazionale nell'Allegato C alla parte IV del d.lgs. 152/2006, recentemente modificata dal DM 7 agosto 2013 (Gu 19 agosto 2013 n. 193) recante *Applicazione della formula per il calcolo dell'efficienza energetica degli impianti di incenerimento in relazione alle condizioni climatiche* il quale ha introdotto il fattore “KC” corrispondente all'area climatica dell'impianto.

²¹ d.l. 12 settembre 2014, n. 133 recante *Misure urgenti per l'apertura di cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive*, in GU del 12 settembre 2014, n. 212, convertito con modifiche dalla Legge 11 novembre 2014, n. 164, in GU del 11 novembre 2014, n. 262, Suppl. Ordinario n. 85.

²² La classificazione degli impianti di incenerimento come attività di recupero (R1 – “utilizzo principale come combustibile o come altro mezzo per produrre energia”) o come attività di smaltimento (D10 – “incenerimento a terra”) ha occupato lungamente la dottrina e la giurisprudenza e costituisce un problema tutt'altro che teorico. L'incertezza interpretativa trova la sua origine nell'apparato definitorio di origine europea, contenuto nella direttiva

Quest'ultima previsione chiarisce espressamente la conclusione appena raggiunta in via interpretativa. Tuttavia, il suo impatto avrebbe potuto essere più incisivo se fosse stata accompagnata da una puntuale definizione delle sorti degli impianti esistenti.

Rispetto a questa categoria di impianti, infatti, il decreto si limita a stabilire che “*le Autorità competenti provvedono a verificare la sussistenza dei requisiti per la loro qualifica di impianti di recupero energetico R1 e, quando ne ricorrono le condizioni [...], adeguano in tal senso le autorizzazioni integrate ambientali*”²³, nulla dicendo rispetto all'ipotesi in cui, non ricorrendo invece

2000/76/CE (e letteralmente recepito in Italia nel d.lgs. 133/2005), a mente del quale si distinguono due tipologie di impianti: quelli di “*incenerimento*”, definiti come “*qualsiasi unità e attrezzatura tecnica fissa o mobile destinata al trattamento termico dei rifiuti con o senza recupero del calore prodotto dalla combustione*” e quelli di “*coincenerimento*”, definiti come “*qualsiasi impianto fisso o mobile la cui funzione principale consiste nella produzione di energia o di prodotti materiali e i. che utilizza rifiuti come combustibile normale o accessorio, o ii. in cui i rifiuti sono sottoposti a un trattamento termico a fini di smaltimento*”. Come si nota, le due definizioni hanno ampi margini di sovrapposizione e l'elemento che dovrebbe permettere una loro distinzione è “*la funzione prevalente*” loro assegnata. Si nota, quindi, come la distinzione poggi su basi altamente discrezionali e per questo incerte. A livello europeo si contano diverse pronunce di rilievo nelle quali la Corte di Giustizia è intervenuta offrendo elementi interpretativi importanti per l'inquadramento della questione. Le prime due cause hanno entrambe riguardato l'applicazione del Regolamento (CEE) n. 259 del 1993, oggi sostituito con il Regolamento (CE) n. 1013 del 2006, a due spedizioni transfrontaliere di rifiuti effettuate, una dalla Germania verso il Belgio ai fini del loro utilizzo all'interno di un cementificio; l'altra dal Lussemburgo verso la Francia per essere bruciati in un inceneritore di rifiuti urbani attrezzato per il recupero energetico. Come noto, la richiamata disciplina di riferimento prevede adempimenti diversi e più onerosi nel caso di spedizioni transfrontaliere di rifiuti destinati allo smaltimento, rispetto a quelle di rifiuti destinati al recupero. Pertanto, la corretta qualificazione delle operazioni di “destino” cui saranno sottoposti i rifiuti risulta determinante ai fini della individuazione degli adempimenti da seguire da parte degli organizzatori della spedizione. In tutte e due le occasioni, la Corte di Giustizia si è espressa inquadrando la fattispecie come “spedizione dei rifiuti ai fini del loro recupero”. Si vedano CGCE, sentenza 13 febbraio 2003, causa C-228/00, *Commissione delle Comunità Europee – Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, p. I-1466 e CGCE, sentenza del 13 febbraio 2003, causa C-458/00, *Commissione delle Comunità Europee – Granducato di Lussemburgo*, in *Racc.*, p. I-1566. Secondo la Corte, infatti, affinché un'operazione di incenerimento possa essere considerata recupero (R1), debbono ricorrere tre condizioni: i. l'utilizzazione dei rifiuti ad un “*fine utile*”, ossia la produzione di energia; ii. l'effettiva utilizzazione dei rifiuti quale “*mezzo per produrre energia*”, il che a propria volta presuppone che i rifiuti sostituiscano l'uso di una fonte di energia primaria che avrebbe dovuto essere usata per svolgere tale funzione e che l'energia generata sia superiore a quella consumata durante il processo di combustione; iii. che la “*parte principale*” dei rifiuti sia consumata durante l'operazione e che la maggior parte dell'energia sviluppata debba essere recuperata e utilizzata (CGCE, C-228/00, par. 41-43 e 46; CGCE, C-458/00, par. 32-34 e 37). Sul punto, GIAMPIETRO F., *La nuova disciplina dei rifiuti*, cit., p. 244 al quale si rinvia anche per un approfondimento generale sul tema della classificazione delle operazioni di incenerimento (pp. 242-258). Si veda anche QUARANTA A., *Incenerimento con recupero di energia: procedimenti davanti alla Corte di Giustizia CE*, in *Ambiente*, n. 2, 2003, p. 175-180; QUARANTA A., *La Corte di Giustizia CE su incenerimento di rifiuti e recupero energetico*, in *Ambiente*, n. 8, 2003, p. 768-770. Il rischio di interpretazioni arbitrarie che un'applicazione “caso per caso” dei criteri individuati dalla Corte di Giustizia porta necessariamente con sé, è stato successivamente eliminato dall'intervento della direttiva 2008/98/CE che tramite il rimando operato dall'articolo 3 alla prima nota dell'Allegato II precisa i limiti minimi di efficienza energetica necessari per poter classificare un impianto in R1. In altre parole, le condizioni precisate dalla direttiva costituiscono le condizioni “*necessarie e sufficienti nel rispetto delle quali un inceneritore di rifiuti urbani sia da classificare non più come impianto di smaltimento, ma come vero e proprio impianto di recupero, e le operazioni che vi si eseguono devono, perciò, essere ascritte alla voce R1 [...] anziché alla voce D10*”. GIUFFRIDA R., *Diritto europeo dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2012, par. 4.5. – *Recupero (ivi incluso il recupero di energia)*, pp. 261-262.

²³ d.l. n. 133/2014, cit., art. 35, comma 5.

le condizioni, non sia possibile la riqualificazione degli impianti esistenti come impianti di tipo R1²⁴.

Rispetto al destino degli impianti esistenti non riqualificabili come R1 si sarebbe potuto introdurre, ad esempio, un esplicito divieto di rinnovo e/o di proroga delle autorizzazioni degli impianti più datati e/o meno efficienti, contemporaneamente individuando una “tabella di marcia” per la loro graduale dismissione e smantellamento, oppure per la loro conversione in altra tipologia di impianto²⁵.

Disposizioni del genere avrebbero meglio scandito, anche temporalmente, il passaggio dall’incenerimento di tipo D10 a quello di tipo R1 e per questo sarebbero state particolarmente auspicabili²⁶.

In ogni caso, indipendentemente dalle lacune delle nuove disposizioni di legge, si ritiene sia corretto affermare che nel futuro, il mercato dello smaltimento dei rifiuti urbani e assimilati²⁷, e di quelli di imballaggio è destinato a coincidere con il solo mercato della discarica (D1)²⁸.

²⁴ Sul punto, sarebbe stato opportuno un coordinamento con il nuovo Titolo III-bis della Parte Quarta del d.lgs. 152/2006 (Incenerimento e coincenerimento dei rifiuti) recentemente introdotto dall’art. 15 del d.lgs. 46/2014; in particolare con il nuovo art. l’art. 237-duovicies, relativo all’aggiornamento e rinnovo delle autorizzazioni.

²⁵ Una proposta in tal senso è stata avanzata da Legambiente nel novembre 2013. LEGAMBIENTE, *Inceneritori in Lombardia: quanto basta? La sovracapacità degli impianti di incenerimento in Lombardia: quale exit strategy per la fine dell’età delle scorie*, dossier, Milano, 20.22.2013.

²⁶ La classificazione di tutti i nuovi impianti di incenerimento come R1 e la progressiva scomparsa di quelli D10 permette di “by-passare” i limiti posti all’incenerimento dei rifiuti urbani non pericolosi derivanti dall’applicazione del principio di autosufficienza. Tale principio vieta lo smaltimento di questa tipologia di rifiuti in regioni diverse da quelle dove gli stessi sono stati prodotti (art. 182, comma 3, d.lgs. 152/2005) e implica come diretta conseguenza il fatto che ciascuna Regione garantisca lo smaltimento dei rifiuti urbani non pericolosi al proprio interno, dotandosi di una rete integrata ed adeguata di impianti in modo da rendersi effettivamente autosufficiente (art. 182-bis, comma 1, d.lgs. 152/2005). Se da un punto di vista generale una tale previsione appare auspicabile, nella pratica essa risulta di difficile attuazione tutte le volte in cui non sia possibile raggiungere livelli ottimali di utenza. Come già ampiamente ricordato, infatti, le dotazioni impiantistiche per la gestione dei rifiuti a valle della raccolta richiedono, da un lato, ingenti investimenti e, dall’altro, un dimensionamento minimo per poter garantire la loro efficienza economica. Il rischio di non raggiungere l’efficienza economica per via delle limitazioni territoriali al potenziale bacino di utenza è un forte disincentivo agli investimenti e per questo aumenta i casi in cui non sia possibile garantire l’autosufficienza impiantistica su base regionale. Basti pensare al caso dell’emergenza rifiuti in Campania, conclusosi con una sanzione irrogata all’Italia proprio dovuta al mancato rispetto del principio dell’autosufficienza. CGUE, sentenza del 4 marzo 2010, causa C-297/08, *Commissione Europea – Repubblica Italiana*, in *Racc.*, p. I-01749. Nell’intento di ridurre queste criticità il legislatore ha previsto che il principio di autosufficienza possa non applicarsi in caso di “accordi regionali o internazionali, qualora gli aspetti territoriali e l’opportunità tecnico economica di raggiungere livelli ottimali di utenza servita lo richiedano”. La scelta di ricondurre tutti i nuovi impianti di incenerimento “autorizzabili” al recupero energetico R1 confina il principio di autosufficienza alla sola ipotesi di smaltimento in discarica D1 con ciò eliminando in radice il problema della movimentazione dei rifiuti urbani non pericolosi destinati all’incenerimento con recupero energetico. Restano, ovviamente fermi il principio di prossimità (art. 182-bis, comma 1-b, d.lgs. 152/2006), nonché le limitazioni dovute alla valutazione della profittabilità delle operazioni di movimentazione dei rifiuti, strettamente collegate ai costi di trasporto e quindi alla localizzazione dell’impianto di destinazione.

²⁷ Si segnala che alcuni autori ritengono che il richiamo al concetto europeo di “smaltimento” sia stato effettuato in modo incompleto e, contemporaneamente, criticano anche la scelta di trattare la termocombustione dei rifiuti negli inceneritori alla stregua di operazioni di recupero in quanto ritenuta scorretta, ad esempio QUARANTA A., *Il nuovo incenerimento dei rifiuti alla luce delle modifiche introdotte dallo #SbloccaItalia: aguzzate la vista...*, in *Ambiente*,

In conclusione, dunque, a seguito della scomparsa del mercato dell'incenerimento di tipo D10, i mercati a valle della raccolta diventerebbero: il mercato del recupero (e la sua ulteriore articolazione in segmenti di mercato) e il mercato dello smaltimento in discarica.

Tuttavia, il percorso logico argomentativo sin qui sviluppato non pare ancora concluso.

Non si può dimenticare, infatti che nella strategia europea di gestione dei rifiuti, l'obiettivo al quale bisogna tendere è la completa diversione dei rifiuti dalla discarica. Di conseguenza, il mercato dello smaltimento in discarica (D1) va inteso anch'esso come un mercato destinato a scomparire.

Ciascuno Stato membro è tenuto ad adottare strategie di gestione dei rifiuti volte alla loro totale diversione dalla discarica²⁹.

Tale obiettivo, come visto, presuppone l'uso concertato (o "mix") di una serie di metodologie e strategie di waste management che solo combinandosi le une con le altre possono effettivamente mirare a un così ambizioso target³⁰.

In primo luogo, pur avendo ormai appurato che l'azzeramento della produzione dei rifiuti non sia ragionevolmente raggiungibile e non sia (al momento) una soluzione economicamente desidera-

n. 1, 2015, p. 12, nota 27: "Laddove, nel parlare delle scelte maggiormente idonee a delineare un ciclo integrato e concluso dei rifiuti, evidenzia che tali scelte devono essere effettuate "in modo tale che lo smaltimento in discarica venga ad essere effettivamente l'opzione finale e residuale, destinata cioè ai soli rifiuti che non si è riusciti a gestire in altro modo o agli scarti derivanti da altre forme di trattamento degli stessi". L'ultima opzione è invero costituita sic et simpliciter dallo smaltimento e, all'interno dello smaltimento, dallo smaltimento in discarica. Non è corretto parlare di incenerimento come cosa "altra" rispetto allo smaltimento".

²⁸ Sempre richiamando la direttiva 2008/98/CE, infatti, dopo aver definito lo smaltimento come "qualsiasi operazione diversa dal recupero anche quando l'operazione ha come conseguenza secondaria il recupero di sostanze o di energia", all'Allegato I, riporta fra le tipologie di operazioni di smaltimento: D1 Deposito sul o nel suolo (ad esempio discarica), D5 Messa in discarica specialmente allestita (ad esempio sistematizzazione in alveoli stagni, separati, ricoperti o isolati gli uni dagli altri e dall'ambiente), D10 Incenerimento a terra.

²⁹ *Supra*, Parte I, Capitolo II, par. 3.1.1.

³⁰ BUCLET N., et al., *Municipal waste management in France*, in BUCLET N., GODARD O., *Municipal waste management in Europe. A comparative study in building regimes*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers BV, 2000, par. *Complementarity of techniques*, p. 100: "Complementarity techniques may enable a minimization of costs for a given rate of valorization. This is particularly the case when incineration with energy recovery is integrated into a global treatment scheme, in which sorting, recovery for recycling purpose and composting are incorporated. The search for Complementarity may be useful when one looks precisely at the flow of waste, material by material. There are several reasons to expect economic benefits from Complementarity, when the techniques used are the most appropriate for a certain type of material. The combined use of separate collection and incineration with energy recovery can, in certain conditions, diminish the overall valorization cost of household waste, by facilitating the respective running of the two techniques. Hence, separate collection, which concerns in priority material with low or non-existent calorific value (glass, metal) enables to lighten incineration costs and improve combustion conditions. Symmetrically, the orientation towards the incineration of certain packaging materials (notably plastic) allows to avoid the costs of material recycling schemes, when this option is too expensive. At a given treatment capacity, using the Complementarity of these two options can enable to make significant savings. Separate collection schemes can prolong the life expectancy of an incineration unit, by absorbing part of the increase in the quantity of waste to be treated, and save on fixed cost investments for the construction of a new unit or an additional oven. Of course, Complementarity does not exclude competition between treatment options. Certain materials can be valorized by both filières, without one seeming superior to another. This is particularly the case of paper and cardboard".

bile, occorre interpretare il livello “ottimo”³¹ di produzione dei rifiuti necessariamente come un “*confine mobile*”. Con questa espressione si intende dire che la quantità di rifiuti prodotta (a monte della filiera), seppur come obiettivo a lungo termine³², deve continuare a diminuire proprio in considerazione del miglioramento delle azioni di *prevenzione* della produzione dei rifiuti raggiunto grazie al progresso tecnico e scientifico³³.

La quantità “ottima” di rifiuti così ottenuta (in misura progressivamente minore) verrà successivamente sottoposta alle c.d. *azioni di minimizzazione del rifiuto*, ossia a tutte quelle azioni di trattamento e recupero volte a ridurre la quantità “finale” di rifiuto destinata allo smaltimento³⁴.

Le operazioni di trattamento e recupero, a propria volta, sempre in considerazione del progresso tecnologico e scientifico, risulteranno continuamente migliorate e in grado di originare una quantità “finale” di rifiuti non valorizzabili sempre più piccola e, in definitiva, nulla (raggiungendo così la totale diversione dei rifiuti dalla discarica e la scomparsa anche di questo mercato).

Autorevole dottrina sostiene che per giungere a tale livello, occorre necessariamente implementare anche la valorizzazione energetica, investendo, quindi, sull’incenerimento dei rifiuti ai fini della produzione di energia³⁵ e in tal senso sembrano propendere anche gli interventi del nostro legislatore nazionale³⁶. Altre fonti altrettanto autorevoli, invece, sostengono che la diversione dalla

³¹ *Supra*, grafico p. 50.

³² *Supra*, Parte I, Capitolo II, par. 3.2.

³³ L’Allegato IV alla Direttiva quadro sui rifiuti individua alcuni esempi di misure di prevenzione dei rifiuti di cui all’art. 29 e li raggruppa in tre tipologie: 1. misure che possono incidere sulle condizioni generali relative alla produzione di rifiuti; 2. misure che possono incidere sulla fase di progettazione e produzione e di distribuzione; 3. misure che possono incidere sulla fase del consumo e dell’utilizzo. Federambiente, riprendendo una suddivisione del tutto analoga a quella proposta in sede europea, individua le seguenti “azioni di prevenzione” a seconda della fase del ciclo di vita di un bene. Con riferimento alla fase di *progettazione, produzione, distribuzione*, le azioni preventive individuate sono: la smaterializzazione, l’innovazione del processo, la progettazione eco-sostenibile, la logistica eco-compatibile. Nella fase di *uso* del bene, le azioni sono: l’uso in condivisione, l’uso di strumenti informatici, l’uso di prodotti verdi, l’uso di beni durevoli, la riparazione e l’uso di beni riparati. Infine, nella fase di post-uso, la c.d. *minimizzazione del rifiuto destinato allo smaltimento finale* coincide con tutte le azioni di recupero dei rifiuti. FEDERAMBIENTE, OSSERVATORIO NAZIONALE RIFIUTI, *Linee guida sulla prevenzione dei rifiuti urbani*, febbraio 2010, disponibile su <http://www.federambiente.it/Primopiano/LineeGuida/Linee%20Guida%20Racc%20rifiuti%20Urbani.pdf>, p. 9 ss.

³⁴ *Id.*, p. 8.

³⁵ MASSARUTTO A., *The brown side of the green economy: urban garbage and the zero waste utopia*, in *Economics and policy of energy and the environment*, n. 3, 2012.

³⁶ Oltre al d.l. n. 133/2014, questa direzione sembra essere stata tracciata dal c.d. “*decreto end-of-waste*” che ha definito le condizioni in presenza delle quali alcuni rifiuti, segnatamente i rifiuti urbani e quelli speciali non pericolosi, se sottoposti a determinati trattamenti perdono la qualifica di rifiuto, acquisendo invece quella di sottoprodotto. Come sottoprodotti, questi materiali possono, nel rispetto della normativa ambientale e della tutela della salute, essere utilizzati come combustibile, anche se esclusivamente per alcune tipologie di impianti (cementifici e centrali termoelettriche) ed al solo fine di produrre energia termica o elettrica. Dm 14 febbraio 2013, n. 22, Regolamento recante disciplina della cessazione della qualifica di rifiuto di determinate tipologie di combustibili solidi secondari (CSS), ai sensi dell’articolo 184-ter, comma 2, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, in GU del 14 marzo 2013, n. 62, art. 13 - *Condizioni di utilizzo del CSS-Combustibile: “L’utilizzo del sottolotto di CSS-Combustibile, in relazione al quale è stata emessa una dichiarazione di conformità nel rispetto di quanto disposto all’articolo 8, comma 2, è consentito esclusivamente negli impianti di cui all’articolo 3, comma 1, lettere b) e c) ai fini della produzione, rispettivamente, di energia termica o di energia elettrica”*.

discarica non debba necessariamente passare per l'incenerimento con valorizzazione energetica del rifiuto, ma che al contrario, gli incentivi dovrebbero direttamente essere rivolti alle altre forme di gestione dei rifiuti e, in particolare, al riciclo e al recupero di materia³⁷.

Non è questa la sede per addentrarsi in considerazioni relative alla "pericolosità" e "non desiderabilità" dal punto di vista della protezione della salute e dell'ambiente dell'incenerimento dei rifiuti ai fini della loro valorizzazione energetica³⁸ e neppure alle problematiche di accettabilità sociale di tale metodo di trattamento dei rifiuti³⁹.

³⁷ Questa posizione per cui l'abbandono della discarica debba poggiarsi direttamente sulle migliori forme di trattamento e non favorire lo sviluppo ulteriore delle tecniche di incenerimento con recupero energetico si sta recentemente rafforzando con particolare riferimento ai rifiuti in plastica. COMMISSIONE EUROPEA, *Una strategia europea per i rifiuti di plastica nell'ambiente, Libro verde*, COM(2013) 123 final, Bruxelles, 07.03.2013, BIO INTELLIGENCE SERVICE, *Analysis of the public consultation on the green paper "European Strategy on plastic waste in the environment"*, Final Report prepared for European Commission DG ENV, 28.11.2013, available at http://ec.europa.eu/environment/waste/studies/pdf/green_paper_plastic.pdf, PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione su una strategia europea per i rifiuti di plastica nell'ambiente*, (2013/2113(INI)), 14.01.2014.

³⁸ Sul punto la dottrina, anche quella scientifica, è divisa: una corrente di pensiero sostiene che il quantitativo di emissioni proveniente dagli inceneritori di ultima generazione risulti molto inferiore rispetto a quello derivante dal ricovero di equivalenti quantità di rifiuti in discarica e, ancor più in generale, che l'impatto degli inceneritori di rifiuti urbani sull'inquinamento dell'aria sia trascurabile (ad esempio UK HEALTH PROTECTION AGENCY, *The Impact on Health of Emissions to Air from Municipal Waste Incinerators*, 2009, available at http://www.seas.columbia.edu/earth/wtert/sofos/HPA_Incinerator_Advice_Sept_09.pdf, analogamente anche Federambiente, *Emissioni di Polveri Fini e Ultrafini da impianti di combustione. Sintesi finale*, Ottobre 2010, disponibile su <http://www.federambiente.it/Primopiano/Leap/Emissioni%20di%20Polveri%20Fini%20e%20Ultrafini.pdf>, in particolare, p. 32); una opposta corrente di pensiero, invece, ritiene che al di là della produzione di anidride carbonica, metano ed altre sostanze climalteranti, l'incenerimento disperderebbe nell'ambiente anche le c.d. "nanoparticelle" (di dimensioni inferiori alle PM 10). Le critiche, dunque, derivano dal fatto che mentre per i gas climalteranti le tecnologie più avanzate permettono di trattare i fumi in uscita dagli impianti di modo da abbattere le quantità di inquinanti in essi contenute, ad oggi non pare esista ancora alcuna tecnologia in grado di azzerare la pericolosità delle nanoparticelle che "sopravvivono" al processo di combustione e che, anche qualora siano trattenute da appositi filtri di ultima generazione, rimarrebbero nelle ceneri e nei rifiuti di lavorazione comunque destinati alla discarica (ad esempio, WALSER T., et al., *Persistence of engineered nanoparticles in a municipal solid-waste incineration plant*, in *Nature Nanotechnology*, n. 7, 2012, p. 520-524, commentato in EUROPEAN COMMISSION DG ENVIRONMENT NEWS ALERT SERVICE, *Science for Environment Policy*, edited by SCU, The University of the West of England, Bristol, available at http://ec.europa.eu/environment/integration/research/newsalert/pdf/309na4_en.pdf). Inoltre, nemmeno sulla pericolosità per la salute e per l'ambiente di tali particelle, ad oggi esistono evidenze scientifiche univoche, anche se pare ormai assodato un collegamento diretto fra riduzione delle dimensioni delle particelle ed aumento della loro nocività (ad esempio, VISHWAKARMA V., et al., *Safety and risk associated with nanoparticles – A review*, in *Journal of Minerals & Materials Characterization & Engineering*, Vol. 9, n.5, 2010, p. 455-459). Quanto poi alle differenti tipologie di impianti di incenerimento, le maggiori preoccupazioni sorgono con riguardo ai cementifici per i quali le autorizzazioni prevedono limitazioni molto meno severe rispetto a quelle degli impianti di termovalorizzazione veri e propri (centrali termiche).

³⁹ La letteratura in tema di NIMBY è ormai molto vasta. Si indicano per la loro specifica attinenza al tema dei rifiuti i seguenti contributi: MACCHIATI A., NAPOLITANO G., a cura di, *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, Il Mulino, 2009; SPADONI B., *La sindrome Nimby nelle infrastrutture pubbliche. Il caso dell'ambiente*, 01.11.2010, disponibile su <http://www.dirittodeiservizipubblici.it/articoli/articolo.asp?sezione=dettarticolo&id=410>; OCCHILUPO R., et al., *Le scelte di localizzazione delle opere pubbliche: il fenomeno Nimby*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers)*, n. 91, 2011. Per un'ampia informativa sul tema, si rinvia al progetto di ricerca Nimby Forum, esclusivamente dedicato alle contestazioni territoriali ambientali. Secondo i più recenti risultati del progetto, giunto oramai alla nona edizione, in Italia sono 336 le infrastrutture e gli impianti oggetto di contestazioni. Si veda <http://www.nimbyforum.it/home>.

Ci si limita qui ad alcune considerazioni di fondo.

La prima: in tutti i Paesi Europei in cui l'obiettivo della completa diversione dei rifiuti dalla discarica è stato raggiunto, l'uso della valorizzazione energetica ha giocato un ruolo chiave⁴⁰.

