

IL MECCANISMO DI ETERO-INTEGRAZIONE DEI CONTRATTI DEL SERVIZIO DI GESTIONE INTEGRATA DEI RIFIUTI TRA COSTI EFFICIENTI AMMESSI A COPERTURA E RISULTATI DELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

The mechanism of external integration of contracts for the integrated waste management service between efficient costs eligible for coverage and results of the public procurement

Saul Monzani *

Abstract [It]: Il saggio, dopo avere ricostruito i caratteri della potestà normativa svolta dalle autorità indipendenti, si concentra sul profilo inerente alla capacità di etero-integrazione dei contratti del servizio di gestione integrata dei rifiuti. In particolare, viene analizzata la questione relativa al riconoscimento dei costi ammessi a copertura in base all'applicazione del Metodo Tariffario Rifiuti qualora essi risultino superiori rispetto ai prezzi stabiliti nel contratto stipulato con l'operatore all'esito di una procedura ad evidenza pubblica. Si perviene alla conclusione per cui in tale ipotesi debbano continuarsi ad applicare i valori contrattuali.

Abstract [En]: After reconstructing the characteristics of the regulatory power exercised by independent authorities, the paper focuses on the power of external integration of integrated waste management service contracts. Specifically, it analyzes the issue of recognizing costs eligible for coverage under the Waste Tariff Method when they exceed the amounts stipulated in the contract with the operator. It concludes that in such a case, the contractual amounts should continue to apply.

Parole chiave: Gestione integrata dei rifiuti; Metodo Tariffario Rifiuti; autorità indipendente; regolazione; costi ammessi a copertura; procedura ad evidenza pubblica; prezzo contrattuale; eterointegrazione del contratto; solo in diminuzione.

Keywords: Integrated waste management; Waste tariff method; independent authority; regulation; costs eligible for coverage; public procurement; contract price; external integration of contract; only decreasing.

SOMMARIO: 1. La potestà normativa delle autorità indipendenti nel prisma del principio di legalità rafforzato in senso "sostanziale". - 2. La etero-integrazione (o conformazione) dei contratti per effetto dell'attività regolatoria svolta dalle autorità indipendenti. - 3. Il meccanismo di etero-integrazione (o conformazione) dei contratti da parte di ARERA nel settore del servizio di gestione integrata dei rifiuti sotto il profilo tariffario. - 3.1. Il rapporto tra prezzo contrattuale determinato all'esito di una procedura ad evidenza pubblica e applicazione del Metodo Tariffario Rifiuti in tema di riconoscimento dei costi ammessi a copertura. - 3.2. L'orientamento circa la tendenziale prevalenza del metodo tariffario rispetto al prezzo contrattuale. - 3.3. La tesi della possibilità di etero-integrazione dei valori contrattuali solo in diminuzione

e non in aumento. – 4. Conclusioni. La necessaria armonizzazione tra quadro regolatorio e Codice dei contratti pubblici.

1. La potestà normativa delle autorità indipendenti nel prisma del principio di legalità rafforzato in senso “sostanziale”.

Come è noto, con la legge 14 novembre 1995, n. 481, sono state istituite nell’ordinamento nazionale le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, al dichiarato intento di «garantire la promozione della concorrenza e dell’efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità...nonchè adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull’intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori» (art. 1 della citata legge).

L’introduzione, così avvenuta, del modello imperniato sulle autorità indipendenti è da collocare, più in generale, nell’ambito del fenomeno di liberalizzazione dei mercati, in particolare, di quelli creditizi, monetari, finanziari e dei servizi pubblici, avvenuto anche in attuazione delle direttive euro-unitarie, il quale ha comportato l’esigenza di creare degli organismi indipendenti di regolazione volti ad assicurare e promuovere un’effettiva concorrenza, da un lato, nonché a proteggere e difendere l’utente-consumatore, dall’altro lato, mettendolo in condizione di fruire in maniera adeguata dei servizi pubblici essenziali¹.

Il superamento del c.d. statalismo, ossia della gestione diretta da parte della pubblica amministrazione delle attività di interesse generale, verso una logica di mercato non ha ovviamente comportato il disinteresse nei confronti di tali settori nevralgici dell’economia da parte del pubblico potere, bensì ha spostato il baricentro verso una funzione di regolazione, affidata, per l’appunto, alle autorità indipendenti, in quanto enti che, per la loro natura tecnica e imparziale, sono stati ritenuti meglio in grado di svolgere tale delicata funzione di contemperamento tra diversi e molteplici interessi in specifici contesti².

¹ * Ricercatore di diritto amministrativo nell’Università degli studi di Bergamo

Sul tema, in generale, cfr., tra gli altri, G. ROMAGNOLI, *L’incidenza (sostanziale) dell’azione delle c.d. autorità indipendenti sulle dinamiche economiche dei c.d. mercati regolamentati e le sue ragioni culturali*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2021, pp. 773 ss.; G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, 2010, Padova; M. D’ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati: le autorità indipendenti e l’economia*, 2010, Bologna; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009; F. MERUSI - M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Milano, 2002, pp. 143 ss.; G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 629 ss.; A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 645 ss.; G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, pp. 1 ss.; S. CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia*, in *Stato e mercato*, 1996, pp. 323 ss.; M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell’amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, pp. 525 ss.; S. CASSESE, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, pp. 378 ss.; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, pp. 549 ss.

² Sul concetto di regolazione del mercato, si v., tra gli altri, S. AMOROSINO, *Le regolazioni pubbliche delle attività economiche*, Torino, 2021; S. FOÀ, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura dal mercato*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 765 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, Torino,

In sostanza, sulla scia della menzionata tendenza, il legislatore nazionale ha dato vita a partire dalla seconda metà degli anni Settanta del secolo scorso, ad una serie di autorità amministrative caratterizzate da particolari

requisiti strutturali e dall'indipendenza nell'esercizio delle funzioni a ciascuna affidate. Tuttavia, l'istituzione di volta in volta per legge di ogni singola autorità non è avvenuta secondo un modello unitario coerente, bensì ha comportato la creazione di un quadro eterogeneo e variegato, sia per disciplina che per finalità³.

Così, la configurazione di ciascun ente astrattamente riconducibile alla categoria generale in questione appare peculiare, sia dal punto di vista dei poteri attribuiti, talvolta funzionali alla tutela e garanzia di interessi di immediata derivazione costituzionale, talaltra volti alla regolazione di settori dell'economia oppure, ancora, di natura meramente tecnico-amministrativa, sia in ordine al grado di indipendenza dal governo in merito al procedimento di nomina dei propri componenti nonché al grado di autonomia dal punto di vista finanziario, contabile, gestionale e organizzativo.

Ciò posto, ci si è da sempre interrogati sulla natura giuridica da attribuire alle decisioni adottate dalle autorità nell'esercizio dei poteri di volta in volta a ciascuna attribuiti dalla legge⁴; ciò tenendo conto di una certa difficoltà nel riconoscere una potestà normativa vera e propria ad enti non aventi una diretta legittimazione democratica, privi di un saldo aggancio costituzionale nonché dotati di una variegata gamma di attribuzioni, di natura regolatoria, amministrativa e anche decisoria di controversie nonché sanzionatoria, così da essere difficilmente collocabili nel quadro costituzionale, con particolare riferimento al principio di separazione dei poteri.⁵

2019; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009; C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della "regolazione indipendente" del mercato*, Bari, 2005; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001; A. LA SPINA - G. MAIONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; G. TESAURIO - M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999. Di recente, sulle nuove tendenze in materia, si v. A. LORUSSO, *Autorità, libertà e mercati digitali: scenari nuovi della regolazione indipendente*, in *Dir. dell'economia*, 2024, pp. 435 ss.; M. BELLAVISTA, *La regolazione giuridica oltre il modello delle autorità amministrative indipendenti*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2024, pp. 89 ss.; C. SARTORETTI, *Le autorità amministrative indipendenti al vaglio della dottrina giuridica pubblicistica*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2024, pp. 277 ss.

³ In tema cfr. F. MERUSI - M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, cit., p. 164; F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in S. CASSESE - C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, pp. 29 ss.; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, pp. 659 ss.

⁴ Sul tema, cfr., tra gli altri, R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione: la potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI - A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, pp. 75 ss.; D. FERRARA, *Il potere regolamentare delle Autorità indipendenti*, Torino, 2002; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002.