La seconda: la necessità di continuare l'investimento nella ricerca e innovazione tanto nelle strategie di prevenzione della produzione dei rifiuti, quanto in quelle del loro riciclaggio e recupero rimane invariata che si decida di investire o meno nella termovalorizzazione. Tuttavia, se è vero che senza ricorrere alla valorizzazione energetica dei rifiuti l'obiettivo della diversione non potrà che essere raggiunto in un tempo decisamente più lungo, occorre essere molto cauti nell'impiego di questa soluzione, onde evitare di incidere negativamente sull'applicazione delle altre tecniche di gestione dei rifiuti e segnatamente sul meccanismo raccolta differenziata-riciclaggio-recupero di materia. Nella gerarchia dei rifiuti, infatti, queste tecniche sono preferite al recupero energetico, pertanto, la corretta applicazione di quest'ultimo e il suo eventuale rafforzamento strategico nel mix dei metodi di gestione deve avvenire solo ed esclusivamente *a valle della raccolta differenziata e delle attività di recupero di materia* e non in loro sostituzione⁴¹.

Infine, per poter sperare di ridurre seriamente il ricorso alla discarica, unitamente al potenziamento delle fasi di trattamento e recupero, eventualmente ricomprendendo anche la termovalorizzazione, occorre intervenire sulla profittabilità del conferimento in discarica.

⁴⁰ È il caso, ad esempio, dei Paesi Bassi, con 0% di discariche, 39% di riciclaggio, 33% di incenerimento e 28% di compostaggio e della Germania, con 0% di discariche, 38% di riciclaggio, 45% di incenerimento e 17% di compostaggio. Dati tratti da <http://www.helpconsumatori.it/ambiente/ue-gestione-rifiuti-discariche-e-inceneritori-battono-riciclaggio-e-compostaggio/44011>. Per un confronto delle percentuali di rifiuti trattate con i diversi metodi a disposizione da Italia e Germania, LEGAMBIENTE, AMBIENTE ITALIA, *Rapporto 2014*, disponibile su <http://www.legambiente.it/contenuti/comunicati/ambiente-europa-i-dati-di-ambiente-italia-2014-il-rapporto-annuale-di-legambien>. Si veda anche CONFINDUSTRIA, *Verso un uso più efficiente delle risorse per il sistema Italia, Audizione nell'ambito dell'Indagine conoscitiva sulla green economy*, Roma, 13.12.2013, disponibile su <http://www.confindustria.it/comunica/Audpar.nsf/All/ABEDF21296F5EDE2C1257C45005C374E?openDocument&MenuID=28774E98783D5002C1256EFB00356A6F>, par. 2.1.1 – *La gestione dei rifiuti urbani: le esperienze in Europa e il confronto con l'Italia*, in particolare p. 20: “L'analisi di questi casi virtuosi, e in particolare della Germania, ha messo infatti in luce che, per risolvere il problema della discarica, è necessario bilanciare recupero di materia e recupero energetico. In particolare, il mix ottimale per una gestione sostenibile dei rifiuti corrisponde circa ad un 50-60% di recupero di materia (in primo luogo attraverso la raccolta differenziata per permettere il riuso, il riciclo e il compostaggio delle rispettive frazioni), ed un 40-50% di recupero energetico”.

⁴¹ EUROPEAN COMMISSION, *Guidelines on the interpretation of the R1 energy efficiency formula for incineration facilities dedicated to the processing of Municipal Solid Waste according to Annex II of Directive 2008/98/EC on waste*, June 2011, par. 1.2. – *principles of self-sufficiency and proximity and the waste hierarchy*, p. 7: “The fact that municipal waste treated in an R1-facility is to be regarded as recovered has to be distinguished from the question of whether the recovery of a certain waste in such a facility is to be seen as a waste management option with the best environmental outcome considering the waste hierarchy and taking into account life-cycle thinking (Art 4 WFD). Certain waste streams like paper, glass, plastic, and metals can be used with higher resource efficiency when they are separately collected from other municipal wastes and recycled. According to Art 4(2) WFD, Member States should encourage those waste management options that deliver the best overall environmental outcome. For waste streams where recycling is the preferable option, this should include appropriate measures such as introduction of separate collection schemes and other measures supporting recycling, implementing recycling targets and avoiding overcapacities for waste incinerators in waste management plans. National legislation on recycling of certain waste streams might be another option”.

Bisogna far sì che il conferimento in discarica non sia più conveniente, o meglio, che sia comunque sempre meno conveniente delle altre tecniche di gestione dei rifiuti. Lo strumento introdotto nel nostro ordinamento ormai sin dal 1995 è quello della ecotassa, ossia di un tributo in capo ai soggetti che conferiscono i propri rifiuti solidi in discarica⁴².

L'intento della legge è duplice: colpire il conferimento di rifiuti in discarica al fine di favorire, da un lato, la riduzione della produzione di rifiuti e, dall'altro, l'incentivo e il supporto delle attività di recupero dei rifiuti, di bonifica dei siti contaminati e di recupero di aree degradate. Tale secondo intento è confermato dalla presenza di vincoli di contabilità pubblica dei bilanci delle Regioni, che prevedono che il 18% del gettito derivato dall'ecotassa debba proprio servire a finanziare l'istituzione di fondi regionali destinati a supportare le operazioni di riciclo, di bonifica e di recupero di rifiuti. Nel caso considerato, la leva economica (sotto forma non solo di disincentivo delle modalità di gestione che si vuole superare, ma anche di incentivo di quelle più rispettose dell'ambiente) è senza alcun dubbio uno strumento molto efficace per indirizzare gli investimenti nella direzione dell'innovazione e della ricerca di tecniche di gestione sempre più avanzate e sempre più ambientalmente compatibili⁴³: recenti studi testimoniano, peraltro, gli ottimi risultati ottenuti quando il ricorso a questo strumento è avvenuto in modo corretto e sistematico⁴⁴.

Riassumendo, quindi, per arrivare alla diversione occorre:

1. investire in ricerca e migliorare le azioni di prevenzione;
2. investire in ricerca e migliorare le azioni di trattamento/recupero dei rifiuti da applicare rigorosamente nel rispetto e conformemente alle finalità sottese alla gerarchia dei rifiuti;
3. dissuadere gli operatori dal ricorso allo smaltimento dei propri rifiuti in discarica.

⁴² Tale strumento è stato introdotto nel nostro ordinamento con la legge n. 549 del 1995, recante *Misure di razionalizzazione della finanza pubblica*. Le disposizioni di riferimento sono l'art. 3, commi 24-41 e si riferiscono sia al conferimento in discarica che all'avvio dei rifiuti solidi ad incenerimento senza recupero energetico. Sul punto, PIEROBON A., *I proventi del finanziamento dei servizi rifiuti*, in PIEROBON A., *Nuovo manuale di diritto e gestione dell'ambiente – analisi giuridica, economica, tecnica e organizzativa*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012, par. 2. – *Il tributo speciale per il deposito in discarica dei rifiuti solidi*, p. 1203 ss. Si veda anche PANSARDI I., VILLANI M., *Ecotassa: tributo speciale per il deposito dei rifiuti solidi in discarica*, 20.01.2014, disponibile su http://www.filodiritto.com/articoli/pdf/2014/01/ecotassa-tributo-speciale-per-il-deposito-dei-rifiuti-solidi-in-discarica?_id8=3.

⁴³ Sull'efficacia e sui limiti dell'imposta ambientale, si rinvia a NAPOLITANO G., ABRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 70: “[lo strumento dell'imposta] si fonda su criteri di efficienza ed economicità nel senso che l'adozione di comportamenti più virtuosi non è imposta in via autoritativa, ma è incentivata attraverso tecniche di internalizzazione in via fiscale delle esternalità. In questo modo è il mercato a determinare il contributo più opportuno fornito da ciascun operatore alla conservazione ambientale, attraverso il confronto fra l'ammontare del tributo e il livello dei costi individuali di abbattimento. Non sempre, tuttavia, il meccanismo dell'imposta correttiva è il più efficace. Se i costi di riduzione dell'inquinamento fossero equivalenti per tutti gli operatori tassati, lo strumento regolatorio potrebbe produrre effetti ugualmente positivi, con uno sforzo minore. Ancora, se i costi ambientali di un'attività inquinante fossero talmente gravi da suggerire la previsione di un onere tributario particolarmente elevato, potrebbe risultare preferibile introdurre direttamente una norma di divieto della condotta censurata”.

⁴⁴ LEGAMBIENTE, *Ridurre e riciclare prima di tutto. Il rapporto sull'ecotassa regionale per lo smaltimento in discarica. Per un nuovo sistema di premialità e penalità nel ciclo integrato dei rifiuti*, Roma, 19.11.2013, disponibile su http://www.legambiente.it/sites/default/files/docs/ridurre_riciclare_primaditutto_dossier2013.pdf.

Una volta raggiunto l'obiettivo della totale diversione dei rifiuti dalla discarica, l'unico mercato a valle della raccolta dei rifiuti rimarrebbe, dunque, quello del recupero, come visto sopra, con le sue specifiche articolazioni in ulteriori segmenti di mercato.

In conclusione, è appena il caso di evidenziare come le considerazioni sin qui svolte prescindano dalla dicotomia rifiuti urbani-rifiuti speciali che, come già anticipato, risulta irrilevante ai fini della gestione dei rifiuti nelle fasi a valle della raccolta⁴⁵.

Come recentemente affermato anche dall'AGCM, infatti: *“Nonostante determinati trattamenti riguardino prevalentemente rifiuti provenienti dalla raccolta urbana (p.es., trattamento meccanico-biologico dei rifiuti urbani indifferenziati) o dal circuito dei rifiuti speciali (p.es., trattamento dei rifiuti provenienti da costruzioni e demolizioni), le attività effettuate e in particolare gli impianti si differenziano solo in base alla tipologia di rifiuto trattato, senza riguardo all'origine (rifiuto urbano o speciale)”*⁴⁶, mentre invece, *“per il medesimo motivo, occorre effettuare una distinzione per quanto riguarda i rifiuti pericolosi, che devono essere sottoposti a trattamenti specifici, adeguati alla loro pericolosità”*⁴⁷.

Sulla base di queste considerazioni, pertanto, l'Autorità ad oggi individua i seguenti mercati a valle della raccolta: i. selezione e trattamento dei rifiuti indifferenziati non pericolosi; ii. selezione e trattamento degli altri rifiuti non pericolosi, eventualmente distinti per materiale (carta, vetro, ecc.); iii. trattamento dei rifiuti pericolosi; iv. incenerimento; v. smaltimento in discarica; vi. vendita della materia prima seconda⁴⁸.

Risulta, quindi, evidente che la privativa comunale sui rifiuti urbani e assimilati destinati allo smaltimento non sia più giustificata dalla attuale situazione di fatto.

Tuttavia, diversamente da quanto rilevato con riguardo al mercato della raccolta, in quest'ultima fase della filiera, soprattutto in vista della progressiva sparizione dei diversi segmenti del mercato dello smaltimento, le implicazioni concorrenziali di una tale previsione appaiono trascurabili, posto che il mercato del recupero, destinato a divenire sempre più importante, risulta comunque non interessato dalla privativa e governato dalle regole del mercato.

In altre parole, chiarito che i nuovi impianti di incenerimento debbano necessariamente qualificarsi come recupero energetico R1 e che gli inceneritori esistenti classificati come impianti di smaltimento D10 andranno progressivamente sparendo, allora l'area di applicazione della priva-

⁴⁵ *Supra*, Parte III, Capitolo I. Si evidenzia come attenta dottrina aveva già rilevato una tale evoluzione della classificazione dei rifiuti sin dal 1997: *“La stessa separazione fra rifiuti di competenza dei soggetti pubblici (Rsu) e rifiuti di competenza dei produttori tende a cadere: l'approccio che tende a dominare è sempre più quello merceologico, attraverso la responsabilizzazione dei produttori o almeno la definizione delle politiche ad hoc per le diverse frazioni”*. KAULARD A., MASSARUTTO A., *La gestione integrate dei rifiuti urbani. Analisi dei costi industriali*, Milano, Franco Angeli, 1997, p. 12.

⁴⁶ AGCM, *HERA/ACEGAS – APS Holding*, C11744, 28.09.2012, par. 41.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.*, par. 42.

tiva comunale riguarderebbe, peraltro in via puramente transitoria, il solo segmento di mercato dello smaltimento in discarica D1.

È pur vero che i tempi per la realizzazione di una tale evoluzione del settore non sono assolutamente definiti e che tradizionalmente il nostro Paese non si è distinto per celerità nel recepimento ed attuazione delle indicazioni comunitarie, tuttavia tale è la meta a cui occorre arrivare in ogni caso e se l'analisi appena proposta risulta oggi "futuribile" essa dovrà necessariamente divenire "attuale" nel più breve tempo possibile, pena l'apertura di procedimenti di infrazione e l'irrogazione di pesanti sanzioni pecuniarie da parte dell'Unione Europea.

Tutto ciò premesso, le riflessioni che seguono saranno principalmente riferite al mercato del recupero e riguarderanno soprattutto gli "anelli deboli" della filiera, ossia il coordinamento delle azioni gestionali e programmatiche fra mercato della raccolta e mercato del recupero e lo studio delle strategie degli operatori del mercato del recupero.

3. Il fenomeno aggregativo.

Analizzate le condizioni dei mercati a valle della raccolta, si può ora volgere lo sguardo all'esame delle condotte degli operatori del settore.

Da più parti è stato rilevato che il settore della gestione dei rifiuti abbia conosciuto nel tempo un processo evolutivo peculiare rispetto a quello della maggior parte degli altri servizi pubblici. Mentre per questi ultimi le manovre di liberalizzazione hanno portato al progressivo affermarsi di numerosi operatori, gettando le basi per lo sviluppo delle condizioni di concorrenza *nel* mercato, nel settore della gestione integrata dei rifiuti queste hanno originato un processo di tipo circolare nel quale, partendo da una fase di gestione accentrata nelle mani di un monopolista pubblico si è passati per una fase di liberalizzazione e privatizzazione del settore caratterizzata da una marcata parcellizzazione delle gestioni, per giungere allo stadio attuale in cui si denota una certa tendenza all'aggregazione degli operatori, tanto in senso verticale che in senso orizzontale, che sta progressivamente originando un sistema oligopolistico, ma in mano privata⁴⁹.

⁴⁹ DAVIES S., *UK municipal waste management: from a public service to a globalized industry*, in *Competition & Change*, vol. 11, n. 1, 2007, pp. 39-57, ANTONIOLI B., MASSARUTTO A., *The municipal waste management sector in Europe: shifting boundaries between public service and the market*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, vol. 83, n. 4, 2012, p. 525: "The industry exhibits clear signs of concentration. The size of MWM operators has been continuously growing and has, in some cases, reached a transnational dimension. In all countries, the market is dominated by top-5 operators (among which we generally find also the top former municipal companies, such as Hera and A2A in Italy, AVR and Essent in NL); only a few companies, however, operate in more than one country. In general, these companies are also market leader in the commercial waste business. [...] This aggregated data is surely indicative of a trend towards concentration and integration. [...] Vertical integration is clearly correlated to the increase – both dimensional and in scope of the activity – of the role of the private sector. [...] Another evident trend concerns the enlarging of the geographical scale of operations. [...] Enlargement of geographical scale is parallel to horizontal integration towards the commercial waste market".

Le ragioni che hanno indotto il mercato a modificarsi nel modo appena descritto sono in primo luogo frutto di considerazioni di tipo economico e industriale e presentano tratti comuni anche alle utilities operative in settori diversi da quello dei rifiuti⁵⁰.

Interessanti studi del settore delle utilities⁵¹ dimostrano, infatti, l'ingente e generalizzato fabbisogno di investimenti infrastrutturali che caratterizza tutti i comparti, con particolare riferimento a quello idrico e dei rifiuti. Tale situazione di affanno è altresì accompagnata da serie difficoltà ad accedere al credito a causa dei vincoli di finanza pubblica imposti dalle recenti normative. La tenaglia di questi due fattori, unitamente all'esposizione degli operatori alla concorrenza (nazionale ed eventualmente anche estera, a seconda dei settori) indotta dal processo di liberalizzazione dei mercati, hanno spinto gli operatori del settore ad individuare nell'efficientamento operativo e nella crescita dimensionale i principali percorsi da seguire al fine di garantire la propria sopravvivenza.

Il primo decennio del 2000 è stato caratterizzato da un intenso dinamismo aggregativo delle imprese dei settori delle utilities che hanno concluso un rilevante numero di accordi miranti ad assicurare la crescita dimensionale (aggregazioni orizzontali) e il posizionamento strategico lungo la filiera (aggregazioni verticali)⁵². Negli ultimi cinque anni, invece, il numero di operazioni si è fortemente ridotto a causa della generale crisi dalla quale la nostra economia non ha ancora saputo riprendersi⁵³.

Prendendo a riferimento il settore dei rifiuti, l'evidenza empirica dimostra come questo sia stato il meno attivo: le gestioni risultano, anche dopo il decennio di aggregazioni appena passato, ancora fortemente frammentate, disomogenee e disorganiche. Questo per le ragioni ampiamente discusse nei capitoli precedenti e relative all'adozione di inadeguate modalità di affidamento dei servizi, alla micro dimensione di molti di questi, nonché all'inadeguatezza degli interventi del legislatore

⁵⁰ COTTARELLI C., et al., *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, Roma, 07.08.2014, disponibile su http://revisionedellaspesa.gov.it/documenti/Programma_partecipate_locali_master_copy.pdf, par. IV – *Politiche di efficientamento. Favorire lo sfruttamento di economie di scala: il caso dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica*, p. 21 ss.

⁵¹ GILARDONI A., CLERICI S., *Dinamiche aggregative e politiche di investimento delle Utilities in Italia*, capitolo del paper a cura di Astrid, con il contributo di Veolia Servizi Ambientali, *Finanziamento delle local utilities e investimenti di lungo termine*, 2011, disponibile su https://s3.amazonaws.com/PDS3/allegati/Gilardoni_Clerici_Dinamiche-aggregative-e-politiche-di-investimento_paper-Astrid.pdf. Più di recente, GILARDONI A., *Introduzione alla economia e gestione delle public utilities*, 3 ed., Milano, Agici, 2014, cap. V – *le strategie competitive delle public utilities*.

⁵² Il maggior numero di operazioni è stato concluso nei primi cinque anni del decennio scorso, si è poi registrato un periodo di assestamento nel corso degli anni 2006 e 2007, seguito da un periodo di consolidamento negli anni del 2008 e 2009. Si veda GILARDONI A., CLERICI S., *Dinamiche aggregative*, cit., par. 3 – *Gli accordi 2000-2008*.

⁵³ Il restante 10% delle operazioni ha riguardato rifocalizzazione, supply e diversificazione. GILARDONI A., *Introduzione alla economia e gestione delle public utilities*, 3 ed., Milano, Agici, 2014, cap. V – *le strategie competitive delle public utilities*, p. 145 ss.: *“Il periodo fra il 2009 e il 2013 è stato difficile: la domanda ha subito un tracollo nella seconda metà del 2008, confermato nel 2009, di dimensioni del tutto inusitate per settori ritenuti stabili e sostanzialmente privi di rischio. La ripresa del 2010-2011, di per sé positiva, non è stata confermata negli anni seguenti e il 2013 si chiude con una ulteriore contrazione dei consumi. Come più volte sottolineato, le proiezioni al 2020 non sono certamente positive”*.

che con la sua produzione normativa alluvionale ha esposto il settore a continue modifiche e alla assoluta mancanza di chiarezza, impedendo l'instaurarsi di gestioni imprenditoriali.

Nonostante queste considerazioni, il fenomeno aggregativo ha interessato anche il settore dei rifiuti nel quale esso è stato perlopiù riconducibile alle operazioni concluse dalle c.d. ex-municipalizzate che, soprattutto nei bacini di utenza più grandi, sono riuscite a costituire operatori di dimensioni significative, in grado di sfruttare importanti economie di scala e di "industrializzare" i processi⁵⁴.

L'aggregazione orizzontale ha costituito la strategia adottata dalle utilities in maniera predominante: ben il 77% delle operazioni, mentre solo il 13% sono state caratterizzate dall'integrazione verticale⁵⁵.

I più recenti interventi legislativi paiono avallare e rafforzare i trend appena descritti.

Ad esempio, la legge di stabilità per il 2015 ha introdotto veri e propri "incentivi alle fusioni", ritenute fra i principali *driver* per l'efficientamento dei servizi pubblici locali e per il superamento della crisi del settore pubblico generalmente inteso⁵⁶.

In particolare, nel caso dei servizi pubblici, è stata prevista i. la possibilità di prolungamento delle concessioni in essere da parte degli operatori in caso di operazioni societarie quali fusioni e acquisizioni⁵⁷; ii. la sottrazione dai vincoli del Patto di Stabilità interno per i proventi derivanti dalle dismissioni totali o parziali⁵⁸; iii. ulteriori incentivi economici⁵⁹.

⁵⁴ Ci si riferisce, ad esempio alle grandi multiutilities del Centro-Nord Italia: Hera, A2A, Iren.

⁵⁵ GILARDONI A., CLERICI S., *Dinamiche aggregative.*, cit., par. 4.5. – *Il focus strategico*. Anche GILARDONI A., *Introduzione alla economia*, 2014, cit., p. 164 dove conferma che il settore dei rifiuti sia il meno attivo in termini di fenomeni aggregativi, con soli 6 accordi siglati nel corso del 2012 e rileva come nella maggior parte dei casi, le operazioni che coinvolgono il settore dei rifiuti, poco adatto allo sviluppo di strategie di diversificazione, si realizzino come conseguenza di altre operazioni il cui core business è rinvenibile in altri settori (quali quello energetico e del gas): "le aziende focalizzate unicamente sui rifiuti non hanno spesso le risorse finanziarie sufficienti per espandersi in altri business, mentre le maggiori local utilities sono già presenti anche nei business energetici".

⁵⁶ COTTARELLI C., et al., *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, Roma, 07.08.2014, disponibile su http://revisionedellaspesa.gov.it/documenti/Programma_partecipate_locali_master_copy.pdf, par. - *Favorire lo sfruttamento di economie di scala: il caso dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica*, p. 21 e ss.: "Le dimensioni troppo ridotte per poter sfruttare adeguatamente i rendimenti di scala sono una fonte di inefficienza per le partecipate che appartengono a quasi tutti i settori e aree geografiche. Tuttavia l'elemento dimensionale è un punto di particolare rilevanza per l'efficientamento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica (SPL), fatta eccezione per il Trasporto Pubblico Locale (TPL), le cui caratteristiche industriali comportano che i vantaggi di crescita dimensionale delle aziende si esauriscano già ad un livello dimensionale relativamente contenuto. Per queste ragioni la strategia di efficientamento proposta per questo settore utilizza come leva fondamentale la spinta all'aggregazione di aziende e alla crescita dimensionale, mentre si prevede una serie di misure ad hoc per il caso del Trasporto Pubblico Locale".

⁵⁷ Si veda, legge di stabilità per il 2015, art. 1, comma 609.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.*, art. 1, comma 151: "Al fine di favorire la competitività e di razionalizzare il sistema dell'autotrasporto, una quota non superiore al 20 per cento delle risorse di cui al comma 150 è destinata alle imprese che pongono in essere iniziative dirette a realizzare processi di ristrutturazione e aggregazione".

Inoltre, al fine di favorire la selezione degli operatori da parte del mercato, a svantaggio delle imprese meno efficienti e di minori dimensioni, è stato rispolverato il concetto di ambito territoriale ottimale, sul quale si tornerà diffusamente nel prossimo paragrafo⁶⁰.

3.1. Aggregazione come esito dell'applicazione della normativa ambientale.

3.1.1. ATO e integrazione orizzontale.

Il fenomeno aggregativo descritto nel paragrafo precedente è stato ed è tutt'ora indotto anche dalla normativa ambientale che proprio nei servizi pubblici a rilevanza economica ha tentato di veicolare l'evoluzione delle forme di governance verso modelli più efficienti.

Il primo intervento del legislatore ambientale ha avuto ad oggetto il settore idrico e si è manifestato nella legge Galli (legge n. 36 del 1994) dove, nel dichiarato intento di superare la frammentazione territoriale delle gestioni, è stata per la prima volta introdotta la figura del c.d. Ambito Territoriale Ottimale ("ATO"), da intendersi come area dimensionalmente idonea a garantire la gestione economica del servizio⁶¹. Alla base della previsione dello strumento degli ATO, vi è infatti la convinzione che su scala eccessivamente ridotta, il servizio non possa essere offerto in condizioni di efficienza ed economicità⁶².

⁶⁰ *Id.*: "Una leva strategica efficace per favorire l'aggregazione in questi tre settori sta nell'organizzare l'affidamento del servizio su aree territoriali di estensione abbastanza ampie da renderne non accessibile l'offerta a microaziende. Questa strategia trova già una base normativa di partenza nella Legge 138 del 2011, che ha previsto che i servizi pubblici a rete a rilevanza economica siano gestiti per Ambiti Territoriali Ottimali (ATO), tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio, di dimensione almeno provinciale, istituiti dalle Regioni (art. 3-bis). Successivamente è stato definito il ruolo degli enti di governo degli ATO, ai quali sono affidate le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo ... (art. 34, comma 23 legge 221/2012), stabilendo al contempo la decadenza di tutti gli affidamenti non conformi alla normativa europea. La fase di transizione verso questo assetto dovrebbe durare fino al 31 dicembre del 2014 – data entro la quale dovranno essere completati i nuovi affidamenti dei servizi. Per regolarizzare le situazioni non conformi nei tempi previsti è attribuito un ruolo di intervento ai Prefetti".

⁶¹ Legge n. 36/1994, art. 8, recante Organizzazione territoriale del servizio idrico integrato: "1. I servizi idrici sono riorganizzati sulla base di ambiti territoriali ottimali delimitati secondo i seguenti criteri: a) rispetto dell'unità del bacino idrografico o del sub-bacino o dei bacini idrografici contigui, tenuto conto delle previsioni e dei vincoli contenuti nei piani regionali di risanamento delle acque di cui alla legge 10 maggio 1976, n. 319, e successive modificazioni, e nel piano regolatore generale degli acquedotti, nonché della localizzazione delle risorse e dei loro vincoli di destinazione, anche derivanti da consuetudine, in favore dei centri abitati interessati; b) superamento della frammentazione delle gestioni; c) conseguimento di adeguate dimensioni gestionali, definite sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici e sulla base delle ripartizioni politico-amministrative".