⁵ Su tali aspetti si v., di recente, N. VETTORI, *Regolazione dei mercati e concentrazione dei poteri delle autorità indipendenti*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2024, pp. 277 ss.; F. MERLONI, *Organi politici e poteri indipendenti: un rapporto sempre più difficile*, in *www.costituzionalismo.it*, 2024; G. MORBIDELLI, *Separazione dei poteri e autorità indipendenti*, in *Riv. reg. mercati*, 2024, pp. 444 ss.

In tale prospettiva, è nota la difficoltà incontrata nel corso del tempo a ricondurre il variegato e disomogeneo quadro ordinamentale inerente le autorità indipendenti entro i confini del principio di legalità⁶, tenuto conto che tali enti tendono a sfuggire, in quanto tali, al modello di pubblica amministrazione disegnato dall'art. 97 Cost. Ciò sul presupposto per cui tanto l'attività normativa regolamentare, quanto quella amministrativa deve trovare fondamento nel disposto di legge e svolgersi in conformità ad essa.

Senonché, la disciplina legislativa attributiva dei poteri alle autorità indipendenti si connota spesso, vista l'oggettiva difficoltà di fare altrimenti, per l'utilizzo di clausole di ampio respiro, più orientate verso una prospettiva finalistica piuttosto che determinate in maniera tassativa nel loro contenuto: ciò ha portato la giurisprudenza all'elaborazione della nota teoria dei c.d. "poteri impliciti", con riferimento a quei poteri che non sono espressamente contemplati dalla legge ma che si desumono, all'esito di una interpretazione sistematica, dal complesso della disciplina della materia, perché strumentali all'esercizio di altri poteri, posto che nei settori di competenza delle autorità indipendenti è oggettivamente complesso per il legislatore predeterminare quale possa essere il contenuto del provvedimento amministrativo, in presenza di un'attività regolatoria ad alta connotazione tecnica che si esplica in ambiti in costante evoluzione caratterizzati da dinamiche di mercato differenti. Ciò con l'ulteriore precisazione per cui il riconoscimento di poteri "impliciti", proprio in quanto derogatorio del principio di legalità, va applicato in modo stringente nonché va "affiancato" da particolari garanzie di carattere procedimentale, per consentirne la compatibilità costituzionale⁷.

È stato di recente osservato dalla giurisprudenza amministrativa come la portata del principio di "legalità amministrativa", inteso come regola (implicita nel testo costituzionale) di esercizio e di validità dell'azione amministrativa, appaia sempre più indecifrabile, sia sul piano del contenuto (se enunci la necessità di una norma, qualsivoglia sia la fonte, o se invece tale norma debba essere di ordine legislativo), che della struttura (se il rapporto tra

⁶ Per maggiori approfondimenti sul fondamento costituzionale delle autorità indipendenti e sulla conseguente natura giuridica dei poteri ad esse conferiti si v., tra gli altri, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; G. GRASSO, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv. dir. cost.*, 2002, pp. 3 ss.

⁷ Così, di recente, T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 24 febbraio 2023, n. 486, in *Foro amm.*, 2023, II, p. 211. In tema, si v. anche Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972, in *Giur. comm.*, 2022, II, p. 152, in cui si è rilevato che nell'esercizio dei poteri desunti in via interpretativa occorre rafforzare la legalità procedimentale, la quale assume una valenza forte per "compensare" le mancanze della legalità sostanziale. Ancora prima cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, in *Foro amm.*, 2015, p. 760. In tema si v. in dottrina, tra gli altri, A. MARRA, *I poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2023, pp. 697 ss.; F.F. GUZZI, *I poteri amministrativi impliciti: un tema alla ricerca di soluzioni*, in *www.AmbienteDiritto.it*, 2023; S. SPUNTARELLI, voce *Poteri impliciti*, in *Enc. dir.*, I Tematici, V, 2023, pp. 934 ss.; M. RAMAJOLI, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in *Riv. reg. merc.*, 2022, pp. 26 ss.; G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 2021, pp. 749 ss.; C. ACOCELLA, *Poteri indipendenti e dimensioni della legalità. Le prospettive di sostenibilità dell'implicito nell'esperienza delle autorità amministrative indipendenti*, in *Id. (a cura di), Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Napoli, 2022, pp. 11 ss.; F.L. MAGGIO, *Questioni interpretative sui poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, in *www.federalismi.it*, 2001; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 703 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001.