⁶² Sul tema dell'aggregazione, si rinvia a GENINATTI SATÈ L., *L'aggregazione fra enti locali per la gestione dei servizi pubblici*, in BALDUZZI R., *Annuario DRASD 2010. Dottorato di ricerca. Autonomie locali, servizi pubblici e diritti di cittadinanza*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 66 ss.: "L'evoluzione delle forme di aggregazione fra enti locali per la gestione dei servizi pubblici non costituisce di per se una novità: essa si è però talmente intensificata da sfociare in una sorta di proliferazione (e probabilmente anche di destrutturazione) delle forme aggregative. Il fenomeno è talmente rilevante da essere stato oggetto di studio anche dell'economia e della scienza delle politiche pubbliche, ove si è ad esempio distinto fra le aggregazioni che costituiscono rimedio alla separatezza e quelle che sorgono, invece, dal sottodimensionamento (le prime che si propongono di risolvere problemi che sorgono fra enti, le seconde che invece ambiscono a supportare le difficoltà che il singolo ente incontra allorché troppo piccolo). Sul punto, si è ad-

Sulla falsariga delle previsioni in materia di servizio idrico, il legislatore ha successivamente esteso la figura dell'ATO anche al servizio di gestione dei rifiuti stabilendo che dovesse essere organizzato territorialmente sulla base di appositi piani approvati dalle regioni e aventi lo scopo principale di delimitare i singoli ATO garantendo “a) [il] superamento della frammentazione delle gestioni attraverso un servizio di gestione integrata dei rifiuti; b) [il] conseguimento di adeguate dimensioni gestionali, definite sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici e sulla base delle ripartizioni politico-amministrative; c) [l']adeguata valutazione del sistema stradale e ferroviario di comunicazione al fine di ottimizzare i trasporti all'interno dell'ATO; d) [la] valorizzazione di esigenze comuni e affinità nella produzione e gestione dei rifiuti; e) [la] ricognizione di impianti di gestione di rifiuti già realizzati e funzionanti; f) [la] considerazione delle precedenti delimitazioni affinché i nuovi ATO si discostino dai precedenti solo sulla base di motivate esigenze di efficacia, efficienza ed economicità”⁶³.

A capo di ciascun ATO, nell'originaria previsione del codice ambiente, avrebbe dovuto essere individuata un'apposita Autorità, la c.d. Autorità d'Ambito (“AATO”), quale struttura dotata di personalità giuridica e avente la funzione di organizzare, affidare e controllare il servizio di gestione integrata dei rifiuti⁶⁴.

Successivamente, tale figura è stata soppressa dalla legge n. 42/2010⁶⁵ che, però, non ha precisato quali fossero gli enti che avrebbero dovuto subentrare alle AATO nelle loro funzioni, cosicché oggi la situazione appare altamente “variegata” essendo tali enti individuati di volta in volta dalle singole Regioni. Tuttavia, poiché l'obiettivo perseguito dal legislatore con la soppressione delle AATO è quello della riduzione della spesa pubblica, gli enti subentranti alle AATO non possono essere costituiti mediante nuove forme di aggregazione, ma devono coincidere con enti già esistenti⁶⁶.

Quest'ultimo elemento indirizza la discussione sul successivo problema da trattare, ossia il corretto dimensionamento degli ATO.

dirittura formata una “teoria economica dell'associazionismo fra enti locali”, le cui risultanze si dimostrano in effetti alquanto efficaci nella descrizione di molte delle dinamiche aggregative. [...] Nel settore idrico, ad esempio, la c.d. legge Galli (legge 5 gennaio 1994, n. 36) ha per la prima volta qualificato normativamente l'aggregazione fra enti nella gestione del servizio come strumento per l'incremento dell'efficienza gestionale, istituendo a tal fine i c.d. Ambiti territoriali ottimali (individuati come le porzioni di territorio ritenute più adatte ad una gestione unitaria del servizio) e prevedendo la necessaria aggregazione degli enti locali nelle autorità d'ambito”.

⁶³ d.lgs. 152/2006, art. 200 – *Organizzazione territoriale del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani*, co. 1.

⁶⁴ d.lgs. 152/2006, art. 201 – *disciplina del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani*.

⁶⁵ L'abrogazione delle AATO, stante il disposto di cui all'art. 1, comma 1-quinquies della legge n. 42/2010 avrebbe dovuto decorrere dal 27.03.2011, tuttavia tale termine è stato prorogato diverse volte. Dapprima il d.l. n. 225/2010, convertito in legge n. 10/2011 prorogava il termine al 31.03.2011; successivamente, il Dpcm 25 marzo 2011 ha ulteriormente prorogato la soppressione delle AATO al 31.12.2011; infine, il d.l. n. 216/2011, convertito con legge n. 14/2012, ha definitivamente prorogato la cessazione delle AATO al 31.12.2012.

⁶⁶ TRICARICO A., *La gestione integrata dei rifiuti.*, cit.

Per comodità organizzativa, infatti, nella maggior parte dei casi, i nuovi enti subentrati alle AA-TO sono stati individuati nelle Province⁶⁷ e gli ATO, quindi, sono stati fatti coincidere con il territorio provinciale in maniera automatica e indipendentemente dalla corretta applicazione dei criteri sopra menzionati.

Una tale configurazione è stata, peraltro, favorita anche dal tenore letterale della originaria versione dell'art. 3-bis del dl. n. 138/2011⁶⁸, che prevedeva che i servizi pubblici dovessero essere organizzati in ambiti di dimensione non inferiore a quella provinciale⁶⁹.

È evidente che imporre una dimensione minima, indipendente dalle reali esigenze organizzative dei singoli servizi potrebbe avere effetti altamente controproducenti; per questo la norma in commento è stata successivamente modificata⁷⁰ di talché la versione attuale prevede che la dimensione provinciale debba essere assicurata “*di norma*”, fatta salva la possibilità per le Regioni di definire scelte diverse, purché opportunamente motivate. Quest'ultima versione della disciplina degli ATO ha ricevuto critiche positive dalla dottrina da cui è stata definita come una soluzione “*ad un tempo rigoros[a] e duttile*” in quanto imporrebbe il superamento della frammentazione gestionale, evitando, però impostazioni astratte e uniformi, consentendo di adottare soluzioni diverse a seconda delle specificità ed evitando irrigidimenti attorno a scelte dimensionali predeterminate⁷¹.

Nonostante il miglioramento rispetto alla precedente versione, la norma appariva comunque incompleta in quanto non prevedeva la possibilità di intervenire a fronte di un inadempimento delle Regioni o delle Province autonome rispetto alla designazione dell'ente di governo dell'ambito⁷² e degli enti locali rispetto alla obbligatoria adesione all'ente di governo così individuato.

⁶⁷ Preferite ai comuni per via della loro configurazione di organi politici, non coinvolti nella situazione di conflitto di interesse tipica di molti comuni che sono spesso detentori di partecipazioni nel capitale sociale dei gestori dei servizi. TRICARICO A., *La gestione integrata dei rifiuti.*, cit.

⁶⁸ Articolo introdotto dall'art. 25, comma 1, lettera a) del d.l. n. 1/2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 27/2012. Sul punto, si veda anche FEDERAMBIENTE, UTILITATIS, *Green book 2014 – aspetti economici della gestione dei rifiuti in Italia*, Noè Edizioni Multimedia, Roma, 2014, p. 24: “*La disciplina [art. 3-bis, d.l. 138/2011] lascia ampia discrezionalità a Regioni e Province Autonome in merito ai soggetti ai quali attribuire le funzioni di governo degli ATO, tenendo comunque conto di quanto contenuto nelle norme relative all'assegnazione delle funzioni fondamentali dei comuni e delle relative modalità di esercizio (d.l. 78/2010 art. 14, commi 27 ss.). Ne consegue che gli enti di governo degli ATO devono corrispondere a forme associative tra comuni, tali da non configurare trasferimento di funzioni che, in quanto fondamentali, non sono delegabili*”.

⁶⁹ SPADONI B., *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali – I riflessi sulla concorrenza e sulla politica industriale*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 21.03.2012, disponibile su <http://www.dirittodeiservizipubblici.it/articoli/articolo.asp?sezione=dettarticolo&id=473>.

⁷⁰ Modifiche introdotte dall'art. 53, comma 1, lettera a) del d.l. 83/2012, convertito con legge n. 134/2012.

⁷¹ *Id.*

⁷² FEDERAMBIENTE, *Audizione. Commissione VIII, Ambiente, territorio e lavori pubblici della Camera dei Deputati, Esame in sede consultiva del Ddl. “Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali” (collegato ambientale alla legge di stabilità 2014 – AC 2093 Governo)*, Roma, 06.05.2014, disponibile su <http://www.camera.it/temiap/2014/06/24/OCD177-315.pdf>, par. – *Processi di aggregazione: “Al fine di incentivare le aggregazioni fra gli operatori e pervenire ad una razionalizzazione del comparto, soprattutto nelle Regioni situate al Sud, ove l'organizzazione del servizio per ambiti territoriali ottimali è meno avanzata, sarebbe opportuno introdurre una norma che regoli l'esercizio dei poteri sostitutivi nel*

La lacuna è stata colmata, rispetto all'inerzia delle Regioni o Province autonome, dall'art. 13, comma 2 del d.l. 150/2013 che ha previsto che: *“la mancata istituzione o designazione dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale ai sensi del comma 1 dell'articolo 3-bis [comporta] l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del Prefetto competente per territorio, le cui spese sono a carico dell'ente inadempiente”*.

Con riguardo, invece, all'obbligo per i Comuni di aderire agli enti di governo degli ATO, la legge di stabilità per il 2015 è intervenuta sul testo dell'art. 3-bis, comma 1-bis⁷³ prevedendo che il Presidente della Regione possa intervenire esercitando i poteri sostitutivi⁷⁴.

Da quanto appena illustrato, insomma, emerge che il legislatore è fermamente deciso a raggiungere un'ampia aggregazione territoriale nel servizio di gestione dei rifiuti urbani.

Tuttavia, occorre che tali processi siano effettuati tenendo presenti i principi generali dell'affidamento e della concorrenza⁷⁵.

In particolare, occorre evitare che le operazioni di integrazione orizzontale portino all'insorgenza di problematiche simili a quelle verificatesi nell'ATO Ravenna, rispetto alle quali l'Autorità ha segnalato l'irregolarità del procedimento mediante il quale si è giunti all'affidamento unico del servizio di gestione dei rifiuti urbani in tutta la provincia⁷⁶. Nello specifico, l'affidamento unico (tanto del servizio di gestione integrata dei rifiuti che di quello idrico) non era avvenuto a seguito di opportune procedure di gara ad evidenza pubblica, bensì ad esito di complesse operazioni societarie che avevano fatto sì che i gestori originariamente individuati si fondessero in un unico soggetto giuridico, anche favoriti dalla durata particolarmente lunga degli affidamenti delle gestioni precedenti che erano state concluse secondo un regime di salvaguardia e non tenendo in conto il tempo necessario per recuperare gli investimenti effettuati dal gestore.

servizio di gestione integrata dei rifiuti – similmente a quanto già previsto in via generale per tutti i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, dall'art. 13 d.l. 150/2013, convertito con l. 15/2014 – tenendo in considerazione le caratteristiche proprie di detto servizio (in particolare, in riferimento alla peculiare connotazione come servizio a rete), al fine di addivenire in tempi brevi all'affidamento per Ambito Territoriale Ottimale”.

⁷³ Comma inserito dall'articolo 34, comma 23, del d.l. n. 179/2012, convertito con legge n. 221/2012.

⁷⁴ Si veda legge di stabilità per il 2015, in particolare, art. 1, comma 609, lettera a).

⁷⁵ Sul punto, un primo rilievo circa i potenziali effetti distorsivi delle nuove disposizioni in favore delle aggregazioni fra enti è evidenziato da CORTE DEI CONTI, *Audizione sul disegno di legge di stabilità per l'anno 2015*, 3 novembre 2014, disponibile su

http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/documenti/controllo/sezioni_riunite/sezioni_riunite_in_sede_di_controllo/2014/audizione_03_11_2014.pdf, p. 23: *“La modifica introdotta all'art. 3 del d.l. 138/2011 prevede la possibilità di revisione del Piano economico finanziario dell'operatore economico affidatario nel caso in cui operazioni societarie (es. fusioni o acquisizioni) possano rendere necessario l'accertamento della permanenza dei criteri qualitativi e delle condizioni di equilibrio precedenti. In tale evenienza è prevista anche la possibilità di aggiornare il termine di scadenza originario, richiamando l'art. 143, comma 8 del d.lgs. 163/2006. Opportunamente, la verifica delle condizioni previste dal comma citato è rimessa all'Autorità di regolazione competente, (peraltro al momento non prevista per il settore dei rifiuti) in quanto un prolungamento non giustificato del termine della concessione potrebbe configurare violazioni dei principi di concorrenza”*.

⁷⁶ AGCM, *Gestioni in salvaguardia di servizi idrici e rifiuti urbani e gestione dei servizi ambientali*, AS339, 30.05.3006.

È evidente che situazioni del genere siano assolutamente da scongiurare, così come appare necessario procedere ad un'attenta verifica di ciascuna delle operazioni di aggregazione che avranno luogo nel prossimo futuro anche dal punto di vista del favorire l'instaurarsi di posizioni dominanti sui mercati di riferimento.

3.1.2. Gestore unico e integrazione verticale.

Analizzate le disposizioni di legge che inducono il fenomeno aggregativo in senso orizzontale, si passa ora allo studio di quelle, altrettanto importanti, che favoriscono l'integrazione verticale degli operatori.

Con riferimento al servizio di gestione dei rifiuti, il d.lgs. 152/2006 introduce un sistema di tipo "integrato", espressione con cui si intende "il complesso delle attività [...] volte ad ottimizzare la gestione dei rifiuti"⁷⁷ che, a propria volta, comprende la raccolta, il trasporto, il recupero e lo smaltimento dei rifiuti⁷⁸. La disciplina del servizio di gestione integrata dei rifiuti è contenuta nel capo III alla parte IV del d.lgs. 152/2006, agli articoli 199 e ss.

Ai fini dell'analisi delle implicazioni concorrenziali della normativa ambientale, gli articoli 201 e 202 recanti rispettivamente la disciplina della gestione integrata del servizio e quella relativa al suo affidamento hanno conosciuto l'evoluzione più interessante.

Originariamente, il decreto Ronchi, pur facendo riferimento al concetto di "gestione unitaria" dei rifiuti⁷⁹, disciplinava diversamente le diverse fasi di gestione dei rifiuti urbani e assimilati distinguendo fra le attività di servizio (coincidenti con la raccolta/trasporto dei rifiuti) che venivano affidate agli Enti locali in regime di privativa⁸⁰ e le attività c.d. *impiantistiche* (coincidenti con le fasi di trattamento dei rifiuti) sottoposte al regime di concorrenza nel mercato e gestite ricorrendo a semplici autorizzazioni⁸¹ rilasciate in coerenza con la pianificazione regionale e provinciale circa la localizzazione e le caratteristiche degli impianti da costruire⁸².

⁷⁷ d.lgs. 152/2005, art. 183, comma 1, lettera ll).

⁷⁸ *Id.*, lettera n).

⁷⁹ d.lgs. 22/1997, art. 23: "Salvo diversa disposizione stabilita con legge regionale, gli ambiti territoriali ottimali per la gestione dei rifiuti urbani sono le Province. In tali ambiti territoriali ottimali le Province assicurano una gestione unitaria dei rifiuti urbani e predispongono piani di gestione dei rifiuti, sentiti i Comuni, in applicazione degli indirizzi e delle prescrizioni del presente decreto".

⁸⁰ *Id.*, art. 21: "1. I Comuni effettuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa nelle forme di cui alla legge 8 giugno 1990, n. 142 e dell'articolo 23. 2. I Comuni disciplinano la gestione dei rifiuti urbani con appositi regolamenti [...]".

⁸¹ *Id.*, art. 27: "I soggetti che intendono realizzare nuovi impianti di smaltimento o di recupero di rifiuti, anche pericolosi, devono presentare apposita domanda alla Regione competente per territorio, allegando il progetto definitivo dell'impianto e la documentazione tecnica prevista per la realizzazione del progetto stesso dalle disposizioni vigenti in materia urbanistica, di tutela ambientale, di salute e di sicurezza sul lavoro, e di igiene pubblica".

⁸² *Id.*, art. 22, in particolare, si veda il comma terzo, lettere a-e: "Il piano regionale di gestione dei rifiuti prevede inoltre: a) le condizioni ed i criteri tecnici in base ai quali, nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia, gli impianti per la gestione dei rifiuti, ad eccezione delle discariche, possono essere localizzati nelle aree destinate a insediamenti produttivi; b) la tipologia e il complesso degli impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti urbani da realizzare nella regione, tenendo conto dell'obiettivo di assicurare la gestione dei rifiuti urbani non pericolosi all'interno degli ambiti territoriali ottimali di cui all'articolo 23, nonché dell'offerta di smaltimento e di recupero da parte del sistema industriale; c) il complesso delle attività e dei fabbisogni degli impianti necessari a garantire la gestione

Successivamente, nell'intento di favorire il superamento delle gestioni frammentarie del settore, il legislatore del codice ambiente ha introdotto l'*affidamento unico* per l'intera gestione del ciclo⁸³. Le attività affidate comprendevano a) la realizzazione, gestione ed erogazione dell'intero servizio, comprensivo delle attività di gestione e realizzazione degli impianti; b) la raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione, lo smaltimento completo di tutti i rifiuti urbani prodotti all'interno dell'ATO⁸⁴.

Tale soluzione, però, non rispecchiava le caratteristiche ontologiche del servizio di gestione dei rifiuti che, come ampiamente dimostrato nel corso dell'analisi sin qui svolta, è costituito da fasi profondamente diverse fra loro, tanto da poterle considerare riferite a differenti mercati e, per questo, difficilmente gestibili da un unico soggetto.

Non a caso, la nuova previsione ha incontrato evidenti difficoltà applicative proprio per via della varietà di gestioni presenti sul territorio (gestioni che spaziano da situazioni in cui si individua un buon grado di integrazione, a situazioni di estrema parcellizzazione della proprietà e micro gestioni separate, soprattutto a valle della filiera).

Allo stesso tempo, inoltre, è stato giustamente rilevato che l'affidamento unico era potenzialmente idoneo addirittura ad ostacolare il processo di liberalizzazione in quanto poneva il serio rischio che l'affidamento della gestione unitaria del servizio potesse risultare condizionato, alla disponibilità degli *assets* (ossia degli impianti), con ciò vanificando qualsiasi opportunità di confronto competitivo⁸⁵.

dei rifiuti urbani secondo criteri di efficienza e di economicità e l'autosufficienza della gestione dei rifiuti urbani non pericolosi all'interno di ciascuno degli ambiti territoriali ottimali di cui all'articolo 23, nonché ad assicurare lo smaltimento dei rifiuti speciali in luoghi prossimi a quelli di produzione al fine di favorire la riduzione della movimentazione di rifiuti; d) la stima dei costi delle operazioni di recupero e di smaltimento; e) i criteri per l'individuazione, da parte delle Province, delle aree non idonee alla localizzazione degli impianti di smaltimento e recupero dei rifiuti, nonché per l'individuazione dei luoghi o impianti adatti allo smaltimento dei rifiuti [...]"

⁸³ Versione in G.U.: "L'Autorità d'ambito aggiudica il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, in conformità ai criteri di cui all'articolo 113, comma 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché con riferimento all'ammontare del corrispettivo per la gestione svolta, tenuto conto delle garanzie di carattere tecnico e delle precedenti esperienze specifiche dei concorrenti, secondo modalità e termini definiti con decreto dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio nel rispetto delle competenze regionali in materia". Poi modificato dal d.lgs. 4/2008: "L'Autorità d'ambito aggiudica il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, secondo la disciplina vigente in tema di affidamento dei servizi pubblici locali in conformità ai criteri di cui all'articolo 113, comma 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché con riferimento all'ammontare del corrispettivo per la gestione svolta, tenuto conto delle garanzie di carattere tecnico e delle precedenti esperienze specifiche dei concorrenti, secondo modalità e termini definiti con decreto dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio nel rispetto delle competenze regionali in materia".

⁸⁴ d.lgs. 152/2006, art. 201, comma 4.

⁸⁵ SPADONI B., *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali – I riflessi sulla concorrenza e sulla politica industriale*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 21 marzo 2012, disponibile su <http://www.dirittoeiserviziipubblici.it/articoli/articolo.asp?sezione=dettarticolo&id=473>. Precedentemente, l'Autore aveva già espresso analoghe critiche con riguardo alle disposizioni del codice ambiente che imponevano l'affidamento del servizio ad un gestore unico al fine di perseguire l'efficientamento del settore. In particolare, l'A. aveva affermato che una tale previsione andava in direzione opposta rispetto a quella dichiarata in quanto: "[...] b) limita l'articolazione tra servizi in quanto prevede un affidamento unico per l'intera gestione del ciclo dei rifiuti: in

Per evitare di subordinare l'aggiudicazione dell'affidamento per la gestione unica del servizio alla disponibilità degli assets, occorre meglio definire i rapporti tra la gestione degli impianti e quella dei servizi: in particolare, bisognava introdurre l'obbligo di garantire un accesso libero e non discriminato alle infrastrutture ("third party access") accompagnato dalla regolazione del prezzo di accesso alla medesima^{86 87}.

tal modo finisce per ostacolare sia la concorrenza 'nel' mercato per quanto riguarda gli impianti di trattamento e smaltimento, sia la concorrenza 'per' il mercato nei servizi di raccolta e trasporto in quanto condiziona nei fatti la partecipazione alle gare alla disponibilità degli assets impiantistici, non necessaria per quel sottoinsieme di servizi [...]". Si veda anche SPADONI B., *Industrializzazione e liberalizzazione dei servizi idrici e ambientali*, in DE VICENTIS C., VIGNERI A., a cura di, *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 253. Sul problema del vantaggio competitivo del soggetto proprietario degli impianti si era già espresso in termini analoghi anche MASSARUTTO A., *La gestione industriale dei rifiuti e il mercato: dall'igiene urbana alla politica ambientale*, in POLIDORI P., *Politiche locali e organizzazione dei servizi pubblici economici*, Milano, Franco Angeli, 2005, p. 99: "L'operatore in possesso di capacità di smaltimento propria nelle vicinanze dell'area servita potrebbe infatti godere di un vantaggio competitivo assoluto, a meno che appropriati meccanismi di regolazione vincolino i prezzi praticati allo smaltimento e/o l'infrastruttura possa essere messa a disposizione di tutti gli operatori in quanto essential facility".

⁸⁶ SPADONI B., *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit.: "Per quanto riguarda gli impianti, i fabbisogni sul territorio sono indicati dai Piani regionali in base ai quali le imprese predispongono i progetti di costruzione e gestione da sottoporre ad autorizzazione. Il problema sul piano regolatorio consiste nella disciplina dei rapporti tra la gestione degli impianti e quella dei servizi. A tale riguardo, oltre all'obbligo di garantire un accesso libero e non discriminato alle infrastrutture, si pone l'esigenza di definire un prezzo che garantisca la copertura dei costi e la remunerazione del capitale ma che non contenga rendite di monopolio nei contesti territoriali in cui l'offerta di servizi di trattamento e smaltimento è inferiore alla domanda. La regolazione del prezzo di accesso alle infrastrutture costituisce una condizione proconcorrenziale per l'affidamento dei servizi a monte della filiera in quanto pone i potenziali competitori su un piano di parità eliminando le barriere all'entrata costituite dalla disponibilità degli assets".

⁸⁷ Un tale intervento è stato, tuttavia, preceduto dall'abrogazione dell'articolo 202, ad eccezione della parte in cui individuava la competenza dell'Autorità d'Ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione, ad opera del d.P.R. n. 168/2010 attuativo dell'art. 23-bis. L'articolo in commento, infatti, aveva creato problemi interpretativi anche quanto all'individuazione delle concrete modalità di affidamento della gestione unica del servizio per via del mancato coordinamento con la disciplina generale sui servizi pubblici. A tal proposito, parte della dottrina, riferendosi al tenore letterale della norma, riteneva che l'articolo 202 d.lgs. 152/2006 prevedesse come unica forma di affidamento la gara, mentre secondo altri, la disposizione avrebbe dovuto essere coordinata con la disciplina ordinaria sui servizi pubblici. TRICARICO A., *La gestione integrata dei rifiuti. Dall'entrata in vigore del Codice dell'ambiente alla bocciatura della cd. seconda liberalizzazione (Osservazioni a Corte Costituzionale 199 del 2012)*, in *Giustamm.it*, 29.08.2012 e la bibliografia ivi richiamata. La querelle interpretativa continuò nonostante l'introduzione dell'art. 23-bis del dl. 112/2008 - che all'ultimo comma stabiliva che le disposizioni contenute nella norma si applicassero a tutti i servizi pubblici locali e prevalessero sulle relative discipline di settore con esse incompatibili - tanto che la dottrina ritiene che la controversia si sia conclusa definitivamente solo con l'abrogazione dell'articolo 202 avvenuta a norma del d.P.R. 168/2010, attuativo dell'art. 23-bis. COSTATO L., PELLIZZER F. *Commentario breve al Codice dell'ambiente*, 2 ed., Padova, CEDAM, 2012, p. 758: "la questione della prevalenza o meno della norma generale sui servizi pubblici locali (art. 23-bis) sulla norma speciale sul servizio di gestione dei rifiuti urbani (art. 202 c. amb.) trova una soluzione a seguito dell'entrata in vigore del regolamento attuativo della nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (d.P.R. 168/10), il quale, da un lato, abroga espressamente i co. da 1 a 9 de 14 ss. dell'art. 113 TUEL e, dall'altro, abroga il 1° co. dell'art. in commento, «ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità d'Ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione» (art. 12, 1° co., lett. c)".

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.

Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"

di CORBETTA SERENA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

Lo specifico tema è stato affrontato dal legislatore del 2012⁸⁸ il quale, da un lato, ha ammesso la possibilità di affidare separatamente le diverse fasi del ciclo di gestione dei rifiuti, pur continuando a prevedere anche l'ipotesi (eventuale) di affidamento unitario; dall'altro, ha assicurato agli affidatari dei servizi di raccolta, raccolta differenziata e avvio allo smaltimento l'accesso agli impianti di titolarità di soggetti diversi, a tariffe regolate e predeterminate, nonché la disponibilità delle potenzialità e capacità necessarie a soddisfare le esigenze di conferimento indicate nel piano d'ambito⁸⁹.

Questo nuovo assetto normativo introduce due condizioni pro concorrenziali fondamentali per l'affidamento dei servizi a monte della filiera in quanto pone i potenziali concorrenti su un piano di parità eliminando le barriere all'entrata costituite dalla disponibilità degli assets⁹⁰.

Secondo autorevole dottrina, questo intervento avrebbe “*restituito al mercato liberalizzato*” tali attività, nel rispetto delle linee programmatiche regionali in ordine alla loro localizzazione⁹¹: la gestione delle fasi impiantistiche rimane, infatti, sottoposta alla pianificazione regionale a norma dell'art. 199 d.lgs. 152/2006 che prevede appunto lo strumento dei “piani regionali di gestione

⁸⁸ d.l. n. 1/2012, art. 25, comma 4, così come modificato dalla legge di conversione n. 27/2012: “*Per la gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani sono affidate ai sensi dell'articolo 202 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e nel rispetto della normativa europea e nazionale sull'evidenza pubblica, le seguenti attività: a) la gestione ed erogazione del servizio che può comprendere le attività di gestione e realizzazione degli impianti; b) la raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione e l'avvio a smaltimento e recupero, nonché, ricorrendo le ipotesi di cui alla lettera a), smaltimento completo di tutti i rifiuti urbani e assimilati prodotti all'interno dell'ATO. Nel caso in cui gli impianti siano di titolarità di soggetti diversi dagli enti locali di riferimento, all'affidatario del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani devono essere garantiti l'accesso agli impianti a tariffe regolate e predeterminate e la disponibilità delle potenzialità e capacità necessarie a soddisfare le esigenze di conferimento indicate nel piano d'ambito*”.

⁸⁹ SPADONI B., *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali.*, cit.

⁹⁰ *Id.* Si veda anche IELO D., *Le gare per l'affidamento dei servizi pubblici locali dopo il “Cresci Italia”*, 17.02.2012, disponibile su <http://www.legautonomie.it/Documenti/Riforma-Servizi-pubblici/Le-gare-per-l-affidamento-dei-servizi-pubblici-locali-dopo-il-Cresci-Italia>: “*Infine, nel settore dei rifiuti, si agevola la possibilità di accesso nel mercato dell'aggiudicazione delle concessioni anche ai nuovi entranti, che non dispongono degli impianti strumentali alla gestione del servizio. Si tratta di una novità importante, posto che la realizzazione degli impianti (soprattutto di smaltimento o di recupero) presuppone grandi investimenti che è possibile ammortizzare solo tramite gestioni di lunga durata. Ebbene, prima si imponeva solo di non discriminare in sede di gara tra chi detenesse l'impianto e chi ne fosse provvisto (ad esempio in sede di attribuzione dei punteggi o valutazione delle anomalie). Oggi si va alla radice. Da un lato, la gestione integrata può comprendere solo l'avvio allo smaltimento e al recupero (e non lo smaltimento e il recupero), con la conseguente possibilità di partecipazione anche di soggetti sprovvisti di impianti di smaltimento e recupero; dall'altro i titolari degli impianti che non si siano aggiudicati l'affidamento devono consentire all'affidatario della gestione integrata l'utilizzazione degli impianti a tariffe regolate e la disponibilità delle potenzialità e capacità necessarie a soddisfare le esigenze di conferimento indicate nel Piano d'Ambito*”.

⁹¹ AZZARITI A., *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla luce della sentenza 199/2012 della Corte Costituzionale e delle recenti novità normative*, in *Ist. fed.*, n. 4, 2012, p. 869: “[In relazione al settore della gestione dei rifiuti] risulta pacificamente affermata la necessità di rispetto della gestione liberalizzata per le attività di trattamento e recupero dei rifiuti e per la gestione dei rifiuti speciali, nonché per la gestione degli impianti di smaltimento e/o recupero. Del resto, tale orientamento è oggi positivamente espresso nel richiamato art. 25, comma 4 del d.l. Liberalizzazioni, che, incidendo sull'art. 202 del codice dell'ambiente, prevede che “la gestione integrata possa comprendere le attività di realizzazione e gestione degli impianti”, consentendo così la restituzione al mercato liberalizzato di tali attività, nel rispetto delle linee programmatiche regionali in ordine alla loro localizzazione”.

dei rifiuti” (“PRGR”) e, per quanto riguarda gli impianti di incenerimento, ad essa va affiancata anche la nuova disciplina regolamentare di cui all’art. 35, comma 1 del dl. 133/2014.

3.2. La “forza espansiva” della privata.

Un ultimo gruppo di considerazioni che concludono l’analisi del fenomeno aggregativo e che si riferiscono, in particolare, ad alcuni “effetti collaterali” derivanti specificamente dalla progressiva affermazione di operatori verticalmente integrati, ha ad oggetto quella che si può definire “forza espansiva” della privata.

Come già ampiamente illustrato, la normativa italiana prevede un regime di privata in capo ai Comuni per quanto riguarda la raccolta dei rifiuti urbani (e assimilati) destinati a smaltimento, mentre risultano estranei a questo regime i rifiuti urbani e assimilati destinati a recupero/trattamento che, pertanto, una volta raccolti, dovranno essere collocati sul mercato nel rispetto delle regole concorrenziali.

Nella pratica, tuttavia, la distinzione dei due flussi non appare sempre così netta e le condizioni di mercato risultano in concreto più favorevoli per alcuni operatori, piuttosto che per altri.

In particolare, è evidente che il soggetto che ha effettuato la raccolta (e quindi, a seconda dei casi, il Comune che si sia occupato direttamente del servizio ricorrendo all’opzione dell’in house, o le società private o quelle in partenariato pubblico privato aggiudicatarie del servizio di raccolta), per il fatto di disporre “materialmente” dei rifiuti, goda di un forte vantaggio competitivo sugli altri operatori anche rispetto alle fasi a valle della raccolta in quanto si trova nella posizione di poter indirizzare il flusso dei rifiuti raccolti nel modo per sé più conveniente.

Lo sfruttamento di tale vantaggio competitivo può avvenire in diversi modi: ad esempio, il gestore della fase di raccolta potrebbe decidere di costruirsi il proprio impianto di trattamento, oppure potrebbe associarsi o consorziarsi con un soggetto che già gestisce un impianto di trattamento, oppure ancora, potrebbe avvantaggiare un gestore della fase di trattamento rispetto agli altri nel tentativo di estendere il proprio monopolio dal mercato della raccolta anche al mercato del trattamento. Ancora, potrebbe attuare una strategia di tipo escludente, conferendo i rifiuti ad un impianto “partner” ad un prezzo inferiore a quello di mercato, oppure rifiutare l’accesso al proprio impianto di trattamento da parte dei concorrenti sul mercato della raccolta.

È quanto avvenuto nel recente caso AKRON⁹² che si è sviluppato nel segmento del mercato del recupero relativo alla c.d. filiera cartaria.

Il caso ha coinvolto le società del gruppo Hera, ossia Hera S.p.A. in qualità di capogruppo (“Hera”), Herambiente S.p.A. in quanto soggetto titolare della dotazione impiantistica del gruppo (“HA”), AKRON S.p.A. controllata da HA e gestore di impianti di selezione e trattamento di rifiuti urbani e speciali finalizzati al loro recupero (“Akron”), nonché la società CBRC S.r.l. titola-

⁹² AGCM, *AKRON/Gestione rifiuti urbani a base cellulosica*, avvio istruttoria, provv. n. 24098, del 05.12.2012, AGCM, *AKRON/Gestione rifiuti urbani a base cellulosica*, proroga termini, provv. n. 24634, del 28.11.2013, AGCM, *AKRON/Gestione rifiuti urbani a base cellulosica*, chiusura istruttoria, provv. n. 24819, del 27.02.2014.

re di un impianto di selezione e trattamento (pressatura) di rifiuti cellulosici che produce macero destinato alle cartiere (“CBRC”).

Nello specifico, Hera è il gestore in regime di monopolio della raccolta differenziata dei rifiuti urbani e assimilati in numerosi comuni dell’Emilia-Romagna, per quanto in alcuni di questi siano attivi anche alcuni gestori “minori”⁹³.

Conformemente a quanto previsto dall’Allegato tecnico dell’Accordo ANCI-CONAI sottoscritto con il consorzio di riferimento del settore cartario, COMIECO⁹⁴, il soggetto gestore della raccolta che aderisca all’accordo può scegliere se avviare a riciclo i rifiuti raccolti in due modi: i. per il tramite di COMIECO (opzione 2), il quale pagherà un prezzo diverso, a seconda della qualità del rifiuto conferito, oppure ii. collocandoli direttamente sul mercato, nel tentativo di sfruttare condizioni di vendita migliori di quelle pattuite nell’Accordo (opzione 1).

Hera ha aderito all’opzione 2 sino al 2010, mentre a partire dal 2011 ha deciso di avvalersi della possibilità di cui all’opzione 1, destinando direttamente al mercato una buona parte dei rifiuti raccolti⁹⁵.

Come ricordato poc’anzi, tale operazione di collocamento sul mercato dei rifiuti urbani raccolti da parte del soggetto gestore monopolista deve avvenire secondo le regole del mercato proprio in ragione del fatto che la privativa comunale non riguarda le fasi di trattamento/recupero del rifiuto raccolto.

Nel caso di specie, oltre ai principi generali appena richiamati, anche la convenzione conclusa nel 2004 fra Hera e l’Agenzia d’Ambito competente conteneva un’apposita disposizione in tal senso: *“Per le frazioni destinate al recupero, il Gestore, nel pieno rispetto della normativa di settore, provvederà ad individuare i soggetti che presentano le migliori condizioni economiche ed a stipulare con gli stessi i relativi contratti per il conferimento delle frazioni stesse”*⁹⁶.

Diversamente da quanto stabilito nella convenzione e in contrasto con i principi generali che regolano il settore dei rifiuti urbani, invece, Hera, per mezzo di HA, ha proceduto al conferimento diretto ad Akron dell’intera quantità di rifiuti non destinati a COMIECO.

In particolare, per l’anno 2011/2012, Hera avrebbe sollecitato “informalmente” delle offerte da parte di operatori nella fase del trattamento-recupero dei rifiuti cartacei ed avrebbe ricevuto tre proposte, rispetto alle quali, senza ulteriori confronti competitivi, Hera avrebbe preferito quella Akron. Per gli anni seguenti, 2012/2013 e 2013/2014, Hera non avrebbe effettuato nessuna sollecitazione del mercato, neppure in maniera informale, riconfermando per ulteriori due volte la scelta di Akron, originariamente effettuata.

⁹³ *Id.*, paragrafo III.3 - *La filiera dei rifiuti cellulosici nelle aree servite da Hera*.

⁹⁴ Accordo ANCI-CONAI, Allegato tecnico COMIECO.

⁹⁵ Si tratta dei rifiuti derivanti dalla raccolta congiunta (ossia a mezzo di contenitori in cui vengono gettati sia imballaggi, sia altri rifiuti a base cellulosica) e di una quota della raccolta selettiva (in cui gli imballaggi vengono raccolti separatamente dagli altri rifiuti a base cellulosica). Evidentemente, nel secondo caso, la “purezza” dei rifiuti raccolti è maggiore, pertanto vengono considerati di miglior qualità e pagati meglio.

⁹⁶ Convenzione Hera-AATO, art. 5, *Oggetto dell’affidamento*, richiamata in AGCM, *AKRON/Gestione rifiuti urbani a base cellulosica*, provv. n. 24098, del 05.12.2012, punti 42-44.

Ebbene, il punto è di grande importanza in quanto *“delle opzioni di convenzionamento dei Gestori con COMIECO non è prevista alcuna forma di pubblicità e, quindi, le piattaforme di recupero potenzialmente interessate all’acquisizione dei rifiuti cellulosici venduti sul “libero mercato” vengono a sapere della disponibilità di tali rifiuti soltanto se invitate a presentare un’offerta per l’acquisto del Gestore stesso, o in caso di pubblicazione di un bando di gara oppure, di fatto, qualora il conferimento dei rifiuti subisca variazioni rispetto all’anno precedente e venga dirottato su altri operatori del mercato”*⁹⁷.

È chiaro, quindi, che la diffusione da parte del gestore della raccolta dei rifiuti urbani della notizia di voler collocare i propri rifiuti direttamente sul mercato risulta l’unico mezzo per poter permettere ai concorrenti di presentare offerte e tentare di partecipare alla selezione. Pertanto, l’omissione di questo passaggio da parte di Hera costituisce senz’altro un indicatore della volontà di attuare una strategia escludente.

Ma vi sono stati anche altri elementi che hanno portato l’AGCM a considerare la condotta di Hera come abusiva.

In primo luogo, dall’analisi delle offerte presentate per l’anno 2010/2011 emerge che le condizioni proposte da Akron fossero meno convenienti rispetto a quelle di potenziali concorrenti. Questo ha fatto sì che Hera, vendendo i rifiuti ad Akron per un prezzo inferiore a quello di mercato, sacrificasse (consapevolmente) alternative di vendita che le avrebbero permesso di massimizzare i propri introiti e, conseguentemente, l’importo detraibile dai costi del servizio sostenuti dagli utenti mediante tariffa⁹⁸.

In secondo luogo, dall’istruttoria effettuata dall’Autorità è emerso che, nonostante nel territorio servito da Hera gli impianti di trattamento dei rifiuti cellulosici risultassero sovradimensionati rispetto alle esigenze dell’utenza servita, la società Akron ha comunque dato avvio alla costruzione di un nuovo impianto di trattamento capace coprire da solo il fabbisogno di tutta l’area bolognese. Questa scelta da un lato ha contribuito all’aumento dell’eccesso di capacità di lavorazione dell’area, ma ha permesso al gruppo Hera di colmare la carenza impiantistica di Akron così da gestire direttamente tutti i propri flussi di raccolta, estendendo il monopolio del gruppo dal mercato della raccolta al mercato del recupero. Infatti, Akron grazie a questo nuovo impianto sarebbe in grado di sfruttare l’intero margine derivante dalla commercializzazione del macero prodotto dal trattamento dei rifiuti raccolti da Hera in regime di privata.

Per tutte queste ragioni, l’AGCM ha dichiarato che la condotta analizzata costituisce un’ipotesi di abuso di posizione dominante con effetti sia escludenti che di sfruttamento⁹⁹: dallo studio degli operatori presenti sul mercato di riferimento, infatti, emerge che effettivamente questa strategia ha avuto l’effetto concreto di escludere i concorrenti dall’accesso ad un input essenziale e non replicabile per la produzione del macero con l’esito di cacciare dal mercato i recuperatori concorrenti di Akron in tutte le aree servite da Hera, con conseguente esponenziale aumento delle quote

⁹⁷ AGCM, *AKRON/Gestione rifiuti urbani a base cellulosica*, chiusura istruttoria, provv. n. 24819, del 27.02.2014.

⁹⁸ *Id.*, par. 77, 88 e 94.

⁹⁹ *Id.*, par. 194.

di mercato di Akron¹⁰⁰; inoltre, la mancata massimizzazione del guadagno si è tradotta in un evidente svantaggio per i cittadini in quanto ad essa sarebbe corrisposta una mancata riduzione della tariffa¹⁰¹.

La condanna delle società ha compreso, oltre ad una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 1,8 milioni di Euro, anche l'obbligo di assegnare i rifiuti raccolti da Hera attraverso una gara pubblica finalizzata all'individuazione delle migliori condizioni sul mercato.

Il caso in commento costituisce un chiaro esempio della "tendenza espansiva" degli effetti derivanti dalla gestione della fase della raccolta dei rifiuti urbani in regime di privativa: in ipotesi come questa, il vantaggio competitivo di cui gode il soggetto incumbent sul mercato della raccolta si allargano con estrema facilità ad ambiti in cui, invece, tale regime non può e non deve essere applicato.

Ancora una volta, si ribadisce quindi la necessità di limitare allo stretto indispensabile il regime di privativa e di monitorare con estrema attenzione tutte le ipotesi in cui una sua applicazione distorta possa creare situazioni anticoncorrenziali¹⁰².

Le medesime considerazioni sono state rielaborate dall'AGCM in un provvedimento del luglio 2014 concernente le norme tecniche di attuazione della proposta di Piano Regionale di Gestione dei Rifiuti ("PRGR") della Regione Emilia-Romagna¹⁰³.

In particolare, in tale occasione, l'Autorità ha rilevato le forti distorsioni della concorrenza create dalla norma che limitava l'affidamento del servizio di recupero ricorrendo a procedure competitive alla sola ipotesi in cui il gestore del servizio pubblico (ovverosia il gestore della fase di raccolta dei rifiuti solidi urbani) non disponesse dell'impiantistica necessaria per lo svolgimento delle attività di recupero.

Questa previsione è apparsa idonea ad avallare comportamenti escludenti da parte del gestore verticalmente integrato del tipo di quelli contestati ad Akron.

Ed infatti, da un lato ogni volta in cui ci si trovi di fronte ad un gestore che effettivamente disponga della dotazione impiantistica lungo tutta la filiera di gestione del rifiuto, i concorrenti sarebbero esclusi dall'accesso all'input essenziale per la loro attività, ossia i rifiuti differenziati, rispetto ai quali, tuttavia, non si estende la privativa.

In secondo luogo, non regolando le modalità di remunerazione dei rifiuti in caso di cessioni infragruppo, la norma creerebbe le condizioni per il verificarsi di possibili effetti di sfruttamento dei consumatori tutte le volte in cui tali cessioni avvengano ad un prezzo inferiore rispetto al prezzo di mercato.

L'importanza delle procedure competitive nell'affidamento del servizio di recupero dei rifiuti solidi urbani era già stata sottolineata dall'Autorità in altri provvedimenti.

¹⁰⁰ *Id.*, par 107.

¹⁰¹ *Id.*, par. 173 ss.

¹⁰² Per un commento sul caso in questione, si rinvia a TESEI V., ESPOSITO F.M., *Opening the market for municipal paper waste in Italy: the AKRON case*, in *Italian antitrust review*, n. 2, 2014.

¹⁰³ AGCM, *Norme tecniche di attuazione della proposta di piano regionale di gestione dei rifiuti*, AS1136, 01.07.2014.

Nel 2011 l'Autorità ha segnalato gli effetti distorsivi derivanti dalla convenzione regolante il rapporto fra il soggetto gestore del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti nella provincia di Parma (Amps S.p.A., successivamente divenuta Enia S.p.A. e da ultimo incorporata in Iride S.p.A. con denominazione Iren S.p.A.) e l'Autorità d'Ambito competente (ATO 2). Tale convenzione, infatti, prevedendo che le fasi di trattamento e recupero fossero affidate in via esclusiva, senza gara pubblica, al soggetto affidatario del servizio di raccolta ha indebitamente esteso l'ambito della privativa comunale oltre i limiti stabiliti dalla legge e più volte ricordati dall'Autorità¹⁰⁴.

Nel 2010, analoga segnalazione è pervenuta all'Autorità da parte di soggetti che lamentavano l'ampliamento delle competenze del Consorzio obbligatorio denominato COSMARI, attivo nella Provincia di Macerata che, eccedendo l'ambito della privativa riconosciuta per le sole attività di smaltimento dei rifiuti urbani e assimilati, svolgeva anche attività di trattamento e recupero degli stessi¹⁰⁵.

Ancora prima, l'AGCM si espresse relativamente ad un provvedimento concernente le determinazioni assunte dal commissario straordinario per l'emergenza ambientale della Regione Lazio nel corso dell'emergenza rifiuti del 2009¹⁰⁶. In tale occasione, infatti, il commissario straordinario sarebbe intervenuto non solo operando il censimento degli impianti presenti sul territorio regionale, ma altresì stabilendo i quantitativi di rifiuti solidi urbani da conferire ai medesimi con ciò limitando le capacità di trattamento riconosciute a tali impianti. Inoltre, avrebbe affidato il servizio di recupero dei rifiuti solidi urbani senza ricorrere a procedure ad evidenza pubblica. Nel documento di segnalazione, l'AGCM ha proprio sottolineato come le imprese attive nel mercato del recupero debbano essere poste nelle condizioni di competere fra loro al fine di massimizzare la valorizzazione economica dei rifiuti, cosa che evidentemente l'intervento del commissario straordinario ha impedito causando al contempo un peggioramento del servizio offerto ed un aumento dei suoi costi.

4. Coordinamento fra il mercato della raccolta e i mercati a valle della raccolta.

Come anticipato all'inizio del presente capitolo, al fine di eliminare le problematiche relative alla gestione dei rifiuti prodotti nel nostro Paese che hanno originato diverse procedure di infrazione in sede europea, il legislatore ha recentemente adottato provvedimenti legislativi aventi ad oggetto proprio la fase del recupero e trattamento dei rifiuti.

L'intento che traspare da questi interventi sembra quello di concentrarsi attorno al miglioramento delle dotazioni impiantistiche di questa fase della filiera, con particolare attenzione agli impianti di incenerimento con recupero energetico (o coincenerimento).

¹⁰⁴ AGCM, *Regione Emilia-Romagna – Servizio di gestione dei rifiuti nella provincia di Parma*, AS879, 15.09.2011.

¹⁰⁵ AGCM, *Gestione dei rifiuti in provincia di Macerata*, AS696, 01.06.2010.

¹⁰⁶ AGCM, *Osservazioni in merito alle determinazioni della Regione Lazio in materia di gestione dei rifiuti solidi urbani e assimilati*, AS550, 15.07.2009.

Il tema risulta di particolare importanza in quanto ad esso sono sottese scelte strategiche relative al coordinamento delle diverse fasi della complessa filiera di gestione dei rifiuti¹⁰⁷.

Infatti, nonostante la raccolta e le fasi successive della filiera si collochino entro mercati distinti e risulti opportuno gestire separatamente i relativi servizi, l'ottimale funzionamento del sistema richiede che il ciclo dei rifiuti sia considerato integralmente soprattutto in fase di pianificazione, programmazione e regolamentazione¹⁰⁸.

Come noto, infatti, la massimizzazione dei risultati della raccolta differenziata può essere raggiunta solo ove i flussi di rifiuti differenziati trovino degli effettivi sbocchi di impiego sul mercato: la carenza di infrastrutture e di impianti di recupero e trattamento adeguati ha spesso originato i c.d. "colli di bottiglia" del mercato del recupero e trattamento per via dei quali oggi è possibile processare (e quindi valorizzare) adeguatamente solo una parte dei rifiuti raccolti in maniera differenziata, mentre le restanti quantità non possono che essere avviate all'incenerimento o, ancor peggio, alla discarica¹⁰⁹.

Il fatto di dover ricorrere alla gestione indifferenziata dei rifiuti precedentemente raccolti per flussi separati risulta deleterio sotto una molteplicità di profili: in primo luogo, vanifica gli investimenti effettuati per implementare la raccolta differenziata; in secondo luogo, contraddice la gerarchia dei rifiuti che, invece, prevede il ricorso a tali forme di gestione solo in via residuale, una volta esauriti i metodi di gestione più efficienti; infine, inibisce il consolidamento e lo sviluppo dell'industria del recupero che è ormai unanimemente considerata l'industria del futuro.

Appare, pertanto doveroso l'intervento del legislatore sul punto. Occorre casomai stabilire se gli strumenti adottati o in corso di adozione siano idonei a raggiungere i risultati sperati.

¹⁰⁷ Rispetto al coordinamento dei mercati e alla previsione di interventi integrati e coerenti lungo tutto il ciclo, si veda KAULARD A., MASSARUTTO A., *La gestione integrata dei rifiuti urbani. Analisi dei costi industriali*, Milano, Franco Angeli, 1997, p. 89: "sarebbe un controsenso puntare a raccolte differenziate fino a quasi il 50% dei RSU generati per poi smaltire la restante quota in impianti tecnicamente non conformi alle norme più severe in materia di protezione dell'ambiente. In questo modo le tecniche di smaltimento rappresentano, insieme alle quote di riciclaggio, una valutazione intrinseca del beneficio ambientale degli scenari alternativi".

¹⁰⁸ CAMERANO S. et al, a cura di, *Obiettivo discarica zero*, Studio di settore 05, Cassa Depositi e Prestiti, Febbraio 2014, disponibile su http://www.cassaddpp.it/static/upload/stu/studio-di-settore-n.5-2014_rifiuti.pdf, p. 14: "Anche se il Codice dell'ambiente prevede un affidamento unico per la gestione dell'intero ciclo integrato dei rifiuti, dalle caratteristiche appena evidenziate delle diverse fasi emergerebbe invece l'opportunità di gestire separatamente servizi che presentano mercati distinti e agevolmente identificabili, pur nella consapevolezza dell'importanza che i rapporti tra queste diverse fasi assumono per le numerose interazioni. Il ciclo dei rifiuti deve infatti essere considerato integralmente soprattutto in fase di pianificazione, programmazione e regolamentazione, in modo da garantire che la raccolta abbia adeguati impianti ai quali rivolgersi, che gli stessi non rimangano sottoutilizzati, che la discarica rappresenti effettivamente la scelta residuale". Analogamente anche COTTARELLI C., et al., *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali.*, cit., p. 24: "Le linee di intervento prospettate per i servizi idrici con riferimento al quadro normativo degli ATO possono essere utilmente estese al caso dei rifiuti. Per questo settore si deve, tuttavia, tenere conto che i vari segmenti della filiera (raccolta e pulizia stradale, smaltimento) presentano caratteristiche produttive diverse. Maggiore variabilità richiede maggiore flessibilità. Per questo si ritiene utile dare la possibilità di gestire su scala diversa i tre comparti garantendo però il coordinamento dei diversi affidamenti attraverso l'ente di governo dell'ATO".

¹⁰⁹ Sul concetto di collo di bottiglia, ANTONIOLI B., MASSARUTTO A., *The municipal waste management sector in Europe: shifting boundaries between public service and the market*, working paper, CIRIEC, n. 7, 2011.

4.1. Superare i colli di bottiglia: analisi critica delle scelte del legislatore.

Come accennato nel precedente paragrafo 2, nel corso dell'ultimo anno il legislatore ha adottato una serie di provvedimenti finalizzati ad incentivare il ricorso all'incenerimento dei rifiuti con recupero energetico.