legge e amministrazione si atteggi in termini di mera compatibilità o di conformità o mera non contraddizione)⁸. Così, in tale prospettiva, il fenomeno di “indebolimento” della legge negli ambiti maggiormente coinvolti dall’incessante evoluzione tecnica e tecnologica, ove essa appare un mezzo sempre più inadeguato ad operare una selezione e riduzione della complessità, ha determinato un’accentuazione della funzione di regolazione attribuita a corpi amministrativi strutturalmente e funzionalmente indipendenti dal governo. In siffatto contesto, la tecnica della delega normativa, basata spesso su previsioni generiche e finalistiche, ha assecondato la prospettiva di una accezione “debole” del principio di legalità, il quale non troverebbe più fondamento nell’esigenza democratica di assoggettare l’amministrazione pubblica all’indirizzo politico delle assemblee rappresentative, avendo lasciato il posto ad un più duttile principio di necessaria predeterminazione normativa dell’attività amministrativa, ove il compito di rendere “raffrontabile” l’azione pubblica verrebbe svolto da fonti sub-primarie e da *standards* desunti dalla tecnica.

Per tale via, il coinvolgimento dei regolatori indipendenti nella produzione di vere e proprie norme, come tali ormai pacificamente ricomprese nelle fonti del diritto, deve necessariamente raccordarsi con i vincoli costituzionali in materia di fonti di produzione del diritto (preferenza della legge, riserva di legge, principio di legalità), aventi funzione liberale (al fine di tutelare i diritti dei cittadini contro l’abuso del potere pubblico) e democratica (ric conducendo la disciplina di determinate materie sotto il dominio degli organi rappresentativi espressione della sovranità popolare). Allora, anche negli ambiti ove risulti necessaria una regolazione economica, il principio di legalità deve ergersi a strumento di ancoraggio dell’uso del potere amministrativo al diritto democraticamente espresso: più precisamente, in ossequio alla riserva di legge stabilita negli artt. 41 e 42 Cost., la considerazione del principio di legalità va rafforzato in senso “sostanziale”, nel senso di presupporre sia il fondamento legislativo dei poteri conferiti all’amministrazione, sia l’apposizione di limiti contenutistici alla sua azione⁹.

Muovendosi entro le descritte coordinate interpretative, la recente giurisprudenza amministrativa ora in considerazione ha ritenuto che efficienza tecnica e adattabilità regolatoria possano integrarsi con il principio democratico nei termini che seguono: la regolazione è un tipo di azione pubblica che incide “sulla” economia, senza comprimerne i meccanismi spontanei, bensì definendo un quadro di regole e valori che devono essere tutelati. Il funzionamento del mercato viene in parte sottratto alla ponderazione politica degli

⁸ Così, Cons. Stato, sez. II, 7 marzo 2024, n. 2255, in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina, sul tema del rapporto tra attività normativa delle autorità indipendenti e principio di legalità, cfr., per ulteriori approfondimenti, N. COLLEO, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo in evoluzione. Riflessioni sulla sua attualità e sul suo avvenire, tra fattori di crisi e rapporti con il potere normativo delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2002, pp. 487 ss.; R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 2017, pp. 10 ss.; A. MAZZA LABOCCETTA, *Autorità amministrative indipendenti e principio di legalità*, in *Dir. dell’economia*, 2015, pp. 633 ss.; E. FREDIANI, *Qualità della legislazione in materia di autorità indipendenti e principio di legalità: alcune riflessioni in merito alla legge 14 novembre 1995 n. 481*, in *Rass. parl.*, 2005, pp. 201 ss.; S. SANTOLI, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 1785.

⁹ Così, anche Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2018, n. 6330, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, p. 513.

interessi per essere affidato a dispositivi neutrali che, facendo leva sulla spontanea propensione degli operatori economici all'efficienza allocativa e produttiva, simulano la pressione concorrenziale.

In siffatto contesto, la legge soddisfa il suo ruolo costituzionale di indirizzo e garanzia dei pubblici poteri quando definisce in modo chiaro: la causa dell'intervento pubblico, il tipo di conformazione del mercato (statuendo ciò che "non può" essere messo in concorrenza e ciò che "non si vuole" sia in concorrenza), la misura compositiva dei bisogni (economici e sociali) contrapposti, il grado di incisione delle sfere giuridiche regolate. Viceversa, sul versante tecnico-economico, la legge può invece delegare all'autorità indipendente il compito di implementare - anche con ampio margine di autonomia operativa - il dettato normativo con i meccanismi che meglio siano in grado di assicurare l'equilibrio ottimale del sistema in termini di razionalità economica e desiderabilità sociale.