Nella presente analisi, ci si riferisce in particolare all'art. 35 del dl. n. 133/2014 recante *Misure urgenti per la realizzazione su scala nazionale di un sistema adeguato e integrato di gestione dei rifiuti urbani e per conseguire gli obiettivi di raccolta differenziata e di riciclaggio. Misure urgenti per la gestione e per la tracciabilità dei rifiuti, nonché per il recupero dei beni in polietilene*.

La scelta operata dal legislatore nell'emanare tale disposizione presta il fianco a critiche sia di metodo che di merito.

Quanto al metodo, salta subito all'occhio l'inadeguatezza dello strumento legislativo adoperato: ancora una volta si tratta di una norma di tipo emergenziale ("misure urgenti") adottata per risolvere problematiche in realtà ormai endemiche. Previsioni del genere difettano di adeguato approfondimento e rischiano di peggiorare situazioni già compromesse in quanto non accompagnate da una consapevole valutazione dello scenario di applicazione e delle possibili conseguenze.

In secondo luogo, a parere di chi scrive, il superamento dell'insufficienza infrastrutturale delle fasi di recupero e trattamento dipende "anche", ma non "esclusivamente" dal ricorso all'incenerimento con recupero energetico.

Pertanto, il superamento dei colli di bottiglia dovrebbe essere raggiunto attraverso un insieme di misure e di interventi di sostegno all'intero settore del recupero, fra loro concertati e non mediante l'intervento su una sola delle diverse attività di recupero che risulta senza dubbio parziale.

In particolare, il "rilancio" delle tecniche di valorizzazione energetica non può non essere accompagnato da misure a sostegno delle altre tecniche di gestione che nella gerarchia dei rifiuti occupano posizioni più elevate.

In mancanza di tale intervento organico e di settore, non pare si possa affermare di aver dato attuazione ad un *sistema integrato* di gestione dei rifiuti urbani e assimilati¹¹⁰, anche se risultano certamente utili a limitare il disincentivo di altre forme più "nobili" di trattamento dei rifiuti le previsioni a sostegno del settore del recupero della frazione organica¹¹¹, così come quelle concernenti la priorità nell'uso degli inceneritori per i rifiuti urbani prodotti nel territorio regionale che

¹¹⁰ d.l. n. 133/2014, cit., art. 35, comma 1.

¹¹¹ *Id.*, comma 2: "Ai medesimi fini di cui al comma 1, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, effettua la ricognizione dell'offerta esistente e individua, con proprio decreto, il fabbisogno residuo di impianti di recupero della frazione organica dei rifiuti urbani raccolta in maniera differenziata, articolato per regioni; sino alla definitiva realizzazione degli impianti necessari per l'integrale copertura del fabbisogno residuo così determinato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono autorizzare, ove tecnicamente possibile, un incremento fino al 10 per cento della capacità degli impianti di trattamento dei rifiuti organici per favorire il recupero di tali rifiuti raccolti nel proprio territorio e la produzione di compost di qualità".

li ospita¹¹² e il pagamento di un contributo in favore della regione da parte del gestore dell'impianto di incenerimento per ogni tonnellata di rifiuto indifferenziato di provenienza extraregionale¹¹³. Quest'ultima previsione applica il meccanismo dell'incentivo economico alle tecniche di trattamento più nobili, stabilendo che: *“Il contributo, incassato e versato a cura del gestore in un apposito fondo regionale, è destinato alla prevenzione della produzione dei rifiuti, all'incentivazione della raccolta differenziata, a interventi di bonifica ambientale e al contenimento delle tariffe di gestione dei rifiuti urbani. Il contributo è corrisposto annualmente dai gestori degli impianti localizzati nel territorio della regione che riceve i rifiuti a valere sulla quota incrementale dei ricavi derivanti dallo smaltimento dei rifiuti di provenienza extraregionale e i relativi oneri comunque non possono essere traslati sulle tariffe poste a carico dei cittadini”*¹¹⁴.

Passando al merito della norma in analisi, si rileva quanto segue.

Con l'art. 35 del d.l. 133/2014 è stato sancito che tutti gli impianti di nuova costruzione dovranno essere realizzati conformemente alla classificazione di impianti di recupero energetico di cui al punto R1 (nota 4), allegato C, del d.lgs. n. 152/2006.

Tale previsione qualifica gli impianti di incenerimento con recupero energetico come attività di *recupero*: in tal modo si evita l'applicazione del principio di autosufficienza¹¹⁵ e dei conseguenti vincoli di bacino che in passato, invece, dovevano essere rispettati in quanto gli inceneritori si qualificavano prevalentemente come attività di smaltimento¹¹⁶.

Questa nuova configurazione permette di rivolgersi a bacini di utenza che travalicano i limiti provinciali e regionali e quindi favorisce la costruzione di impianti di maggiori dimensioni.

Da un punto di vista ambientale, questa modifica normativa pare idonea a produrre esiti positivi: infatti, gli impianti più grandi di solito corrispondono a quelli anche tecnologicamente più avanzati e quindi ambientalmente più sicuri.

Da un punto di vista economico e industriale, il superamento dei vincoli di bacino dovrebbe rendere maggiormente attraente il settore anche per gli investitori privati che potrebbero essere inte-

¹¹² *Id.*, comma 6: *“Ai sensi del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, non sussistendo vincoli di bacino al trattamento dei rifiuti urbani in impianti di recupero energetico, nei suddetti impianti deve comunque essere assicurata priorità di accesso ai rifiuti urbani prodotti nel territorio regionale fino al soddisfacimento del relativo fabbisogno e, solo per la disponibilità residua autorizzata, al trattamento di rifiuti urbani prodotti in altre regioni”*.

¹¹³ *Id.*, comma 7: *“Nel caso in cui in impianti di recupero energetico di rifiuti urbani localizzati in una regione siano smaltiti rifiuti urbani prodotti in altre regioni, i gestori degli impianti sono tenuti a versare alla regione un contributo, determinato dalla medesima, nella misura massima di 20 euro per ogni tonnellata di rifiuto urbano indifferenziato di provenienza extraregionale”*.

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ Il principio di autosufficienza è stabilito a livello europeo dall'art. 16 della direttiva 2008/98/CE e recepito nel nostro ordinamento dall'art. 182-bis d.lgs. 152/2006 unitamente all'art. 182, comma terzo del medesimo decreto.

¹¹⁶ Il principio di autosufficienza, infatti, si applica alla sola fase dello smaltimento e non anche a quella del recupero e riguarda i soli rifiuti non pericolosi, mentre per quelli pericolosi si applicano i principi di specializzazione dell'impianto in combinato disposto con quello di prossimità. Sull'illegittimità dell'estensione ai rifiuti diversi da quelli urbani non pericolosi del principio dell'autosufficienza locale, si veda Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 19 febbraio 2013, n. 993.

ressati a investire in impianti di incenerimento con recupero energetico di ultima generazione, nella misura in cui l'attività possa essere svolta in maniera profittevole.

Tuttavia la norma non considera il caso in cui l'offerta impiantistica gestita esclusivamente con le regole del libero mercato (trattandosi di attività di recupero), anche a seguito dei cambiamenti normativi appena commentati, non sia comunque in grado di assorbire autonomamente l'intera domanda.

Autorevole dottrina propone a tal fine un modello basato sulla introduzione di una rete impiantistica nazionale “*di ultima istanza*”: in altre parole, lo Stato dovrebbe dotarsi di impianti di incenerimento da utilizzare solo ove quelli presenti sul mercato non siano in grado di gestire l'intero flusso di rifiuti prodotti e non altrimenti valorizzabili. Tale rete verrebbe utilizzata solo all'occorrenza e finanziata con un meccanismo simile a quello del “*capacity payment*” già applicato in ambito energetico¹¹⁷.

L'intervento dello Stato quale “*smaltitore di ultima istanza*” per essere legittimo, deve però essere giustificato sulla base dell'art. 106(2) del Trattato: come ampiamente argomentato nel capitolo I della parte III del presente lavoro, infatti, il regime di privativa già esistente non può essere esteso alla fase del recupero e quindi bisogna valutare l'introduzione di altre forme di esclusiva.

Per poter procedere in tal senso, occorre in primo luogo che l'attività che si vuole sottoporre a regime di esclusiva sia qualificabile come attività di “*pubblico interesse*”.

L'art. 177 del d.lgs. 152/2006, definisce così “*la gestione dei rifiuti*”, pertanto rientra in tale definizione anche la fase del recupero¹¹⁸. Inoltre, l'art. 35 in commento, al comma primo, specifica che gli impianti di termotrattamento “*costituiscono infrastrutture e insediamenti strategici di preminente interesse nazionale*”¹¹⁹. Inoltre, la Corte di Giustizia, nel caso *Sydhavnens*¹²⁰, ha sta-

¹¹⁷ MASSARUTTO A., *Rifiuti: bruciarli meglio, per bruciarne meno*, in Lavoce.info, 03.10.2014, disponibile su <http://www.lavoce.info/rifiuti-bruciarli-meglio-per-bruciarne-meno/>. Il medesimo autore aveva già sostenuto la necessità di introdurre nel sistema un soggetto pubblico, responsabile in via esclusiva della gestione dei rifiuti che non avevano trovato una loro collocazione nel mercato. Analogamente, ANTONIOLI B., MASSARUTTO A., *The municipal waste management sector in Europe: shifting boundaries between public service and the market*, working paper, CIRIEC, n. 7, 2011, p. 14: “*All in all, these experiences lead us to conclude that until recycling capacity remains a bottleneck, a monopolist responsible entity providing guarantees both of the recovery of separate collection costs and investment in recycling capacity is still needed, at least as a last-resort umbrella. It is remarkable to note, instead, that these systems have been very effective in promoting recycling and “compete” with disposal facilities for receiving waste flows. Once the market has developed and the recycling industry has developed, in turn, it is less justifiable to maintain a strict legal monopoly in this phase*”. Si segnala che il concetto di “*sistema di ultima istanza*”, inteso come *sistema di intervento da attivare solo quando il mercato non sia in grado di regolarsi da solo*, è stato recentemente utilizzato anche con riferimento al funzionamento dei consorzi e dei circuiti che garantiscono la raccolta differenziata dei rifiuti. AGCM, *Audizione del Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato Prof. Giovanni Pitruzzella sul tema dei profili concorrenziali nell'ambito della gestione dei rifiuti solidi urbani, anche con riferimento alle attività dei consorzi per la raccolta*, Roma, 6 novembre 2014, disponibile su http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/4511-audizione-20141106.html.

¹¹⁸ Per la definizione di “*gestione*”, d.lgs. 152/2006, art. 183, comma 1, lettera n).

¹¹⁹ Una tale qualifica, peraltro, compariva già nell'art. 195, comma 1, lettera f) del d.lgs. 152/2006 a mente del quale: “*1. Ferme restando le ulteriori competenze statali previste da speciali disposizioni, anche contenute nella parte quarta del presente decreto, spettano allo Stato [...] f) l'individuazione, nel rispetto delle attribuzioni costituzionali delle regioni, degli impianti di recupero e di smaltimento di preminente interesse nazionale da realizzare per la mo-*

bilito che la gestione dei rifiuti, in determinate circostanze, possa effettivamente essere qualificata come SIEG e quindi beneficiare delle deroghe ai principi della concorrenza di cui all'art. 106(2) TFUE: *“Va rilevato come la gestione di determinati rifiuti possa costituire oggetto di un servizio di interesse economico generale, in particolare qualora tale servizio persegua l'obiettivo di far fronte ad un problema ambientale”*.

Pare, quindi che il primo requisito per procedere con l'applicazione dell'art. 106(2) TFUE possa, in linea di massima, considerarsi soddisfatto.

In secondo luogo, occorre che la misura adottata sia necessaria, idonea al raggiungimento dell'obiettivo perseguito e rispettosa del principio di proporzionalità.

A seconda di come concretamente dovesse essere realizzato l'ipotetico sistema infrastrutturale di ultima istanza e di quali diritti speciali o di esclusiva verranno concretamente garantiti agli impianti che lo andranno a costituire, si dovrà valutare la compatibilità delle scelte del legislatore con le norme del Trattato¹²¹.

dernizzazione e lo sviluppo del paese; l'individuazione è operata, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, a mezzo di un programma, adottato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, e inserito nel Documento di programmazione economico-finanziaria, con indicazione degli stanziamenti necessari per la loro realizzazione. Nell'individuare le infrastrutture e gli insediamenti strategici di cui al presente comma il Governo procede secondo finalità di riequilibrio socio-economico fra le aree del territorio nazionale. Il Governo indica nel disegno di legge finanziaria ai sensi dell'articolo 11, comma 3, lettera i-ter), della legge 5 agosto 1978, n. 468, le risorse necessarie, anche ai fini dell'erogazione dei contributi compensativi a favore degli enti locali, che integrano i finanziamenti pubblici, comunitari e privati allo scopo disponibili”.

¹²⁰ CGCE, sentenza del 23 maggio 2000, causa C-209-98, *Sydhavnens*, in *Racc.*, p. I-3777. Successivamente, anche nel caso AVR, OJ 2006, L 84/37, la Commissione ha definito quale servizio di interesse economico generale un impianto per il trattamento finalizzato allo smaltimento di rifiuti pericolosi. Per un commento su entrambi i casi, si rinvia a KINGSTON S., *Greening EU competition law and policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 368 ss.

¹²¹ A tal proposito, appare utile rimandare ad un caso che presenta alcune interessanti analogie con la proposta di rete di ultima istanza di cui si sta discutendo. CGCE, sentenza del 25 giugno 1998, causa C-203/96, *Dusseldorp*, in *Racc.*, p. I-4111. Il caso, sorto in occasione della richiesta da parte della società Dusseldorp di poter spedire rifiuti non pericolosi verso la Germania ai fini del loro incenerimento, ha riguardato la legittimità di alcune disposizioni emanate dal legislatore olandese relativamente alla esportazione di rifiuti non pericolosi. In particolare, la normativa olandese in discussione prevedeva un generale divieto di esportazione di rifiuti, salvo nel caso in cui l'impianto di destino all'estero garantisse una tipologia di trattamento di qualità superiore a quella offerta a livello nazionale, oppure qualora la capacità nazionale di trattamento della specifica tipologia di rifiuti in questione fosse insufficiente. Contemporaneamente, in tutto il territorio nazionale era autorizzato all'incenerimento dei rifiuti un solo impianto. La Corte, risolvendo le questioni pregiudiziali sottoposte dal giudice del rinvio, ha affermato quanto segue. In primo luogo ha ribadito che il principio di autosufficienza debba essere applicato solo ai rifiuti pericolosi, di talché una limitazione del tipo di quella introdotta dal legislatore olandese costituisce una limitazione alla libera circolazione delle merci: *“Va constatato che siffatta disposizione ha per oggetto e per effetto di limitare l'esportazione e di garantire un vantaggio particolare alla produzione nazionale”* (si veda paragrafo 42 della sentenza). Ciò nonostante, la misura in questione avrebbe comunque potuto essere giustificata dalla presenza di un'esigenza imperativa, quale ad esempio la tutela ambientale o l'intento di proteggere la salute e la vita delle persone. La Corte, tuttavia, ha respinto le argomentazioni del governo olandese ritenendo che le reali motivazioni a sostegno del divieto fossero di carattere economico e, precisamente, finalizzate a garantire la redditività dell'impresa nazionale e, come tali, non idonee a giustificare un ostacolo al principio della libera circolazione delle merci (si vedano i paragrafi 44 e 50 della sentenza). Con riferimento alla compatibilità della scelta effettuata dal legislatore olandese con il regime di cui all'art. 106(2) TFUE la

Ad esempio, se effettivamente fosse introdotto un meccanismo di *capacity payment* del tipo di quello previsto nel settore energetico¹²², questo, in quanto forma di sussidio, dovrebbe essere strutturato in maniera tale da risultare compatibile con la disciplina comunitaria degli aiuti di stato di cui all'art. 107 TFUE¹²³, o eventualmente, dovrebbe trovare una giustificazione nell'ambito dell'art. 106(2) TFUE.

In conclusione, quindi, l'intervento Statale nel comparto dell'incenerimento ai fini della valorizzazione energetica dei rifiuti non pare essere interdetto a priori, ma la sua concreta realizzazione può e deve avvenire nelle strette maglie della disciplina del Trattato.

Per completezza della trattazione, occorre evidenziare che accanto al deciso intervento normativo di rilancio dei processi di termovalorizzazione appena discusso, un intervento in favore delle altre tecniche di recupero si trova nelle disposizioni del “collegato ambientale” che prevede per la prima volta incentivi e meccanismi di sostegno al mercato dei materiali e dei prodotti riciclati¹²⁴. Nell'intento del legislatore, l'incentivazione all'acquisto di prodotti realizzati con materia derivata dalle raccolte differenziate post consumo dovrebbe aprire un nuovo mercato, consentendo a piccole e medie imprese di recuperare i materiali riciclabili per rivenderli come materia prima o

Corte ha rimandato la decisione al giudice del rinvio, fornendo solo i principi generali su cui fondare la soluzione del caso concreto. In particolare, la Corte ha affermato che, la scelta di attribuire diritti esclusivi ad un'impresa nazionale, quale ad esempio un inceneritore, non costituisca di per se una violazione dei principi concorrenziali purché risulti i. giustificata da una missione di interesse economico generale e ii. necessaria, ossia motivata in maniera soddisfacente circa il fatto “*che tale obiettivo non possa essere raggiunto con altri mezzi*” (si veda paragrafo 67 e ss. della sentenza). Diversamente, ossia senza una ragione obiettiva e senza che ciò sia necessario all'adempimento di una missione di interesse generale, i diritti esclusivi favorirebbero ingiustamente l'impresa nazionale e, per questo, sarebbero incompatibili con le disposizioni del Trattato (si veda paragrafo 68 della sentenza).

¹²² Si segnala che il primo caso in cui la Commissione ha analizzato il meccanismo del “*capacity market*”, nello specifico relativo al sistema Inglese, si è recentemente concluso con una sentenza di compatibilità dello schema con la disciplina europea sugli aiuti. COMMISSIONE EUROPEA, *decisione SA.35980 UK capacity mechanism Electricity, Market reform – Capacity market*, 23.7.2014, C (2014) 5083 final.

¹²³ Come noto, il test per verificare la compatibilità degli aiuti con la disciplina europea è contenuto nella sentenza Altmark, richiamata *supra*, Parte III, Capitolo I, nota 63. Per l'analisi della compatibilità degli aiuti di Stato in favore dell'ambiente con la disciplina europea, si segnalano le recenti linee guida, in vigore dal 1° luglio 2014 che al paragrafo 3.5. – recano *Aiuti per l'uso efficiente delle risorse e in particolare aiuti per la gestione dei rifiuti*. COMMISSIONE EUROPEA, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020*, Comunicazione, 28.06.2014, 2014/C 200/01.

¹²⁴ In particolare, l'ultima versione del collegato ambientale alla legge di stabilità per il 2014, d.d.l. n. 1676 del 17.11.2014, *Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali*, Approvato dalla Camera dei deputati il 13 novembre 2014, al capo V contiene *Disposizioni incentivanti per i prodotti derivati da materiali post-consumo*. Per quanto qui di interesse, si segnala che l'art. 15 del citato d.d.l. prevede l'inserimento nel d.lgs. 152/2006 dei seguenti articoli: i. art. 206-ter, *Accordi e contratti di programma per incentivare l'acquisto di prodotti derivanti da materiali post consumo*; ii. art. 206-quater, *Incentivi per i prodotti derivanti da materiali post consumo*; iii. art. 206-quinquies, *Incentivi per l'acquisto e la commercializzazione di prodotti che impiegano materiali post consumo*, iv. art. 206-sexies, *Azioni premianti l'utilizzo di prodotti che impiegano materiali post consumo negli interventi concernenti gli edifici scolastici, le pavimentazioni stradali e le barriere acustiche*.

semilavorati alle imprese produttrici di beni. In questo modo, dovrebbero sorgere anche nuovi posti di lavoro e l'innovazione tecnologica nel campo della green economy dovrebbe essere favorita¹²⁵. Appare chiaro che le nuove previsioni, supponendone l'approvazione in via definitiva, per poter risultare efficaci, presuppongono lo stanziamento di fondi sufficienti a garantire l'effettiva attribuzione degli incentivi nonché l'adozione di una strategia politica globale relativa al ciclo integrato dei rifiuti. Viceversa, rischiano di andare a sommarsi alle numerose disposizioni già esistenti in favore della green economy, senza riuscire nel concreto ad affermare un nuovo mercato.

5. Conclusioni.

Il raccordo fra il mercato della raccolta e il mercato della valorizzazione dei rifiuti oggi costituisce l'anello debole della filiera, ma potrebbe diventare il catalizzatore del sistema di gestione integrata dei rifiuti.

Lo sviluppo del mercato della valorizzazione dei rifiuti, se fatto crescere nel rispetto della gerarchia dei rifiuti, infatti, potrebbe dare inizio ad un circolo virtuoso in grado di autoalimentarsi.

La richiesta di frazioni merceologiche omogenee (anche in termini di qualità) da parte dell'industria del recupero incoraggerebbe la raccolta differenziata, di conseguenza, gli operatori a monte della filiera avrebbero interesse ad offrire servizi di raccolta e selezione sempre migliori in vista dei guadagni derivati dalla cessione sul mercato delle materie raccolte.

Al contempo, la frazione indifferenziata di rifiuti non valorizzabili diverrebbe, da un lato, sempre meno e, dall'altro, avrebbe anch'essa caratteristiche merceologiche tali da poterne garantire lo sfruttamento migliore: un'accurata separazione della frazione umida da quella secca e l'avvio ad incenerimento dei soli materiali dotati di un alto potere calorifico massimizzerebbero la resa degli impianti con corrispondente riduzione nell'uso di combustibili tradizionali e, fermo restando, ovviamente, il rispetto della normativa europea in tema di emissioni, della quantità di inquinanti prodotta. Infine, un'ottimale valorizzazione dei rifiuti ridurrebbe progressivamente il ricorso alla discarica.

L'equilibrio del sistema dovrà essere trovato nel giusto rapporto fra le differenti soluzioni a disposizione. I fattori da considerare a tal proposito sono molteplici: la gerarchia dei rifiuti in primis; il costo di ciascuna delle possibili soluzioni di management dei rifiuti; la necessità di offrire un *mix* di soluzioni da combinare in maniera flessibile a seconda delle specifiche esigenze geografiche, economiche, sociali; la necessità di garantire la certezza e semplificazione del sistema legislativo e autorizzatorio, ma anche l'accettabilità sociale delle soluzioni proposte; ed ovviamente, il rispetto dei principi concorrenziali unitamente alle esigenze di tutela dell'ambiente e della salute.

Al legislatore spetta l'arduo compito del ripensamento organico dell'intera legislazione del settore dei rifiuti con i dovuti "raccordi" con le altre discipline trasversali che con essa vanno a incrociarsi; ma l'efficacia di tale intervento presuppone un chiaro impegno da parte della politica ad

¹²⁵ Si veda <http://www.minambiente.it/comunicati/cdm-approva-collegato-ambientale-lagenda-verde-del-governo>.

indicare gli obiettivi da raggiungere, ad individuare le strategie da seguire e a mettere a disposizione gli strumenti necessari per poter darvi attuazione¹²⁶.

¹²⁶ ITALIADECIDE, *Ciclo dei rifiuti: governare insieme ambiente, economia e territorio*, Rapporto 2012-2013, Bologna, Il Mulino, 2013.

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.

Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"

di CORBETTA SERENA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.
Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"
di CORBETTA SERENA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

CONCLUSIONI

Il presente contributo si è prefisso lo scopo di offrire una panoramica delle problematiche concorrenziali presenti lungo la filiera della gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati.

La sua suddivisione in parti distinte si è resa necessaria dal momento in cui la filiera della gestione dei rifiuti risulta estremamente complessa in quanto coinvolge una pluralità di mercati differenti, è interessata dall'applicazione contestuale di una molteplicità di norme e, in definitiva, è soggetta a numerose criticità che, tuttavia, ne caratterizzano talvolta solo alcuni tratti.

La scelta di isolare le singole problematiche concorrenziali ha permesso di fornire per ciascuna di queste un esame puntuale, ma effettuato tenendo sempre presente la visione organica e di insieme del problema della gestione integrata dei rifiuti.

Dall'analisi sin qui svolta possono trarsi alcune conclusioni.

In primo luogo, nel capitolo di apertura del presente lavoro, dedicato alla illustrazione delle problematiche interdisciplinari, si è chiarito come le sovrapposizioni e reciproche influenze degli obiettivi ambientali con quelli concorrenziali risultino particolarmente marcate nel settore della gestione integrata dei rifiuti che costituisce al contempo uno dei più importanti target delle politiche ambientali europee e un possibile catalizzatore di dinamiche virtuose in grado di contribuire al superamento dell'attuale momento di crisi e stagnazione economica.

Nonostante queste evidenze, nel nostro Paese, alla tematica dei rifiuti non viene dedicata la giusta attenzione e l'attuale apparato gestionale presenta gravi carenze strutturali e di sistema e risulta insoddisfacente tanto sul versante dell'applicazione della disciplina ambientale che di quella concorrenziale.

Tradizionalmente, inoltre, ambiente e concorrenza sono state ritenute due discipline in aperto contrasto fra loro. L'analisi condotta, invece, ha dimostrato che esse, in realtà, presentano numerosi punti di contatto e obiettivi di fondo comuni, che le reciproche compenetrazioni sono divenute sempre più evidenti e che, insomma, vi siano ampi margini per una loro applicazione che ne assicuri il vicendevole rafforzamento.

Infatti, le politiche di protezione dell'ambiente hanno ormai da tempo fatto proprio il ricorso a strumenti economici e di mercato, utilizzati tutte le volte in cui i classici meccanismi di *command and control* risultano inefficaci per la risoluzione di determinate problematiche. Per contro, l'utilizzo di strumenti economici ha indotto l'applicazione del diritto della concorrenza a settori tradizionalmente non interessati da tale disciplina. Le eventuali tensioni fra queste due branche del diritto devono essere riconciliate nell'ambito del principio di integrazione la cui corretta interpretazione e applicazione permette di bilanciare i diversi interessi in gioco, garantendo il rispetto dei valori ambientali a condizione che anche quelli concorrenziali siano soddisfatti.

Il secondo capitolo della parte introduttiva ha illustrato la dipendenza del flusso dei rifiuti dallo sviluppo economico e dai consumi, evidenziando la necessità di rompere questo collegamento (c.d. disaccoppiamento) e garantire la corretta gestione dei rifiuti rispettando l'ordine di priorità definito dalla gerarchia dei rifiuti.

In considerazione dell'attuale sviluppo tecnologico e scientifico, si è visto che le tecniche di prevenzione della produzione di rifiuti non sono da sole sufficienti a raggiungere l'obiettivo del dissaccoppiamento: serve ricorrere anche alle altre alternative previste nella gerarchia dei rifiuti.

In particolare, nell'ottica della totale diversione dei rifiuti dalla discarica, occorre concentrare la maggior parte degli sforzi sulle fasi di riciclaggio e recupero, sul loro antecedente logico, ossia la raccolta differenziata, nonché sul loro coordinamento.

Nella seconda parte del lavoro sono state considerate le criticità del mercato dei sistemi di esonero, o compliance schemes, introdotti per assolvere alle obbligazioni ambientali di matrice europea.

I sistemi di esonero sono stati proposti a livello europeo come modello per assicurare la gestione di svariate tipologie di rifiuti e si sono rivelati essere una soluzione molto efficace in termini di raggiungimento degli obiettivi ambientali fissati dalle direttive. I sistemi di esonero cui si è fatto specifico riferimento nel testo sono quelli dedicati alla gestione dei rifiuti di imballaggio: si tratta infatti di un circuito strettamente collegato al sistema di raccolta dei rifiuti urbani e assimilati, dei quali intercetta una parte importante.

Con l'intento di inquadrare la tematica all'interno della più ampia cornice comunitaria, un primo capitolo ha riguardato lo studio del funzionamento dei compliance schemes istituiti in alcuni Paesi europei ponendo particolare attenzione ai contrasti che questi sistemi di gestione hanno presentato con la disciplina della concorrenza, così come evidenziati dai competenti organi (a seconda dei casi, si è trattato della Commissione Europea, del Tribunale di prima istanza e della Corte di Giustizia).

Un secondo capitolo riporta le considerazioni che sono state sviluppate replicando sul compliance scheme italiano il modello di analisi delle implicazioni concorrenziali adottato in sede europea. Come la maggior parte dei sistemi analizzati, anche quello italiano presenta una *struttura multilivello* al centro della quale si trova il soggetto che si occupa dell'organizzazione del sistema di raccolta dei rifiuti ricorrendo ad una serie di contratti conclusi con altri operatori cui viene affidato lo svolgimento in concreto delle operazioni di gestione dei rifiuti. Questo soggetto, in tutti gli ordinamenti considerati, occupa una posizione dominante nel mercato di riferimento.

Diversamente dagli altri sistemi di gestione analizzati, la contrattualistica predisposta dal compliance scheme italiano, ossia il consorzio CONAI, non contiene clausole di esclusiva in favore di alcuni operatori e neppure il meccanismo di finanziamento del sistema sulla base del contributo ambientale (o "CAC") risulta in contrasto con i principi della concorrenza, anche se è stato rilevato che la sua determinazione uniforme su tutto il territorio nazionale in maniera indipendente dagli effettivi costi della raccolta differenziata e delle condizioni di mercato del servizio a livello locale, favorisce l'affermazione di "*diversi sistemi di convenienza*" che, premiando le aree dove la gestione dei rifiuti risulta già più avanzata, acuiscono il divario Nord-Sud.

Paiono invece idonei a favorire condotte anticoncorrenziali del soggetto incumbent la non uniforme rappresentanza in assemblea di tutti i portatori di interesse della filiera; l'attribuzione al soggetto incumbent di poteri di valutazione e controllo che potrebbero ostacolare l'ingresso nel

mercato di potenziali concorrenti; l'acquisizione da parte del consorzio, per il tramite dei consorzi di filiera, della proprietà dei rifiuti conferiti, situazione che, a propria volta, potrebbe creare condizioni tali da falsare le modalità di assegnazione dei materiali raccolti a riciclatori e recuperatori. Infine, come recentemente rilevato dall'AGCM, importanti potenzialità distorsive derivano dall'applicazione dell'art. 224 del d.lgs. 152/2006 che, prevedendo la possibilità di utilizzare il CAC per l'organizzazione dei sistemi di raccolta, recupero e riciclaggio dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari, favorirebbe l'espansione orizzontale della posizione di monopolio di CONAI dal mercato della raccolta dei rifiuti urbani ed assimilati a quello dei rifiuti speciali.

La terza parte del lavoro è stata dedicata al mercato della raccolta dei rifiuti.

Qualificata come servizio di interesse pubblico di rilevanza economica, la raccolta dei rifiuti risulta sottoposta alla disciplina concorrenziale, fatto salvo il disposto di cui all'articolo 106(2) TFUE che prevede la possibilità di derogare, mediante la previsione di diritti speciali o di esclusiva, ai principi generali della concorrenza qualora la loro applicazione osti al raggiungimento della missione affidata al servizio in questione.

Il sistema italiano ha previsto a tal proposito l'introduzione di un regime di esclusiva particolarmente forte: quello della privativa. L'analisi condotta ha verificato la presenza delle condizioni a giustificazione della privativa comunale rispetto al mercato della raccolta dei rifiuti urbani e assimilati in quanto caratterizzato da una situazione di monopolio naturale che non permette l'adeguato sviluppo della concorrenza *nel* mercato. Nei capitoli successivi il tema della privativa è stato ripreso, evidenziando la carenza dei presupposti minimi per il mantenimento di un tale regime restrittivo delle dinamiche concorrenziali nei mercati del recupero e trattamento e, in prospettiva della totale diversione dei rifiuti dalla discarica e dell'adeguato sviluppo del mercato del recupero e trattamento, il carattere superfluo di tale previsione nel mercato dello smaltimento.

Si è inoltre detto della indebita tendenza ad estendere l'ambito di applicazione della privativa mediante la pratica della c.d. assimilazione dei rifiuti speciali a quelli urbani, nonché ad esito delle operazioni di integrazione, in particolar modo di tipo verticale, degli operatori del settore. Su questo punto, l'AGCM ha già avuto modo di segnalare numerosi casi problematici esercitando i poteri assegnatigli dall'art. 21-bis della legge 287 del 1990; tuttavia questa funzione ha avuto un effetto meramente palliativo rispetto alla soluzione del problema alla radice. Per questo occorrerebbe, infatti, uno specifico intervento legislativo che, al fine di limitare i numerosi comportamenti abusivi rilevati, determini specifici criteri da rispettare per procedere all'assimilazione.

Posta l'ammissibilità del regime di privativa nel mercato della raccolta dei rifiuti, seppur entro i limiti illustrati dalla giurisprudenza e dall'autorità antitrust, va da sé che in tali condizioni, gli unici interventi pro concorrenziali attuabili facciano parte del tipo qualificato come "concorrenza *per* il mercato".

Tali interventi hanno coinciso in Italia con le modalità di volta in volta promosse per l'affidamento dei servizi.

L'evoluzione della disciplina dell'affidamento dimostra come il settore dei servizi pubblici si sia strenuamente opposto ai tentativi di apertura del mercato alla concorrenza, preferendo sostenere

scelte anticoncorrenziali e rigide, retaggio delle tendenze dirigiste del passato, sulla base di motivazioni che nulla hanno a che vedere con la tutela dell'ambiente o del consumatore.

L'analisi condotta ha chiarito che, indipendentemente da quello che sarà l'assetto definitivo della disciplina dell'affidamento, gli amministratori debbano sempre e comunque effettuare scelte consapevoli, basate su considerazioni di tipo economico e concorrenziale, finalizzate a garantire la gestione efficiente dei servizi.

Non è infatti possibile, né auspicabile, stabilire *a priori* quale sia la migliore forma di affidamento in termini assoluti: tutte presentano pro e contro, tutte sottendono dei costi e tutte comportano dei rischi. Ciò che occorre, invece, è l'individuazione della migliore forma di affidamento *per ciascun caso specifico*.

La quarta ed ultima parte del lavoro ha analizzato i mercati a valle della raccolta.

I recenti interventi del legislatore volti a rivitalizzare il mercato del recupero dimostrano che in tema di rifiuti continua a mancare una visione sistematica e strategica che interessi l'intero ciclo integrato e lo indirizzi, nel lungo periodo, verso una vera e propria industrializzazione.

Le peculiari problematiche concorrenziali che caratterizzano tale mercato fanno emergere con prepotenza la necessità di identificare una organizzazione concorrenziale dell'intera filiera, basata su di una chiara regolamentazione economica delle singole fasi e sull'imprescindibile coordinamento dei rapporti tra mercati a monte e a valle del ciclo.

Quella che si propone è una lettura dei problemi volutamente orientata al futuro ed avente il precipuo scopo di sottolineare come le considerazioni svolte oggi possano acquistare spessore e risultare utili domani solo se inserite all'interno di una vera e propria "*politica di gestione dei rifiuti*".

L'attuazione di ogni politica presuppone l'adozione di scelte strategiche che, come tali, non possono limitarsi a proporre palliativi alle problematiche contingenti, ma guardano al futuro e mirano alla revisione e al miglioramento dell'intero sistema globalmente inteso.

L'attualità delle problematiche considerate e l'urgenza di procedere ad una loro soluzione dovrebbero garantire al settore dei rifiuti la priorità nell'agenda del legislatore.

Unanimente viene ormai invocata una riscrittura tanto della normativa dei rifiuti, quanto di quella dei servizi pubblici e, soprattutto, ciò che viene richiesto a gran voce, in primis dagli operatori, è il coordinamento della disciplina generale con quelle di settore al fine di permettere un vero e proprio riordino della normativa esistente in modo da garantire una semplificata e più efficace gestione del comparto.

Le scelte di policy che questo passaggio richiede sono tali da non permettere più il ricorso a provvedimenti parziali e incompleti, così come il posticipo dei richiamati interventi di sistema ricorrendo all'uso della regolazione emergenziale.

In altri settori, quale quello idrico, è ormai stata raggiunta la consapevolezza che solo la stabilità legislativa, unitamente ad una strategia chiara e condivisa da perseguire possono svolgere la funzione di catalizzatore dello sviluppo economico, tecnologico, dell'innovazione e dell'investimento. In tale ambito i primi risultati già si vedono: l'attribuzione all'AEEG delle

competenze relative alla formulazione della tariffa applicabile al servizio idrico integrato e la riorganizzazione della regolazione delle spinose questioni legate al reperimento dei fondi ed all'investimento stanno lentamente rilanciando il settore.

Anche nel settore dei rifiuti l'introduzione di una autorità di regolazione indipendente, peraltro già più volte prevista a livello di normativa di rango primario, ma mai attuata a livello regolamentare e concreto, potrebbe favorire il superamento di buona parte delle difficoltà che si sono ampiamente illustrate nel testo: ad esempio regolando i prezzi, i quantitativi, i contratti, i costi, i meccanismi tariffari, gli incentivi/disincentivi per recuperare efficienza e creare concorrenza¹.

La possibilità di estendere ulteriormente le competenze dell'AEEGSI anche al settore dei rifiuti appare, peraltro, particolarmente efficace in termini di ottimizzazione delle competenze ed efficiente in termini di limitazione della spesa pubblica.

Infine, come ogni politica pubblica, anche la futura politica di gestione dei rifiuti sarà soggetta a obsolescenza, motivo per cui si renderanno necessarie *“periodiche verifiche, per evitare di tenere in vita istituti e interventi che hanno perduto la loro ragion d'essere e per evitare l'accavallarsi, per strati successivi, di politiche pubbliche, spesso tra di loro contraddittorie”*².

Tutto ciò considerato, risulta di palmare evidenza che le implicazioni economiche, sociali, ambientali e di immagine legate al settore dei rifiuti sono troppo importanti per continuare ad essere sottovalutate; si cadrebbe in un errore ancor più grave se si continuasse a non sfruttare le altrettanto evidenti possibilità, soprattutto economiche, ma anche occupazionali e sociali, che una intelligente e consapevole governance del settore è in grado di offrire alle generazioni presenti e future.

¹ CAMERANO S. et al, a cura di, *Obiettivo discarica zero*, Studio di settore 05, Cassa Depositi e Prestiti, Febbraio 2014, disponibile su http://www.cassaddpp.it/static/upload/stu/studio-di-settore-n.5-2014_rifiuti.pdf, p. 27.

² CASSESE S., *La qualità delle politiche pubbliche, ovvero del metodo nel governare*, Lectio magistralis in occasione della presentazione del Rapporto 2012 - 2013 di “Italiadecide”, Camera dei deputati, Sala della Regina, 11 febbraio 2013, disponibile su http://www.italiadecide.it/public/documenti/2014/6/01062014_Lectio_magistralis_del_prof._Sabino_Cassese.pdf.

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.
Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"
di CORBETTA SERENA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

BIBLIOGRAFIA

Tutti i documenti on-line sono stati consultati l'ultima volta in data 22.01.2015

VOLUMI

ATZORI A. et al., *La regolazione e il controllo dei servizi di gestione dei rifiuti urbani. Buone pratiche di regolazione locale*, Milano, Franco Angeli, 2010

AZZARITI A., *I principi generali in materia di affidamento dei contratti pubblici*, Università degli Studi di Bologna, Tesi di dottorato, 2007

BALDUZZI R., *Annuario DRASD 2010. Dottorato di ricerca. Autonomie locali, servizi pubblici e diritti di cittadinanza*, Milano, Giuffrè, 2010

BARDE J.P., GERELLI E., *Economia e politica dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 1980

BARNARD C., ODUDU O., *The outer limits of European Union law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2009

BONELLI E., *Amministrazione, governance e servizi pubblici locali fra Italia e Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2008

BONURA H., CASSANO M., *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica – percorsi e disciplina generale*, Torino, Giappichelli, 2011

BRUTI LIBERATI E., FORTIS M., a cura di, *Le imprese multi utility. Aspetti generali e prospettive dei settori a rete*, Bologna, Il Mulino, 2001

BRUTI LIBERATI E., DONATI F., a cura di, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010

BUCLET N., GODARD O., *Municipal waste management in Europe. A comparative study in building regimes*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers BV, 2000

BULCKAEN F., CAMBINI C., a cura di, *I servizi di pubblica utilità. Regolazione e concorrenza nei nuovi mercati*, Milano, Franco Angeli, 2000

CAFAGNO M., *Lo stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè, 2001

CAMMELLI M., DUGATO M., *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008

CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike giuridica editrice s.r.l., 2009

CARTEI G.F., RICCHI M., a cura di, *Finanza di progetto. Temi e prospettive. Approfondimenti sistematici e interdisciplinari*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.

Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"
di CORBETTA SERENA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, 16 ed., completamente riveduta, aggiornata e corredata di schemi grafici sul processo, a cura di Fabrizio Fracchia, Milano, Giuffrè, 2014
- CASSINELLI N., DEL DURO R., *La raccolta differenziata dei rifiuti e il riciclo delle materie seconde*, Milano, Franco Angeli, 2007
- CERRINA FERONI G., a cura di, *Il partenariato pubblico-privato – modelli e strumenti*, Torino, Giappichelli, 2011
- CERULLI IRELLI, CLEMENTE DI SAN LUCA G., a cura di, *La disciplina giuridica dei rifiuti in Italia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011
- CHIEPPA R., LOPILATO V., *Studi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007
- CINTIOLI F., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010
- CLARICH M., FONDERICO G., *Dizionario di diritto amministrativo*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007
- CLARICH M., a cura di, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010
- COSTATO L., PELLIZZER F. *Commentario breve al Codice dell'ambiente*, 2 ed., Padova, CEDAM, 2012
- CROCI E., *The handbook of environmental voluntary agreements. Design, implementation, and evaluation issues*, Dordrecht, Springer, 2005
- DE VINCENTI C., VIGNERI A., a cura di, *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, Il Mulino, 2006
- DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, 4 ed., Padova, CEDAM, 2003
- DELL'ANNO P., *Diritto dell'ambiente – commento sistematico al d.lgs. 152/2006, integrato dai d.lgs. 2/2008, 128/2010, 205/2010, 121/2011*, Padova, CEDAM, 2011
- DELL'ANNO P., PICOZZA E., diretto da, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, CEDAM, 2012
- DELLI PRISCOLI L., *Mercato e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2011
- DE MARZO G., DE SANTIS F., *Codice dei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2007
- DE VALLES A., ORLANDO V.E., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1935
- DE VINCENTI C., a cura di, *Finanziamento delle utilities e investimenti di lungo termine*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012
- DI GIOVANNI A., *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, Giappichelli, 2012

DHONDT N., *Integration of environmental protection into other EC policies*, Groningen, Europa Law Publishing, 2003

DUGATO M., *I servizi pubblici locali*, in CASSESE S., a cura di, *Trattato di diritto amministrativo - Parte speciale*, vol. III, Milano, 2003, p. 2581-2641

FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, Nuova Edizione 2010

FERRARI E., a cura di, *I servizi a rete in Europa – concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini*, Milano, Cortina, 2000

FERRARI E., *I contratti della Pubblica Amministrazione in Europa*, Torino, Giappichelli, 2003

FERRARI E., a cura di, *Attività economiche e attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino, Giappichelli, 2007

FERRARI G.F., *Diritto pubblico dell'economia*, 2 ed., Milano, Egea, 2013

FONDERICO G., *Il comune regolatore. Le private e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, Pisa, Edizioni ETS, 2012

FRACCHIA F., GILI L., *Ordinamento dell'Unione Europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione – profili sostanziali e processuali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013

FRANCESCHELLI R., *I consorzi industriali*, Padova, CEDAM, 1939

FRIGNANI A., PARDOLESI R., *La concorrenza*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2006

GALLO D., *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2010

GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, 3 ed., Roma, Nel diritto, 2010

GAROFOLI R. FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, 5 ed., Nel Diritto, 2012

GERBER D.J., *Global competition: law, markets, and globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2010

GIAMPIETRO F., *Commento alla direttiva 2008/98/CE sui rifiuti. Quali modifiche al codice dell'ambiente*, Wolters Kluwer Italia, 2009

GIAMPIETRO F., *La nuova disciplina dei rifiuti*, Milano, IPSOA, 2011

GILARDONI A., a cura di, *Introduzione alla economia e gestione delle public utilities*, Milano, AGICI Publishing Division, 2012

- GILARDONI A., *Introduzione alla economia e gestione delle public utilities*, 3 ed., Milano, Agici, 2014
- GIOLINI N., *Impresa, concorrenza, regole. Elementi per un'analisi economica*, Torino, Giappichelli, 2009
- GIUFFRIDA R., *Diritto europeo dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2012
- GUGLIELMETTI G., *La concorrenza e i consorzi*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1970
- HEIDE-JORGENSEN C., ET AL., *Aims and values in competition law*, Copenhagen, DJØF, 2013
- IANNONE C., *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, Giappichelli, 2009
- ITALIADECIDE, *Ciclo dei rifiuti: governare insieme ambiente, economia e territorio*, Rapporto 2012-2013, Bologna, Il Mulino, 2013
- KAULARD A., MASSARUTTO A., *La gestione integrate dei rifiuti urbani. Analisi dei costi industriali*, Milano, Franco Angeli, 1997
- KINGSTON S., *Greening EU competition law and policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012
- LIBERTINI M., voce *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto - Annali III*, Giuffrè, Milano, 2010, 192-247
- LIBERTINI M., *Le intese illecite*, in RESCIGNO P., GABRIELLI E., diretto da, *Trattato dei contratti*, Vol. 15, *I contratti nella concorrenza*, Torino, UTET, 2011
- MACCHIATI A., NAPOLITANO G., a cura di, *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, Il Mulino, 2009
- MANGINI V., OLIVIERI G., *Diritto Antitrust*, Quarta Edizione, Torino, Giappichelli Editore, 2012
- MASSARUTTO A., *I rifiuti – come e perché sono diventati un problema*, Bologna, Il Mulino, 2009
- MASTRAGOSTINO F., *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011
- MATTARELLA B. G., NATALINI A., *La regolazione intelligente – un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Collana Libri di Astrid, Firenze, Passigli Editori, 2013
- MATTEI U., PULITINI F., a cura di, *Consumatore, ambiente, concorrenza. Analisi economica del diritto*, Milano, Giuffrè, 1994
- MAZZAMUTO M., *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000

- MELE R., *Strategie e politiche di marketing delle imprese di pubblici servizi*, Padova, CEDAM, 1993
- MELE R., STORLAZZI A., *Aspetti strategici della gestione delle aziende e delle amministrazioni pubbliche*, Padova, CEDAM, 2006
- MELE R., MUSSARI R., a cura di, *L'innovazione della governance e delle strategie nei settori delle public utilities*, Bologna, Il Mulino, 2009
- MERUSI F., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990
- MONTALBETTI C., SORI E., *Quel che resta di un bene. Breve storia della raccolta differenziata e del riciclaggio di carta e cartone*, Bologna, Il Mulino, 2011
- MONZANI S., *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, Giuff , 2009
- MOTTA M., POLO M., *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2005, edizione originale, MOTTA M., *Competition policy: theory and practice*, New York, Cambridge University Press, 2004
- NAPOLITANO G., ABRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009
- NASCIMBENE B., GAROFALO L., *Studi su ambiente e diritto. Il diritto dell'Unione Europea*, Bari, Cacucci, 2012
- ODUDU O., *The boundaries of EC competition law. The scope of article 81*, New York, Oxford University Press, 2006
- ORLANDO V.E., a cura di, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Societ  Editrice Libreria, 1935
- ORTS E., DEKETELAERE K., *Environmental contracts: comparative approaches to regulatory innovation in the United States and Europe*, London, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 2001
- PEARCE D.W., TURNER R.K., *Economia delle risorse naturali e dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 1991
- PERNICE M., MININNI G., *Il sistema normativo e tecnico di gestione dei rifiuti. La nuova disciplina dopo il d.lgs. 152/2006 e la sua riforma*, Milanofiori Assago, IPSOA, 2008
- PIEROBON A., *Nuovo manuale di diritto e gestione dell'ambiente – analisi giuridica, economica, tecnica e organizzativa*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012
- POLIDORI P., *Politiche locali e organizzazione dei servizi pubblici economici*, Milano, Franco Angeli, 2005
- POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, CEDAM, 1964

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.

Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"

di CORBETTA SERENA

discussa presso Universit  Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi   tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'universit  Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

- PROSSER T., *Eu competition law and public services*, in MOSSIALOS E. et al. *Health Systems Governance in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 315-336
- RABITTI BEDOGNI C., BARUCCI C., a cura di, *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Tomo I e II, Torino, Giappichelli, 2010
- ROBOTTI L., a cura di, *Competizione e regole nel mercato dei servizi pubblici locali*, Bologna, Il Mulino, 2002
- ROSSI G., a cura di, *Diritto dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2011
- ROUSSEVA E., *Rethinking exclusionary abuses in EU competition law*, Oxford, Hart Publishing, 2010
- SBANDATI A., CIMA S., *L'economia dei rifiuti solidi urbani. Le principali grandezze economiche e strutturali dell'industria dei rifiuti urbani in Italia*, Milano, Franco Angeli, 1999
- SORANO E., et al., *L'economia delle aziende di igiene urbana*, Torino, Giappichelli, 2003
- STADERINI F., *Diritto degli enti locali*, 12. ed. variata e aggiornata, Padova, CEDAM, 2009
- STIGLITZ J.E., *Il ruolo economico dello Stato – Un saggio con i commenti di Perlman M, North D.C., Bös D., Freeman C., Wllink A.H.E.M., MacGregor I.*, Bologna, Il Mulino, 1992
- STIGLITZ J.E., *Economia del settore pubblico*, ed. italiana a cura di Giuseppe Pisauro, Milano, Hoepli, 2004
- TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, 7 ed., Padova, CEDAM, 2012
- TOWNLEY C., *Article 81 EC and public policy*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2009
- TRIMARCHI BANFI F., *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, 2 ed., Torino, Giappichelli, 2009
- UBERTAZZI L.C., et al., *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, 5 ed., Padova, CEDAM, 2012
- VEDDER H., *Competition law and environmental protection in Europe: towards sustainability?*, Groningen, Europa Law Publishing, 2003
- VIALE G., *Governare i rifiuti – difesa dell'ambiente, creazione dell'impresa, qualificazione del lavoro, sviluppo sostenibile, cultura materiale e identità sociale dal mondo dei rifiuti*, Torino, Bollati Boringhieri, 1999
- VIALE G., *Azzerare i rifiuti*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008
- VIALE G., *Opportunità occupazionali e creazione di impresa nella gestione dei rifiuti*, a cura di, Roma, Italia Lavoro, 2000
- VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, 3. ed., Milano, Giuffré, 2003

ARTICOLI

AGCM, Atti del Convegno “*Concorrenza e Autorità Antitrust. Un bilancio a dieci anni dalla legge*”, Roma, 9-10.10.2000

ALBORS-LLORENS A., *The role of objective justification and efficiencies in the application of art. 82 EC*, in *CML Rev.*, 44, 2007, pp. 1727-1761

ANTONIOLI B., *Il servizio di igiene urbana italiano tra concorrenza e monopolio*, BULCKAEN F., CAMBINI C., a cura di, *I servizi di pubblica utilità : regolazione e concorrenza nei nuovi mercati*, Milano, Franco Angeli, 2000, p. 221-244

ANTONIOLI B., *Optimal size in the waste collection sector*, in *Review of Industrial Organization*, vol. 20, n. 3, 2002, pp. 239–252

ANTONIOLI B., *Il partenariato pubblico-privato per i servizi pubblici, i rischi e l'efficienza: esperienze europee e italiane a confronto*, in *Economia delle fonti dell'energia e dell'ambiente*, n. 2, 2006, pp. 127-147

ANTONIOLI B., *Il servizio di gestione dei rifiuti tra concorrenza e autoproduzione*, in *Economia delle fonti dell'energia e dell'ambiente*, n. 1, 2008, pp. 5-16

ANTONIOLI B., MASSARUTTO A., *The municipal waste management sector in Europe: shifting boundaries between public service and the market*, working paper, CIRIEC, n. 7, 2011

ANTONIOLI B., MASSARUTTO A., *The municipal waste management sector in Europe: shifting boundaries between public service and the market*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, vol. 83, n. 4, 2012, pp. 505-532

ARGENTATI A., *La storia infinita della liberalizzazione dei servizi in Italia*, in *MCR*, n. 2, 2012, pp. 337-366