D'altro canto, viene anche rilevato che al di fuori degli apprezzamenti di ordine tecnico-economico, le funzioni che comportino scelte distributive o siano volte alla realizzazione di valori extra-mercantili, richiedono un mandato espresso del legislatore. A ragione di ciò, la giurisprudenza in considerazione è giunta a ritenere che il deficit di legalità sostanziale non possa essere compensato da una declinazione "procedurale" del principio di legalità e neppure possa aggirato con la predetta teoria dei c.d. poteri impliciti.

Dal primo punto di vista, l'attitudine del modello regolatorio a garantire un contraddittorio paritario (attraverso gli schemi della c.d. "consultazione") trova la sua ragione d'essere nella necessità da parte dell'autorità di acquisire una diffusa piattaforma conoscitiva, avente ad oggetto i dati tecnici ed economici di funzionamento del mercato, anche superando possibili condizionamenti da parte di specifici gruppi economici. In tale ottica, la partecipazione amministrativa, pur segnando il superamento di una visione elitaria ed autoritaria dell'Amministrazione (nel momento in cui si pongano tutti gli operatori economici interessati nella condizione di fare pervenire il proprio contributo informativo e valutativo), non può comunque ritenersi equivalente all'investitura democratica della legge.

In secondo luogo, per quanto riguarda la teoria dei poteri "impliciti", si è ritenuto che essa possa trovare diritto di cittadinanza nell'ordinamento solo con riferimento ai poteri strumentali sussumibili nello stesso "spazio" giuridico del potere "principale", i quali, cioè, si collochino all'interno dei confini individuati dalla norma attributiva, in ordine a: interesse pubblico perseguito, punto di incidenza materiale, soggetti destinatari, tipo e grado di incisione delle posizioni giuridiche soggettive.

Analogamente, sempre la recente giurisprudenza amministrativa ha puntualizzato che, in ossequio al principio di legalità sostanziale, ogni qual volta la legge conferisca poteri amministrativi è indispensabile che definisca contenuti e modalità del loro esercizio, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa. Se proprio in omaggio a tale principio non deve ritenersi sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, a maggior ragione la possibilità, generalmente riconosciuta dalla giurisprudenza, di desumere dall'espressa attribuzione di una funzione l'esistenza di un potere strumentale al suo assolvimento, in quanto elemento e condizione di effettività dell'esercizio della funzione medesima,

presuppone una rigorosa ed esatta delimitazione di quella funzione e delle finalità cui essa è servente¹⁰.

2. La etero-integrazione (o conformazione) dei contratti per effetto dell'attività regolatoria svolta dalle autorità indipendenti.

L'esercizio della potestà normativa attribuita, più o meno espressamente, alle autorità indipendenti può comportare, tra i vari effetti, una integrazione o modifica automatica delle pattuizioni contrattuali intervenute tra le parti: si tratta del meccanismo della c.d. etero-integrazione (o conformazione) dei contratti che si inseriscano in un settore regolato. In sostanza, vi sono aspetti della regolamentazione dei rapporti tra le parti che sono disciplinati direttamente dal pubblico potere al fine di perseguire obiettivi di interesse collettivo, a prescindere dal contenuto contrattuale, così da superare la mancata previsione di determinate clausole o la previsione di clausole difformi da quelle dovute.

Il fenomeno della etero-integrazione in questione non è sconosciuto in ambito civilistico, pur costituendo una sorta di eccezione alla regola generale dell'autonomia contrattuale per cui le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto (art. 1332 c.c.).

Del resto, lo stesso quadro costituzionale, pur individuando l'autonomia negoziale come una libertà dell'individuo, che l'ordinamento riconosce e promuove quale espressione della personalità umana nonché, più specificamente, come fattore di sviluppo della libera iniziativa economica, sottopone tale valore ad una serie di limiti volti a garantirne la compatibilità, in una logica di bilanciamento, con altri principi di rango costituzionale almeno pari, se non superiore, come l'utilità sociale, la tutela dell'ambiente e della salute, nonché la salvaguardia della libertà e dignità della persona¹¹.