ARGENTATI A., *La riforma dei servizi pubblici locali, il parere dell'AGCM sulle delibere quadro e la sentenza n. 199/2012 della Corte Costituzionale: tanto rumore per nulla?*, in *federalismi.it*, 26.09.2012, n. 18, 2012, disponibile su <http://www.federalismi.it/federalismi/AppOpenFilePDF.cfm?artid=20860&dpath=document&dfi-le=25092012105712.pdf&content=La+riforma+dei+servizi+pubblici+locali,+il+parere+dell'AGCM+sulle+delibere-quadro+e+la+sentenza+n.+199/2012+della+Corte+costituzionale:+tanto+rumore+per+nulla?+-+stato+-+dottrina+->

ARNAUDO L., *I servizi pubblici, l'antitrust e l'articolo 23 bis. Bandoli da un imbroglio*, in *MCR*, n. 2, 2009, pp. 355-372

ARNAUDO L., *I servizi pubblici dall'anarchia al disordine: a proposito di un'autorità per acqua e rifiuti*, in *Astrid rassegna*, n. 28, 2009, disponibile su http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-28/04-12-2009/Arnaudo_SPL_26_11_09.pdf

ARNAUDO L., PIETROPAOLO G.M., *Ambiente e concorrenza. Il caso delle gestioni consortili in Italia*, in *MCR*, n. 1, 2011, pp. 163-190

ARNAUDO L., *The competition environment of packaging-waste management: some evidence from Italy*, in *ECLR*, n. 10, 2011, pp.529-534

AVINO A., *Inapplicabilità dell'art. 4 D.L. 138/2011 alle procedure di affidamento già avviate al momento della sua entrata in vigore*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 08.02.2012, disponibile su <http://www.dirittodeiservizipubblici.it/articoli/articolo.asp?sezione=dettarticolo&id=467>

AZZARITI A., *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla luce della sentenza 199/2012 della Corte Costituzionale e delle recenti novità normative*, in *Ist. fed.*, n. 4, 2012, pp. 857-880

BAILEY P. M., *The application of competition law and policy to environmental agreements in an oligopolistic market*, in SSRN, FEEM Working Paper n. 73, 2000, available at http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=248118

BERCELLI J., *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giornale dir. Amm.*, n. 2, 2013, pp. 155-168

BIO INTELLIGENCE SERVICE, *Implementing EU Waste Legislation for Green Growth*, Final Report prepared for European Commission DG ENV, 29.11.2011, available at <http://ec.europa.eu/environment/waste/studies/pdf/study%2012%20FINAL%20REPORT.pdf>

BIO INTELLIGENCE SERVICE, *Analysis of the public consultation on the green paper "European Strategy on plastic waste in the environment"*, Final Report prepared for European Commission DG ENV, 28.11.2013, available at http://ec.europa.eu/environment/waste/studies/pdf/green_paper_plastic.pdf

BLASI, E., *Le recenti aperture alla concorrenza del sistema di gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio, nota a T.A.R Lazio, Roma, Sez. II bis, 2 febbraio 2012 n. 1136*, su *RQDA*, n. 1-2, 2012, pp. 170-209

BONETTI T., *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall'instabilità nazionale alla deriva europea*, in *Munus*, n. 2, 2012, pp. 417-438

BONURA H., *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica e la potestà organizzatoria degli enti locali*, in *Giornale dir. amm.*, n. 4, 2013, pp. 398-404

BOUTE A., *Environmental Protection and EC Anti-Trust Law: The Commission's Approach for Packaging Waste Management Systems*, in *RECIEL*, vol. 15, n. 2, 2006, pp. 146-159

BRUZZONE G., *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, in *AGCM – temi e problemi*, n. 1, 1995, disponibile su http://www.agem.it/component/joomdoc/doc_download/2633-tp1.html

BUCCIROSSI P., *Scelte di policy e definizione del mercato rilevante: un modello strategico*, in *AGCM – temi e problemi*, n. 10, 2000, disponibile su http://www.agcm.it/component/joomdoc/doc_download/2642-tp10.html

BUCLET N., GODARD O., *The Evolution of Municipal Waste Management in Europe: how Different are National Regimes*, in *Journal of Environmental Policy and Planning*, vol. 3, n. 4, 2000, pp. 303-317

CABRAL M., et al, *Financial flows in the recycling of packaging waste: the case of France*, in *Pol. J. Environ. Stud.*, vol. 22, n. 6, 2013, pp. 1637-1647

CAMERANO S. et al, a cura di, *Obiettivo discarica zero*, Studio di settore 05, Cassa Depositi e Prestiti, Febbraio 2014, disponibile su http://www.cassaddpp.it/static/upload/stu/studio-di-settore-n.5-2014_rifiuti.pdf

CAPONE E., *Abolizione privativa comunale sui rifiuti urbani: effetti giuridici su pianificazione e tariffa*, in *Ambiente*, n. 4, 2005, pp. 348-350

CARISSIMI D., *Preparazione per il riutilizzo, riciclo, recupero: questo è il problema...*, in *Ambiente*, n. 7, 2011, pp. 613-620

CARISSIMI D., *Assimilabilità dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani. La potestà regolamentare municipale prima e dopo la manovra "Salva Italia"*, in *ECO, bonifiche, rifiuti, demolizioni*, n. 21, 2012

CAROSELLI A., *L'affidamento diretto tra vincoli comunitari e principio di discrezionalità*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 05.03.2013, disponibile su <http://www.dirittodeiservizipubblici.it/articoli/articolo.asp?sezione=dettarticolo&id=536>

CASEY D., *Disintegration: environmental protection and article 81 EC*, in *European Law Journal*, n. 3, 2009, pp. 362-381

CASSESE S., *La qualità delle politiche pubbliche, ovvero del metodo nel governare*, Lezione in occasione della presentazione del Rapporto 2012 - 2013 di "italiadecide", Camera dei deputati, Sala della Regina, 11 febbraio 2013, disponibile su http://www.italiadecide.it/public/documenti/2014/6/01062014_Lectio_magistralis_del_prof._Sabino_Cassese.pdf.

CAVALLO L., *L'Analisi dell'Impatto della Regolazione sulla Concorrenza*, Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione, aprile 2010, disponibile su http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2009/08/OsservatorioAIR_paper_AIRC.pdf

CAVALLO PERIN R., CASALINI D., *Control over in-house providing organisations*, in *PPLR*, n. 5, 2009, pp. 227-240

CERULLI IRELLI V., *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. Cost.*, n. 4, 2012, pp. 2900-2910.

CHIADES P., TORRINI R., *Il settore dei rifiuti urbani a 11 anni dal decreto Ronchi*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers)*, n. 22, 2008

CINTIOLI F., *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23 bis*, in *Giustamm.it*, 15.12.2009, disponibile su http://www.giustamm.it/private/new_2009/ART_3619.pdf

CINTIOLI F., *The in-house providing companies in the Italian legal system. The goal of privatization and the effects of people's will*, in *Italian antitrust review*, n. 1, 2014

CIRELLI A., *Gestione integrata dei rifiuti solidi urbani*, nell'ambito del progetto "Green Communities" di ANCI-UNCCEM, 2013

CLARICH M., *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, relazione presentata al convegno dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo su "Analisi economica e diritto amministrativo", Venezia, 29.09.2006, disponibile su http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Clarich_Ambiente_mercato.htm#_ftn5

CNEL, COMMISSIONE GRANDI OPERE E RETI INFRASTRUTTURALI (V), OSSERVATORIO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI, *Rapporto sulla competitività dei rifiuti urbani in Italia*, 2007

COASE R., *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 3, October 1960, p. 1-44

COCCO G., *L'in house providing fra giustizia amministrativa e Corte Costituzionale*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 05.07.2013, disponibile su <http://www.dirittodeiservizipubblici.it/articoli/articolo.asp?sezione=dettarticolo&id=557>

COCOZZA V., *Una nozione oggettiva di "rilevanza economica" per i servizi pubblici locali*, in *Munus*, Editoriale Scientifica, n. 1, 2011, pp. 237-244

COIZET R., *Le novità per il sistema dei consorzi*, in *Rifiuti. Bollettino di informazione normativa*, n. 2/3, 2008, pp. 55-58

COLASANTE P., *L'applicazione della tecnica premiale al settore dell'affidamento dei servizi pubblici locali*, in *Giur. Cost.*, n. 2, 2013, pp. 788-796

CONFINDUSTRIA, *Verso un uso più efficiente delle risorse per il sistema Italia, Audizione nell'ambito dell'Indagine conoscitiva sulla green economy*, Roma, 13.12.2013, disponibile su <http://www.confindustria.it/comunica/Audpar.nsf/All/ABEDF21296F5EDE2C1257C45005C374E?openDocument&MenuID=28774E98783D5002C1256EFB00356A6F>

CORTE DEI CONTI, *Audizione sul disegno di legge di stabilità per l'anno 2015*, 3 novembre 2014, disponibile su http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/controllo/sezioni_riunite/sezioni_riunite_in_sede_di_controllo/2014/audizione_03_11_2014.pdf

COSTANTINO F., *Servizi locali e concorrenza, a proposito della sent. 325 del 2010*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1, 2011, disponibile su <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Costantino.pdf>

COSTANTINO P., *Quando la lungimiranza della giurisprudenza anticipa le scelte del legislatore: il caso degli imballaggi*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, n. 9, 2012, pp. 578-580

COTTARELLI C., et al., *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, Roma, 07.08.2014, disponibile su http://revisionedellaspesa.gov.it/documenti/Programma_partecipate_locali_master_copy.pdf

CUOCOLO L., *I servizi pubblici locali nell'ordinamento giuridico italiano ed europeo*, in *Economia delle Fonti di Energia e dell'Ambiente*, Vol. 49, n. 2, 2006, pp. 37-76

DAVIES S., *UK municipal waste management: from a public service to a globalized industry*, in *Competition & Change*, vol. 11, n. 1, 2007, pp. 39-57

DE LEONARDIS F., *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *RQDA*, n. 2, 2011, pp. 14-43

DICKMANN R., *La Corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con referendum* - nota a Corte Cost., 20 luglio 2012, n. 199, in *federalismi.it*, 05.12.2012, disponibile su <http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=21334&dpath=document&dfile=05122012113305.pdf&content=La+Corte+conferma+il+divieto+di+ripristino+della+legislazione+abrogata+con+referendum+-+stato+-+dottrina+-+>

DI LIETO G.M., *I confini della giurisdizione esclusiva amministrativa*, in *Giustizia-amministrativa*, disponibile su http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/dilieto4.htm

FEDERAMBIENTE, OSSERVATORIO NAZIONALE RIFIUTI, *Linee guida sulla prevenzione dei rifiuti urbani*, febbraio 2010, disponibile su <http://www.federambiente.it/Primopiano/LineeGuida/Linee%20Guida%20Racc%20rifiuti%20Urban.pdf>

FEDERAMBIENTE, *Audizione. Commissione VIII, Ambiente, territorio e lavori pubblici della Camera dei Deputati, Esame in sede consultiva del Ddl. "Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali" (collegato ambientale alla legge di stabilità 2014 – AC 2093 Governo)*, Roma, 06.05.2014, disponibile su <http://www.camera.it/temiap/2014/06/24/OCD177-315.pdf>

FEDERAMBIENTE, UTILITATIS, *Green book 2014 – aspetti economici della gestione dei rifiuti in Italia*, Noè Edizioni Multimedia, Roma, 2014

FERRARI G.F., *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico-privati*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4, 2004, pp. 1871-1924

FERRARI G.F., *Ancora sui requisiti Teckal: la coperta è sempre più corta*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3, n. 3, 2006, pp. 1367-1372

FERRARI G.F., *Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, 2006, pp. 271-277

FERRARI G.F., *I servizi ambientali tra normativa generale, discipline di settore, competenze regionali e prospettive di riforma*, in *Economia delle fonti dell'energia e dell'ambiente*, n. 1, 2008, pp. 17-27

FISE, ASSOAMBIENTE, *Gli impianti per il trattamento dei rifiuti in Italia*, rapporto 2008-2009, disponibile su http://www.fondazionevilupposostenibile.org/f/Documenti/Rapporto_Assosambiente_08_09.pdf

FRANCHINI C., *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1, 2007, pp. 1-15

GENINATTI SATÈ L., *Sulla (ri)produzione legislativa di norme abrogate mediante referendum*, in *Giur. cost.*, n. 5, 2011, pp. 3831-3852

GERBER D.J., *The Transformation of European Community Competition Law*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 35, n. 1, 1994, pp. 97-147

GERELLI E., FRANCA C., *La 'nuova generazione' delle normative ambientali: l'esempio dei rifiuti da imballaggio. Un'analisi economica de diritto*, in MATTEI U., PULITINI F., a cura di, *Consumatore, ambiente, concorrenza. Analisi economica del diritto*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 67-109

GEHRING M.W., *Competition for Sustainability: Sustainable Development Concerns in National and EC Competition Law*, in *RECIEL*, vol. 15, n. 2, 2006, pp. 172-184

GIAMPIETRO P., *La liberalizzazione del mercato dei rifiuti urbani*, in *Ambiente*, n. 11, 2004, pp. 1013-1021

GIAMPIETRO P., *Abrogazione della privativa comunale sul recupero dei rifiuti urbani e pianificazione regionale*, in *Riv. giur. amb.*, n. 5, 2006, pp. 775-797

GILARDONI A., CLERICI S., *Dinamiche aggregative e politiche di investimento delle Utilities in Italia*, capitolo del paper a cura di Astrid, con il contributo di Veolia Servizi Ambientali, *Finanziamento delle local utilities e investimenti di lungo termine*, 2011, disponibile su https://s3.amazonaws.com/PDS3/allegati/Gilardoni_Clerici_Dinamiche-aggregative-e-politiche-di-investimento_paper-Astrid.pdf

GIOVAGNOLI R., *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, Relazione tenuta al Convegno sul codice dei contratti pubblici del 19 ottobre 2007, Palazzo Spada, per il decennale della rivista *Urbanistica e Appalti*, disponibile su http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Giovagnoli_In_house.htm

HAVERLAND M., *Convergence of National governance under European integration? The case of packaging waste*, paper prepared for presentation at the panel “The EU is domestic politics” at the Fifth Biennial International Conference of the European Community Studies Association, Seattle, Washington, USA, May 29 – June 1, 1997

IELO D., *Le gare per l'affidamento dei servizi pubblici locali dopo il “Cresci Italia”*, 17.02.2012, disponibile su <http://www.legautonomie.it/Documenti/Riforma-Servizi-pubblici/Le-gare-per-l-affidamento-dei-servizi-pubblici-locali-dopo-il-Cresci-Italia>

ILACQUA A., *L'in-house «puro» dopo la riforma della materia dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. – Cons. St.*, n. 3, 201, p. 747-767

ISPRA, *Rapporto rifiuti urbani 2012*, n. 163/2012, Servizio comunicazione ISPRA, 2012, disponibile su <http://www.isprambiente.gov.it/it/pubblicazioni/rapporti/rapporto-rifiuti-urbani-2012>

ISPRA, *Rapporto rifiuti urbani 2013*, n. 176/2013, Servizio comunicazione ISPRA, 2013, disponibile su <http://www.isprambiente.gov.it/it/pubblicazioni/rapporti/rapporto-rifiuti-urbani-edizione-2013>

ISPRA, *Rapporto rifiuti urbani 2013 – sintesi dei dati*, disponibile su http://www.isprambiente.gov.it/files/comunicati-stampa/sintesi_dati_rapporto_rifiuti_urbani_2013.pdf

ISPRA, *Rapporto rifiuti urbani 2014 – dati di sintesi*, n. 202/2014, Servizio comunicazione ISPRA, 2014, disponibile su http://www.isprambiente.gov.it/files/pubblicazioni/rapporti/RapportoRifiutiUrbani2014_web.pdf

ISTITUTO ITALIANO IMBALLAGGIO, *Linee guida per la conformità alla Direttiva 1994/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti da imballaggio*, 2011, disponibile su <http://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.conai.org%2Fhpmdoc.asp%3FIdDoc%3D1901&ei=fUJJU7boGOSK4gSljICgBA&usq=AFQjCNG -cFIznspE3nW12KsK9QiaI5Mdw&bvm=bv.64542518,d.bGQ>

ITALIADECIDE, *Ciclo dei rifiuti: governare insieme ambiente, economia e territorio, Rapporto 2012-2013*, Bologna, Il Mulino, 2013

JACOBS F., *The role of the European Court of Justice in the protection of the environment*, in *Journal of Environmental Law*, vol. 18, n. 2, 2006, pp. 185-205

KINGSTON S., *Developments in EU law: Environment*, in *International and comparative law quarterly*, vol. 59, n. 4, 2010, pp. 1129-1142

KINGSTON S., *Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition Isn't Special*, in *European Law Journal*, vol. 16, n. 6, 2010, pp. 780-805

KJØLBYE L., *The new Commission guidelines on the application of article 81(3): an economic approach to article 81*, in *E.C.L.R.*, n. 9, 2004, pp. 566-577

KLIEN M., LOSER P., *Austrian waste sector*, working paper, CIRIEC, n. 10, 2009

KOMNINOS A.P., *Non-competition concerns: resolution of conflicts in the integrated art. 81 EC*, Working paper(L), n. 8, 2005, Oxford centre for competition law and policy, available at <http://intranet.law.ox.ac.uk/ckfinder/userfiles/files/CCLP%20L%2008-05.pdf>

LAFFERTY W., HOVDEN E., *Environmental policy integration: towards an analytical framework*, in *Environmental Politics*, vol. 12, n. 3, 2003, pp. 1-22

LAGUNA DE PAZ J.C., *Protecting the Environment Without Distorting Competition*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 3, n. 3, 2012, pp. 248-257

LA PORTA S., *Il "ripristino" della normativa abrogata con referendum. Brevi note a margine della travagliata vicenda dei servizi pubblici locali*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 4, 2012, disponibile su http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/La%20Porta_1.pdf

LEGAMBIENTE, *Ridurre e riciclare prima di tutto. Il rapporto sull'ecotassa regionale per lo smaltimento in discarica. Per un nuovo sistema di premialità e penalità nel ciclo integrato dei rifiuti*, dossier, Roma, 19.11.2013, disponibile su http://www.legambiente.it/sites/default/files/docs/ridurre_riciclare_primaditutto_dossier2013.pdf

LEGAMBIENTE, *Inceneritori in Lombardia: quanto basta? La sovracapacità degli impianti di incenerimento in Lombardia: quale exit strategy per la fine dell'età delle scorie*, dossier, Milano, 20.12.2013

LEHMAN M. A., *Voluntary environmental agreements and competition policy. The case of the German system for packaging waste management*, in *Environ. Resour. Econ.*, n. 28, 2004, pp. 435-449

LENAERTS K., *Defining the concept of 'Services of General Interest' in light of the 'check and balances' set out in the EU Treaties*, in *Jurisprudence*, 19(4), 2012, pp. 1247-1267

LIANOS I., *Competition law in the EU after the Treaty of Lisbon*, in ASHIAGBOR D., LIANOS I., et al., *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 252-283

LIANOS I., *Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law*, CLES Working Paper Series, n. 3, 2013

LIANOS I., *Competition law in the European union after the Treaty of Lisbon*, in ASHIAGBOR D., et al., *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, 2012

LUCCHESI F., *La Corte di Cassazione definisce il "mercato rilevante" ai sensi della legge Antitrust*, commento a Cass. Civ. sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3638, in *Persona e mercato – rivista on-*

line, pubblicato il 12 marzo 2009, disponibile su <http://www.personaemercato.it/2009/03/mercatorilevanteeleggeantitrust/>

MAMELI B., *L'in-house tra regola ed eccezione*, in *Resp. civ. prev.*, n. 10, 2010, pp.1949-1967

MASSARUTTO A., *Municipal waste management as a local utility: Options for competition in an environmentally-regulated industry*, in *Utilities Policy*, n. 15, 2007, pp. 9-19

MASSARUTTO A., *I rifiuti vanno gestiti, non rimossi*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, Argomenti, n. 1, 2008

MASSARUTTO A., *Ci risiamo: ecco la ri-contro-ri-riforma dei servizi pubblici locali*, intervento presentato al workshop "L'attuazione dell'art. 23-bis della legge 133/2008 in materia di servizi pubblici locali", Roma, Università Tor Vergata, 23.01.2009, in *Astrid*, disponibile su http://www.astrid-online.it/Riforma-de2/Studi-e-ri/Archivio-22/A.Massarutto_La_controriforma_dei_servizi_pubblici_locali.pdf

MASSARUTTO A., DE CARLI A., GRAFFI M., *La gestione integrata dei rifiuti urbani: analisi economica di scenari alternativi*, IEFE, Rapporto n. 5, 2010

MASSARUTTO A., *The brown side of the green economy: urban garbage and the zero waste utopia*, in *Economics and policy of energy and the environment*, n. 3, 2012, pp. 81-110

MASSARUTTO A., *The long and winding road to resource efficiency – An interdisciplinary perspective on extended produced responsibility*, in *Resources, Conservation and Recycling*, n. 85, 2014, pp. 11-21.

MASSARUTTO A., *Rifiuti: bruciarli meglio, per bruciarne meno*, in *Lavoce.info*, 03.10.2014, disponibile su <http://www.lavoce.info/rifiuti-bruciarli-meglio-per-bruciarne-meno/>

MASSIMINO F., PRATI L., *I consorzi di filiera e la normative sulla concorrenza*, in *Ambiente*, n. 1, 1999, pp. 44-47

MAZZAMUTO M., *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, n. 6, 2009, p. 1571-1598

MAZZAMUTO M., *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"*, in *Giur. it.*, 2013, 1416-1420

MAZZANTI M., *Is waste generation de-linking from economic growth? Empirical evidence for Europe*, in *Applied Economics Letters*, 2008, 15, pp. 287-291

MAZZANTI M., et al, *Municipal waste generation and the EKC hypothesis new evidence exploiting province-based panel data*, in *Applied Economics Letters*, 2009, 16, 719–725

MEDUGNO M., *Il contributo ambientale sugli imballaggi*, in *Ambiente*, n. 11, 1998, pp. 889-891

MONTI G., *Art. 81 an EC competition policy*, in *CMLR*, n. 39, 2002, pp. 1057-1099,

MONTI G., *EC competition law: the dominance of economic analysis?*, in ZÄCH R., et al., *The development of competition law – global perspectives*, ASCOLA competition law series, Edward Elgar Edition, Cheltenham (UK) - Northampton (US), 2010, pp. 3-28

MONTI G., *Managing the intersection of utilities regulation and EC competition law*, LSE working papers, n. 8, 2008

MONTANARO R., *La gestione dei rifiuti urbani: una difficile svolta*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2, 2005, pp. 263-292

MURATORI A., *Riduzione dell'ambito della privativa comunale sulla gestione dei rifiuti urbani e implicazioni tariffarie: parliamone ancora*, in *Ambiente*, n. 1, 2006, pp. 41-46

NESPOR, S., *I contratti ambientali: una rassegna critica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2003, pp. 962-973

NEUMAYER E., *German packaging waste management: a successful voluntary agreement with less successful environmental effect*, in *European environment*, n. 10, 3, 2000, pp. 152-163

NIGRO M., *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, pp. 119-195

NOLEN N., *Competition Law versus Trade Mark Law in the Waste Recovery Sector: An analyses of Der Grüne Punkt- Duales System Deutschland GmbH v Commission Making money out of waste*, Lund University, 2013, available at [http://qr.jur.lu.se/quickplace/jaen40/Main.nsf/0/0C9A7ABAC4A7E400C1257AEE00426242/\\$file/Nathalja%20Nolen.pdf](http://qr.jur.lu.se/quickplace/jaen40/Main.nsf/0/0C9A7ABAC4A7E400C1257AEE00426242/$file/Nathalja%20Nolen.pdf)

NORDIC COMPETITION AUTHORITIES, *Competition Policy and Green Growth - Interactions and challenges*, Joint report, October 2010, available at <http://www.kapping.fo/get.file?ID=9578>

OCCHILUPO R., et al., *Le scelte di localizzazione delle opere pubbliche: il fenomeno Nimby*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers)*, n. 91, 2011

ODUDU O., *The Wider Concerns of Competition Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, n. 3, 2010, pp. 599-613

OFFICE OF FAIR TRADING, *Article 101(3) – a discussion of narrow versus broad definition of benefits*, discussion note for OFT breakfast roundtable, 2010

OSSERVATORIO NAZIONALE RIFIUTI, *Rapporto annuale sulla gestione dei rifiuti – Il sistema integrato di gestione dei rifiuti in Italia: trasformazioni e tendenze*, 2006, disponibile su http://www.vasfvgaltolivenza.it/3_ATTIVITA'/02_RIFIUTI/per%20saperne%20di%20pi%C3%B9/Rapporto%20rifiuti%202006/ONR%202006/RapRif_Premessa_2006.pdf

PALLIGGIANO G., *L'evoluzione legislativa della gestione dei servizi pubblici locali dalla legge Giolitti al Testo Unico degli enti locali*, approfondimento della relazione presentata al convegno "La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica", Vallo della Lucania, 26.06.2009,

disponibile su http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/200_5_Palliggiano_La_disciplina_dei_servizi_publici_lo_calii.htm

PANSARDI I., VILLANI M., *Ecotassa: tributo speciale per il deposito dei rifiuti solidi in discarica*, 20.01.2014, disponibile su <http://www.filodiritto.com/articoli/pdf/2014/01/ecotassa-tributo-speciale-per-il-deposito-dei-rifiuti-solidi-in-discardica?id8=3>

PEARCE D., TURNER R.K., *The economics of packaging waste management: a conceptual overview*, Centre for Social and Economic Research on the Global Environment (CSERGE), Working Paper WM 92-03, University College London and University of East Anglia, 1991

PERFETTI L.R., *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2006, pp. 387-446

PIPERATA G., *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, n. 1/2011

POLIMANTI P., *Le principali novità nei servizi pubblici locali. Alcuni aspetti problematici della riforma*, in *Amministrazione in cammino*, 13.01.2010, disponibile su <http://amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/03/Riforma-1.pdf>

PORTER M.E., VAN DER LINDE C., *Toward a New Conception of the Environment-Competitiveness Relationship*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 9, n. 4, 1995, pp. 97-118

QUARANTA A., *Incenerimento con recupero di energia: procedimenti davanti alla Corte di Giustizia CE*, in *Ambiente*, n. 2, 2003, p. 175-180

QUARANTA A., *La Corte di Giustizia CE su incenerimento di rifiuti e recupero energetico*, in *Ambiente*, n. 8, 2003, p. 768-770

QUARANTA A., *Il nuovo incenerimento dei rifiuti alla luce delle modifiche introdotte dallo #SbloccaItalia: aguzzate la vista...*, in *Ambiente*, n. 1, 2015, p. 5-13.