Conseguentemente, il medesimo art. 1322 c.c., nel riconoscere la «autonomia privata», fa comunque salvi i «limiti imposti dalla legge», nonché fa riferimento alla necessità che i contratti non tipizzati «siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

Con particolare riferimento al meccanismo di etero-integrazione delle pattuizioni concordate dalle parti per effetto dell'esercizio di un potere di natura pubblicistica, rilevano, sempre nell'alveo privatistico, l'art. 1374 c.c. in tema di integrazione del contratto, secondo cui quest'ultimo obbliga le parti non solo alle previsioni ivi contenute ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, l'art. 1339 in tema di inserzione automatica di

¹⁰ Così Cons. Stato, sez. II, 29 dicembre 2023, n. 11358, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale basa il proprio ragionamento sulla giurisprudenza costituzionale ivi indicata. In tema si v. C. GIUSTINIANI, *Il potere regolatorio delle amministrazioni indipendenti secondo un recente orientamento del Consiglio di Stato*, in *Riv. trim. dir. economia*, 2023, pp. 127 ss.

¹¹ Sul tema cfr. per approfondimenti fra gli altri: R. RAMETTA, «Utilità sociale ed autonomia privata»: l'insegnamento di un maestro, in *Persona e mercato*, 2023, pp. 437 ss.; F. BERTELLI, *Autonomia negoziale e iniziativa economica privata alla luce delle modifiche degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Riv. dir. impresa*, 2023, pp. 499 ss.; A. RIZZI, *L'autonomia privata nelle crisi di sistema*, in *Riv. dir. priv.*, 2022, pp. 533 ss.; F. MACARIO, voce *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir.*, VIII, 2015, pp. 61 ss.; N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Jus civile*, 2018, pp. 5 ss.; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 229 ss.; G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 35 ss.

clausole imposte dalla legge anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti, nonché l'art. 1340 c.c. in tema di inserimento delle clausole d'uso salva diversa volontà delle parti¹².

Il meccanismo ora in esame assume una connotazione e sfumature più intense nei settori regolati dalle autorità indipendenti ove, nella già descritta ottica di contemperamento tra diversi e molteplici interessi in specifici contesti, la etero-integrazione del contratto da parte del quadro regolatorio posto dall'autorità competente si allontana da quell'alveo di eccezionalità che caratterizza la disciplina civilistica per assurgere a criterio ordinario di bilanciamento tra autonomia contrattuale ed esigenze di governo di un determinato settore da parte di una pubblica autorità.

In altri termini, il compito affidato dal legislatore, non in grado di intervenire efficacemente in certi ambiti, alle autorità indipendenti, nel senso di promuovere un'effettiva concorrenza, da un lato, nonchè di proteggere e difendere l'utente-consumatore, appianando disequaglianze ed asimmetrie economiche ed informative, dall'altro lato, comporta anche un intervento sistematico ed invasivo nelle pattuizioni stabilite dai privati, al fine di garantirne l'equità e la giustizia sociale, da parte, non necessariamente della legge intesa in senso formale, ma, secondo la ricostruzione effettuata in precedenza, anche da parte delle regole stabilite dall'autorità nell'esercizio dei poteri loro attribuiti dalla legge medesima¹³. Così, il contratto, quale atto espressione normalmente dell'autonomia negoziale delle parti, nei settori regolati diviene punto di incontro tra istanze privatistiche ed esigenze pubblicistiche di cura dell'interesse collettivo¹⁴.

¹² In tema, tra gli altri, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, ristampa integrata 2004; R. SACCO, voce *Sostituzione delle clausole contrattuali*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg., VII, Torino, 2012, p. 996; D. FARACE, *Art. 1339 cod. civ., provvedimenti delle autorità indipendenti ed eterointegrazione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pp. 656 ss.