RAPICAVOLI C., *La gestione dei rifiuti urbani in Ambiti Territoriali Ottimali - La pianificazione - Il venir meno della privativa comunale per le attività di recupero*, in *Ambienteditto.it*, 2004, disponibile su http://www.ambienteditto.it/dottrina/Dottrina%202004/gestione_rifiuti_urbani_rapicavoli.htm

ROLANDO F., *La raccolta e il trattamento dei rifiuti nell'ambito della disciplina dei servizi di interesse economico generale*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1, 2012, pp. 211-228

ROSE I., *Producer responsibility and the EC competition law*, in *Business Law International*, n. 4, 2000, p. 310-238

SABBATINI D., *I servizi pubblici locali tra mercato e regolazione*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers)*, n. 19, 2008

SALAMONE V., *La valorizzazione dei rifiuti come risorsa energetici: i termovalorizzatori nella normativa e nella giurisprudenza*, relazione tenuta nel corso del convegno “Ambiente é sviluppo”, Siracusa, 12 e 13 giugno 2009, disponibile su http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/200907_salamone_%20i_termovalorizzatori.htm

SANTACROCE C.P., *Osservazioni sul «partenariato pubblico-pubblico», tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Giustamm.it*, 26.6.2014

SJÖSTRÖM M., ÖSTBLOM G., *Decoupling waste generation from economic growth — A CGE analysis of the Swedish case*, in *Ecological Economics*, 69, 2010, pp.1545–1552

SCHNURER H., *German Waste Legislation and Sustainable Development: - Development of waste legislation in Germany towards a sustainable closed substance cycle*, guest lecture at the workshop organised by the Alexander von Humboldt Foundation, the International Institute for Advanced Studies (IIAS) in Kyoto, Japan, 29.11. – 1.12.2002, available at http://www.bmub.bund.de/fileadmin/bmu-import/files/pdfs/allgemein/application/pdf/entwicklung_abfallrecht_uk.pdf

SPADONI B., *I servizi pubblici locali dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 03.02.2003, disponibile su <http://www.dirittodeiservizipubblici.it/articoli/articolo.asp?sezione=dettarticolo&id=20>

SPADONI B., *La sindrome Nimby nelle infrastrutture pubbliche. Il caso dell'ambiente*, 01.11.2010, disponibile su <http://www.dirittodeiservizipubblici.it/articoli/articolo.asp?sezione=dettarticolo&id=410>

SPADONI B., *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali - I riflessi sulla concorrenza e sulla politica industriale*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 21.03.2012, disponibile su <http://www.dirittodeiservizipubblici.it/articoli/articolo.asp?sezione=dettarticolo&id=473>

STEFANANGELI F., GALETTI BEER M., *L'evoluzione del principio di evidenza pubblica*, 11.01.2011, in *Amm. cont.*, disponibile su <http://www.contabilitapubblica.it/Archivio10/Dottrina/evol.pdf>

STOJANOVIĆ B., RADUKIĆ S., *EU Environmental Policy and Competitiveness*, in *Panoeconomicus*, n. 4, 2006, pp. 471-485

STOTHERS C., *CFI upholds 'compulsory licences' of Green Dot trade mark*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 2, n. 10, 2007

SUFRIN B., *The evolution of Article 81(3) of the EC Treaty*, in *Antitrust Bull.*, vol. 51, n. 4, 2006, p. 915-981

TESEI V., ESPOSITO F.M., *Opening the market for municipal paper waste in Italy: the AKRON case*, in *Italian antitrust review*, n. 2, 2014

TOWNLEY C., *Is anything more important than consumer welfare (in article 81 EC)? Reflections of a community lawyer*, in *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.*, 2007-2008, p. 345-381

TOWNLEY C., *Which goals count in article 101 TFEU?: Public policy and its contents*, in *ECLR*, n. 9, 2011, p. 441-448

TRICARICO A., *La gestione integrata dei rifiuti. Dall'entrata in vigore del Codice dell'ambiente alla bocciatura della cd. seconda liberalizzazione (Osservazioni a Corte Costituzionale 199 del 2012)*, in *Giustamm.it*, 29.08.2012

TRIMARCHI BANFI F., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di legittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5, 2012, pp. 723-744

TRIMARCHI BANFI F., *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, n.1-2, 2013, p. 15-51.

UK DEPARTMENT FOR ENVIRONMENT FOOD AND RURAL AFFAIRS, *The economics of waste and waste policy*, revised version March 2012, available at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/69500/pb13548-economic-principles-wr110613.pdf

UK HEALTH PROTECTION AGENCY, *The Impact on Health of Emissions to Air from Municipal Waste Incinerators*, 2009, available at http://www.seas.columbia.edu/earth/wtert/sofos/HPA_Incinerator_Advice_Sept_09.pdf

UK OFFICE OF FAIR TRADING, *More competition, less waste – public procurement and competition in the municipal waste management sector*, May 2006, available at http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft841.pdf

URBANO G., *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto dell'in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in *Amministrazione in cammino*, 04.09.2012, disponibile su http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2012/08/Urbano_In-house-providing.pdf

VAN DER VIJVER T., *Article 102 TFEU: how to claim the application of objective justification in the case of prima facie dominance abuses?*, in *Journal of European Competition law & Practice*, vol. 4, n. 2, 2013, p. 121-133

VAN HEES S.R.W., *A sustainable competition policy for Europe*, Master thesis, Utrecht University, 2011, available at: <http://www.uu.nl/faculty/leg/NL/organisatie/departementen/departementrechtsgeleerdheid/organisatie/onderdelen/europainstituut/Pages/MasterscriptiesEuropaInstituut.aspx>

VEDDER H., *Exclusivities in Collective Packaging Waste Management Schemes and EU Competition Law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 2, n. 4, 2011, pp. 346-348

VERDURE C., *The Enforcement of Competition Law in the Waste Sector: Review in Light of the Relevant Market's Definition*, Maastricht Faculty of Law Working Paper n. 2011/10. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1941648> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1941648>

VERDURE C., *Competition law in the waste sector: how to define the relevant market*, in ECLR, n. 4, 2012, pp. 165-174

VISCO COMANDINI VINCENZO, *I servizi di interesse economico generale e il loro finanziamento*, in *Astrid rassegna*, n. 16, 2009, disponibile su http://www.astrid-online.it/Riforma-de2/Studi-e-ri/Archivio-22/Visco-Comandini_servizi-inter-ec-generale_09_09.pdf

VISHWAKARMA V., et al., *Safety and risk associated with nanoparticles – A review*, in *Journal of Minerals & Materials Characterization & Engineering*, Vol. 9, n.5, 2010, p.455-459

VOGELAAR F., *Modernisation of EC Competition Law, Economy and Horizontal Cooperation*, in *Intereconomics*, January-February 2002, pp. 19-27

VOLPE C., *I servizi pubblici (art. 7, 1° co., lett. a) della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in CERULLI IRELLI V., *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 91-130

VOLPE C., *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione: certezze e incertezze del sistema*, in *Urb. app.*, n. 5, 2005, pp. 563-577

VOLPE C., *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23-bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, relazione presentata al convegno "Appalto pubblico: chance di sviluppo efficiente", Ravello, 14/15.10.2011, disponibile su http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Volpe_Appalti_publici_e_servizi_publici_per_publicazione.htm

VOLPE C., *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in *Giustamm.it*, 13.12.2011

VOLPE C., *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, relazione presentata al corso di aggiornamento "Servizi pubblici locali e società partecipate", Roma, 25.11.2013, in *Giustamm.it*, 26.11.2013

VOLPE C., *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in *Giustamm.it*, n. 3, 2014

VOLPE C., *L'affidamento in house. Questioni aperte sulla disciplina applicabile*, in *Giustamm.it*, 29.07.2014

WALSER T., et al., *Persistence of engineered nanoparticles in a municipal solid-waste incineration plant*, in *Nature Nanotechnology*, n. 7, 2012, p. 520–524

WASMEIER M., *The integration of environmental protection as a general rule for interpreting Community law*, in CMLR, vol. 38, n. 1, 2001, p. 159-177

WILK B.S., *The application of environmental policies to competition law. What can be the influence of environmental and ecological economics in the balancing of art. 101(3) TFEU? Assessment on the example of energy savings, waste disposal, and natural resources cases*, Master thesis, Utrecht University, 2013, available at: http://www.uu.nl/SiteCollectionDocuments/REBO/REBO_RGL/REBO_RGL_ISEP/Bartlomiej%20Wilk%20law%20and%20sustainability%20research%20paper.pdf

WITT A.C., *Public policy goals under EU competition law- now is the time to set the house in order*, in *European Competition Journal*, n. 3, 2012, pp. 443-471

ZICARO V., *Il regime dei servizi pubblici locali: nozione 'sospesa' tra modifiche legislative ed esigenze di liberalizzazione*, in *Giustamm.it*, 31.12.2013

DOCUMENTI UNIONE EUROPEA

I documenti della Commissione Europea sono tutti reperibili sul portale legislativo dell'Unione Europea Eur-lex

COMMISSIONE EUROPEA, *XXV Relazione sulla politica di concorrenza – 1995*, Bruxelles-Lussemburgo, 1996

COMMISSIONE EUROPEA, *I servizi d'interesse generale in Europa*, 26.09.1996, pubblicato in GU 1996/C 281/03

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo sugli accordi ambientali*, 27.11.1996, COM(96) 561 definitivo

COMMISSIONE EUROPEA, *Gli appalti pubblici nell'Unione Europea: Comunicazione della Commissione*, 11.03.1998, COM(98)143 def.

COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 96 del Trattato CE, Programma della Commissione n. 99/027*, in GUCE 1999/C 132/01

COMMISSIONE EUROPEA, *XXVIII Relazione sulla politica di concorrenza – 1998*, Bruxelles-Lussemburgo, 1999

COMMISSIONE EUROPEA, *Linee direttrici sulle restrizioni verticali: Comunicazione della Commissione*, 13.10.2000, pubblicato in GU 2000/C 291/01

COMMISSIONE EUROPEA, *XXX Relazione sulla politica di concorrenza – 2000*, Bruxelles-Lussemburgo, 2001

COMMISSIONE EUROPEA, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 81 del Trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale*, 06.01.2001, pubblicato in GU 2001/C 3/02

COMMISSIONE EUROPEA, *Ambiente 2010: il nostro futuro, la nostra scelta - Sesto programma di azione per l'ambiente: Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni sul Sesto programma di azione per l'ambiente della Comunità europea*, 24.01. 2001, COM(2001)0031 def.

COMMISSIONE EUROPEA, *Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore- Strategia dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile (Proposta della Commissione per il Consiglio europeo di Göteborg): Comunicazione della Commissione*, 15.05.2001, COM(2001)0264 def.

COMMISSIONE EUROPEA, *XXXI Relazione sulla politica di concorrenza – 2001*, Bruxelles-Lussemburgo, 2002

COMMISSIONE EUROPEA, *Gli accordi ambientali a livello di Comunità nel quadro del piano di azione "Semplificare e migliorare la regolamentazione": Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale, al Comitato delle Regioni*, 17.07.2002, COM(2002)412 def.

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.

Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"

di CORBETTA SERENA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

COMMISSIONE EUROPEA, *I servizi d'interesse generale in Europa: Comunicazione della Commissione*, 19.01.2001, pubblicato in GU 2001/C 17/04

COMMISSIONE EUROPEA, *Notifica di una serie di accordi (Caso COMP/38.051, Pro Europe)*, 2001/C 153/04

COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde sui servizi di interesse generale*, 21.05.2003, COM(2003)270

COMMISSIONE EUROPEA, *Politica integrata dei prodotti - Sviluppare il concetto di "ciclo di vita ambientale": Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo*, 18.6.2003, COM(2003)302 def.

COMMISSIONE EUROPEA, *Sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza - Comunicazione della Commissione*, in G.U. 97 /C 372/ 03

COMMISSIONE EUROPEA, *XXXIII Relazione sulla politica di concorrenza – 2003*, Bruxelles-Lussemburgo, 2004

COMMISSIONE EUROPEA, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 del Trattato*, Comunicazione, in GUUE 2004/C 101/08

COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 30.04.2004, COM(2004)327 def.

COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco sui servizi d'interesse generale: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni*, 12.05.2004, COM(2004)374 def.

COMMISSIONE EUROPEA, *Una piattaforma d'azione: Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Consiglio e al Parlamento Europeo sul riesame della strategia per lo sviluppo sostenibile*, 13.12.2005, COM(2005)658 def.

COMMISSIONE EUROPEA, *Strategia tematica per l'uso sostenibile delle risorse naturali: Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni*, 21.12.2005, COM(2005)670 def.

COMMISSIONE EUROPEA, *Portare avanti l'utilizzo sostenibile delle risorse: una strategia tematica sulla prevenzione e il riciclaggio dei rifiuti: Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni*, 21.12.2005, COM(2005)666 def.

COMMISSIONE EUROPEA, *XXXV Relazione sulla politica di concorrenza – 2005*, Bruxelles-Lussemburgo, 2006

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non solo o parzialmente disciplinate dalle Direttive "appalti pubblici"*, 01.08.2006, COM 2006/C 179/02

COMMISSIONE EUROPEA, *Attuazione della direttiva 94/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio e sul suo impatto sull'ambiente e sul funzionamento del mercato interno - Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo*, 06.12.2006, COM(2006) 767 def.

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo, al Comitato delle Regioni che accompagna la comunicazione "Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo" - I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, Bruxelles, 20.11.2007, COM(2007) 725 definitivo

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, 05.02.2008, C(2007)6661

COMMISSIONE EUROPEA, *"Produzione e consumo sostenibili" e "Politica industriale sostenibile": Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni sul piano d'azione*, 16.7.2008, COM(2008)397 def.

COMMISSIONE EUROPEA, *Riesame della politica ambientale, Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo*, Bruxelles, 24.6.2009, COM(2009) 304 def.

COMMISSIONE EUROPEA, *Mobilizzare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato: Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni*, 19.11.2009, COM(2009)615 def.

COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, 19.05.2010, pubblicato in GU 2010/C 130/01

COMMISSIONE EUROPEA, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, 14.01.2011, pubblicato in GU 2011/C 11/01

COMMISSIONE EUROPEA, *Documento di lavoro dei servizi della Commissione concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")*, Bruxelles, 4.10.2011, SEC (2011) 1169 def.

COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici*, 20.12.2011, COM(2011)896 def. 2011/0438 (COD)

COMMISSIONE EUROPEA, *Tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al consiglio, al comitato Economico e sociale Europeo, e al Comitato delle Regioni*, 20.09.2011, COM(2011)571 def.

COMMISSIONE EUROPEA, *Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese: Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni*, 25.10.2011, COM(2011)681 def.

COMMISSIONE EUROPEA, *Ambiente: l'alchimia dei rifiuti – come alcuni Stati membri li tramutano in risorsa*, Comunicato stampa, 16.04.2012, IP/12/369

COMMISSIONE EUROPEA, *Una strategia europea per i rifiuti di plastica nell'ambiente, Libro verde*, COM(2013) 123 final, Bruxelles, 07.03.2013

COMMISSIONE EUROPEA, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020*, Comunicazione, 28.06.2014, 2014/C 200/01

COMMISSIONE EUROPEA, SA.35980 *UK capacity mechanism Electricity, Market reform – Capacity market*, decisione, 23.7.2014, C (2014) 5083 final

CONSIGLIO EUROPEO, *Regolamento n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in GUCE 4.1.2003 L 1/1

EUROPEAN COMMISSION, DG COMPETITION, *Paper concerning issues of competition in waste management systems*, 22.09.2005, available at http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/waste_management.pdf

EUROPEAN COMMISSION, DG COMPETITION, *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Brussels, December 2005

EUROPEAN COMMISSION, *Competition: Commission consults on new regime for assessment of horizontal co-operation agreements – Frequently asked questions*, Brussels, 04.05.2010, MEMO/10/163

EUROPEAN COMMISSION, *Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and social Committee and the Committee of the Regions on the Thematic Strategy on the Prevention and Recycling of Waste*, 19.01.2011, COM(2011)13 final

EUROPEAN COMMISSION, *Guidelines on the interpretation of the R1 energy efficiency formula for incineration facilities dedicated to the processing of Municipal Solid Waste according to Annex II of Directive 2008/98/EC on waste*, June 2011

EUROPEAN COMMISSION, *Guidance on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste*, June 2012

EUROPEAN COMMISSION, *European Commission welcomes the 7th Environment Action Programme becoming law*, Brussels, 20.11.2013, MEMO//13/1020

EUROPEAN COMMISSION, *Antitrust: Commission investigates possible foreclosure of competitors from Austrian markets for management of packaging waste*, Press release, Brussels, 15 July 2011, IP/11/893

EUROPEAN COMMISSION, *European Commission welcomes the 7th Environment Action Programme becoming law*, Brussels, 20.11.2013, MEMO/13/1020

EUROPEAN COMMISSION, *The Commission defines the principles of competition for the packaging-waste disposal market*, Brussels, 15 June 2001, IP/01/850

EUROPEAN COMMISSION, *Antitrust: Commission sends statement of objections to ARA for suspected abuse of dominance on Austrian waste management markets*, Press release, Brussels 18 July 2013, IP/13/711.

EUROPEAN ENVIRONMENTAL AGENCY, *Managing municipal solid waste — a review of achievements in 32 European countries*, Report n. 2, 2013

EUROPEAN PARLIAMENT, *Natural Resources and Waste*, European Parliament Fact Sheets - 2014, available at http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_5.4.7.pdf

EUROSTAT – STATISTICAL OFFICE OF THE EUROPEAN UNION, *Sustainable development in the European Union, 2009 monitoring report of the EU sustainable development strategy*, Eurostat statistical books, 2009, available at http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Waste_statistics

PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO EUROPEO, *Vivere bene, entro i limiti del nostro pianeta: Decisione del Parlamento Europeo e del Consiglio su un programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020*, decisione n. 1386/2013/UE del 20.11.2013, in G.U.U.E. L 354/171 del 28.12.2013

PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione sul Libro verde sui servizi di interesse generale*, COM(2003) 270 – 2003/2152(INI)

PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 26.10.2006, 2006/2043(INI)

PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione su una strategia europea per i rifiuti di plastica nell'ambiente*, (2013/2113(INI)), 14.01.2014

REGIONAL ENVIRONMENTAL CENTER FOR CENTRAL AND EASTERN EUROPE, *Handbook on the Implementation of EC Environmental Legislation*, Regional Environmental Center Umweltbundesamt GmbH, 2008 available at <http://ec.europa.eu/environment/enlarg/handbook/handbook.htm>

DOCUMENTI AGCM

AGCM, *Recepimento delle direttive comunitarie in materia di rifiuti*, AS80, 04.12.1996

AGCM, *Gestioni in salvaguardia di servizi idrici e rifiuti urbani e gestione dei servizi ambientali*, AS339, 30.05.2006

AGCM, *Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in-house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi*, AS375, 28.12.2006

AGCM, *Audizione del Presidente dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato presso la Commissione Parlamentare di inchiesta sul ciclo dei rifiuti e sulle attività illecite ad esso connesse*, 07.11.2007, disponibile su http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/1126-audizione-061107.html

AGCM, *Indagine conoscitiva riguardante il settore dei rifiuti da imballaggio*, IC(26), Decisione n. 18585 del 3 luglio 2008

AGCM, *Misure straordinarie in materia di risorse idriche e di protezione dell'ambiente*, AS500, 24.02.2009

AGCM, *Osservazioni in merito alle determinazioni della Regione Lazio in materia di gestione dei rifiuti solidi urbani e assimilati*, AS550, 15.07.2009

AGCM, *Gestione dei rifiuti cartacei-Comieco*, I-730, avvio istruttoria, provv. n. 20392, 24.03.2010

AGCM, *Gestione dei rifiuti in provincia di Macerata*, AS696, 01.06.2010

AGCM, *Gestione dei rifiuti cartacei-Comieco*, I-730, pubblicazione impegni, provv. n. 21745, 03.11.2010

AGCM, *Gestione dei rifiuti cartacei-Comieco*, I-730, chiusura istruttoria, provv. n. 22212 del 16.03.2011

AGCM, *Disegno di legge AS n. 2887 di conversione del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, recante Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo*, AS864, 26.08.2011

AGCM, *Regione Emilia-Romagna – Servizio di gestione dei rifiuti nella provincia di Parma*, AS879, 15.09.2011

AGCM, *Attività di tutela e promozione della concorrenza*, 2011

AGCM, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, AS901, 05.01.2012

AGCM, *Affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti solidi urbani del Comune di Messina*, provv. n. 23396, 14.03.2012

Tesi di dottorato "Servizi pubblici, ambiente e concorrenza.

Analisi delle problematiche concorrenziali lungo la filiera di gestione integrata dei rifiuti"

di CORBETTA SERENA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2015

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

AGCM, *Criteri di assimilabilità dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani*, AS922, 29.03.2012

AGCM, *HERA/ACEGAS – APS Holding*, C11744, 28.09.2012

AGCM, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013*, AS988, 02.10.2012

AGCM, *AKRON/Gestione rifiuti urbani a base cellulosica*, provv. n. 24098, 05.12.2012

AGCM, *Vademecum per le stazioni appaltanti. Individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici*, 18.09.2013

AGCM, *AKRON/Gestione rifiuti urbani a base cellulosica*, provv. n. 24634, 28.11.2013

AGCM, *AKRON/Gestione rifiuti urbani a base cellulosica*, provv. n. 24819, 27.02.2014

AGCM, *Norme tecniche di attuazione della proposta di piano regionale di gestione dei rifiuti*, AS1136, 01.07.2014

AGCM, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2014*, AS1137, 04.07.2014

AGCM, *CONAI – Gestione rifiuti da imballaggi in plastica*, A476, 17.07.2014

AGCM, *Mercato della gestione dei rifiuti solidi urbani*, IC(49), Provvedimento n. 25057, del 1° agosto 2014

AGCM, *Audizione del Presidente dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato Prof. Giovanni Pitruzzella sul tema dei profili concorrenziali nell’ambito della gestione dei rifiuti solidi urbani, anche con riferimento alle attività dei consorzi per la raccolta*, Roma, 6 novembre 2014, disponibile su http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/4511-audizione-20141106.html

DOCUMENTI COMUNITA' INTERNAZIONALE

OCSE, *Guiding Principles concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*, Recommendation n. 128, 1972

OECD, *Applying economic instruments to packaging waste: practical issues for product charges and deposit refund systems*, OECD Environment monographs n. 82, 1993, OCDE/GD(93)194

OECD, *Competition policy and environment*, 1996, OCDE/GD(96)22

OECD, *Case study on the German packaging ordinance*, 1998, unclassified, ENV/EPOC/PPC(97)21/REV2

OECD, *Competition in local services: solid waste management*, 02.08.2000, DAFFE/CLP(2000)13

OECD, *Extended Producer Responsibility: A Guidance Manual for Governments*, Paris, France, 2001

OECD, *Recommendation of the Council on the Environmentally Sound Management of Waste*, 09.06.2004, C(2004)100, Amended on 16.10.2007, C(2007)97

OECD, *Environmental regulation and competition*, 17.11.2006, DAF/COMP(2006)30

OECD, *Guidance Manual for the Implementation of the OECD Recommendation C(2004)100 on Environmentally Sound Management (ESM) of Waste*, Paris, 2007

OECD, *Horizontal Agreements in the Environmental Context*, 24.11.2011, DAF/COMP(2010)39

OECD, *Waste management services - Background Paper*, 04.04.2014, DAF/COMP(2013)26

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, *Report of the United Nations conference on Environment and Development*, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992, Annex I, Rio declaration on Environment and development, A/CONF.151/26 (Vol. I), 12 August 1992

UNITED NATIONS, ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, *Report of the United Nations Economic Commission for Europe/Eurostat/European Environment Agency Workshop on Waste Statistics*, held in Geneva, 11-13 April 2012, ECE/CEP-CES/GE.1/2012/2

PAGINE WEB

CONAI, *La gestione dei rifiuti di imballaggio. La soluzione CONAI*, 15 gennaio 2013, disponibile su http://www.mi.camcom.it/c/document_library/get_file?uuid=f77db514-6fe1-4913-ac17-28772257d70a&groupId=10157

Pagina della Commissione europea dedicata all'ambiente: <http://ec.europa.eu/environment/waste/>

Strategia europea per lo sviluppo sostenibile, disponibile su <http://eurlex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=it&ihmlang=it&lng1=it,en&lng2=da,de,el,en,es,fi,fr,it,nl,pt,sv,&val=256348:cs&page>

Pagina della Commissione europea dedicata al Sesto Programma d'Azione per l'ambiente – *Ambiente 2010, il nostro futuro, la nostra scelta*, disponibile su http://europa.eu/legislation_summaries/agriculture/environment/128027_it.htm

Pagina dell'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca ambientale (“ISPRA”) sulla Life Cycle Analysis (“LCA”), disponibile su <http://www.isprambiente.gov.it/it/temi/mercato-verde/life-cycle-assessment-lca>

Pagina della Commissione Europea – Eurostat dedicata a *Waste Statistics*, dati aggiornati a luglio 2013, disponibile su http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Waste_statistics

Pagina della Commissione Economica delle Nazioni Unite per l'Europa (“UNECE”) dedicata alla produzione di rifiuti, dati aggiornati al 2009, disponibile su <http://www.unece.org/statistics/news/newswaste-statistics.html>

Rifiuti solidi urbani: una risorsa energetica, Studio dell'Università di Bergamo, disponibile su http://www.unibg.it/dati/corsi/39048/52380-WTE_note.pdf

Enciclopedia Treccani, dizionario di economia e finanza (2012), definizione di *Command and control*, disponibile su [http://www.treccani.it/enciclopedia/command-and-control_\(Dizionario-di-Economia-e-Finanza\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/command-and-control_(Dizionario-di-Economia-e-Finanza)/)