¹³ Sul punto Cass. civ., sez. VI, 31 ottobre 2014, n. 23184, in *CED Cassazione*, 2014, ha espressamente ammesso che le deliberazioni adottate dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas, secondo la denominazione allora vigente, possono integrare, ex art. 1339 cod. civ., il contenuto dei rapporti di utenza individuali (in relazione alle modalità di esecuzione della prestazione di entrambi i contraenti), perché la citata disposizione codicistica, nel menzionare le "clausole" imposte dalla legge, non si riferisce soltanto a quelle oggetto di diretta previsione legislativa, ma anche a quelle individuate da una fonte normativa da essa autorizzata. Nello stesso senso T.A.R. Lombardia Milano, Sez. II, 14 maggio 2014, n. 1258, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In tema si v. anche Cass. civ., Sez. III, 27 luglio 2011, n. 16401, in *CED Cassazione*, 2011.

¹⁴ In tal senso cfr. F.L. MAGGIO, *Atti delle Autorità amministrative indipendenti ed eterointegrazione (rectius, eteroconformazione del contratto e degli atti di autonomia privata)*, in *Amministrativ@mente*, 2021, pp. 91 ss. In tema cfr. anche C.A. VALENZA, *Concorrenza, regolazione e giustizia del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2024, pp. 708 ss.; S. AMOROSINO, *Le autorità indipendenti "economiche" ed il prisma della conformazione dei contratti*, in *Riv. dir. bancario*, 2024, pp. 253 ss.; D.L. MUSTO, *L'eterointegrazione del contratto e il ruolo delle Autorità amministrative indipendenti*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2024; E. TEDESCO, *Autonomia privata e regolazione del mercato: tra nuovi spunti e vecchie questioni*, in *Jus*, 2023, pp. 1074 ss.; N. CIPRIANI, *Il controllo di meritevolezza sui contratti conformati dalle Autorità indipendenti*, in *Rass. dir. civ.*, 2023, pp. 1181 ss.; C. PRUSSIANI, *La conformazione contrattuale nei settori regolati dalle autorità amministrative indipendenti*, Milano, 2022; C. FERRARI, *I contratti dei mercati regolati*, Torino, 2018; A. FERRARI ZUMBINI, *La regolazione amministrativa del contratto*, Torino, 2016; G. GITTI, voce *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, V, 2012, 134 ss.; G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

Con specifico riferimento al tema della regolazione dei servizi di pubblica utilità, che viene in particolare rilievo nella presente sede, la legge n. 481 del 1995, già citata all'inizio del presente contributo, ha attribuito all'autorità preposta alla regolazione dei servizi di pubblica utilità, tra gli altri, il potere tariffario, consistente nello stabilire gli elementi di determinazione e aggiornamento della tariffa base sostenuta dagli utenti, nonché il potere di emanare direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti, stabilendo i livelli generali di qualità da garantire con riferimento al complesso dell'attività svolta nonché alle singole prestazioni, tramite l'individuazione di appositi indicatori e il monitoraggio costante circa il raggiungimento dei livelli stabiliti.

In tale situazione, le delibere dell'autorità assunte in esecuzione di tali compiti attribuiti dalla legge si riflettono sull'insieme delle condizioni giuridico-economiche del rapporto, scandendo il fascio delle obbligazioni a carico delle parti, le modalità e i tempi di esecuzione delle prestazioni, nonché i rimedi attivabili a fronte di eventuali inadempimenti o sopravvenienze, anche in relazione ai termini e ai mezzi di pagamento¹⁵.

3. Il meccanismo di etero-integrazione (o conformazione) dei contratti da parte di ARERA nel settore del servizio di gestione integrata dei rifiuti sotto il profilo tariffario.

Un interessante, e per certi versi peculiare, come si vedrà, applicazione del meccanismo di etero-integrazione dei contratti da parte dell'attività regolatoria svolta dalle autorità indipendenti si registra nel campo del servizio integrato dei rifiuti, con particolare riferimento al sistema tariffario¹⁶.

Come è noto, l'articolo 1, comma 527, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 ha assegnato all'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) le funzioni, tra le altre, di regolazione e controllo in materia di rifiuti urbani e assimilati, «al fine di migliorare il sistema di regolazione del ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati, per garantire accessibilità, fruibilità e diffusione omogenee sull'intero territorio nazionale nonché adeguati livelli di qualità in condizioni di efficienza ed economicità della gestione, armonizzando gli obiettivi economico-finanziari con quelli generali di carattere sociale, ambientale e di impiego appropriato delle risorse, nonché di garantire l'adeguamento infrastrutturale agli obiettivi imposti dalla normativa europea».¹⁷

¹⁵ Così C. PRUSSIANI, *op. cit.*, 102-103.

¹⁶ In tema si v. E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e pianificazione in materia di rifiuti e principio di legalità amministrativa*, in *Foro it.*, 2024, pp. 480 ss.; P. LA SELVA, *Alcune riflessioni su ambiente e concorrenza nella regolazione del mercato dei rifiuti*, in *Dir. dell'economia*, 2023, pp. 89 ss.; F. DE LEONARDIS, *Codice dell'ambiente, regolazione dei rifiuti e concorrenza nella nuova stagione dell'economia circolare*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2022, pp. 60 ss.; A. BENEDETTI, *Organizzazione e regolazione dei servizi locali di interesse economico: il caso del ciclo dei rifiuti urbani*, in *www.federalismi.it*, 2021; M. DI LULLO, *La nozione e la disciplina (pubblicistica) dei "rifiuti": beni da valorizzare*, in *Dir. dell'economia*, 2020, pp. 555 ss.; F. MAZZARELLA, *Metodo tariffario servizio integrato di gestione rifiuti. Gli aspetti principali introdotti dalla nuova regolazione*, in *Economia pubblica*, 2020, pp. 117 ss.; G. COCCO, *Governance multi-livello e ciclo integrato dei rifiuti*, *ivi*, 2019, pp. 89 ss.; A. BENEDETTI, *La regolazione del ciclo integrato dei rifiuti e il ruolo di ARERA*, *ivi*, 2019, 105 ss.

¹⁷ Sul punto T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 30 giugno 2020, n. 1249, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ha avuto modo di accertare che l'ordinamento (in particolare l'art. 1, comma 527, lettera f), della legge 27 dicembre 2017, n. 205) attribuisce ad ARERA il potere regolatorio, «da esercitarsi a livello nazionale, da parte di

Ebbene, in attuazione delle funzioni così assegnate, ARERA ha approvato, con deliberazione 31 ottobre 2019, n. 443, il Metodo Tariffario Rifiuti (MTR-1) per il primo periodo regolatorio (2019-2021), basato sulla «definizione dei criteri di riconoscimento dei costi efficienti di esercizio e di investimento del servizio integrato dei rifiuti» nonché, successivamente, con deliberazione 3 agosto 2021, n. 363, il Metodo Tariffario Rifiuti (MTR-2) per il secondo periodo regolatorio (2022-2025).

In estrema sintesi, il Metodo Tariffario Rifiuti prevede che, ai fini della determinazione della tariffa da riscuotere dagli utenti (TARI), il gestore predisponga, di anno in anno, una proposta di Piano Economico Finanziario (PEF) redatto secondo gli schemi regolatori ed i relativi *tool* di calcolo (c.d. PEF “grezzo”) e lo trasmetta all’Ente territorialmente competente (Ambito Territoriale Ottimale o Comune, a seconda delle previsioni regionali), il quale - dopo le verifiche di correttezza completezza e congruità dei dati - è chiamato ad approvare il PEF complessivo del servizio, la relativa TARI e, quindi, a trasmettere il detto PEF finale ad ARERA, la quale deve esprimere la propria approvazione, previa verifica circa la coerenza regolatoria degli atti ricevuti. In particolare, nel PEF sono contenuti ed individuati i corrispettivi tariffari spettanti al gestore del servizio, sotto forma di riconoscimento dei costi efficienti di esercizio e di investimento ammessi a copertura nel periodo regolatorio di riferimento.

3.1. Il rapporto tra prezzo contrattuale determinato all’esito di una procedura ad evidenza pubblica e applicazione del Metodo Tariffario Rifiuti in tema di riconoscimento dei costi ammessi a copertura.

Ebbene, posto lo specifico contesto di riferimento, nella pratica è affiorata una problematica relativa al rapporto tra corrispettivo del servizio in tema di gestione integrata dei rifiuti stabilito nei contratti sottoscritti con gli operatori, normalmente all’esito di una procedura ad evidenza pubblica, e risultanze dell’applicazione del metodo tariffario quanto a costi efficienti ammessi a copertura di anno in anno.

In sostanza, ci si è interrogati se l’applicazione del metodo tariffario possa intervenire, modificandole, sulle condizioni economiche già in precedenza fissate con l’operatore scelto all’esito di una gara.

Sul piano generale, la giurisprudenza amministrativa, evocando i meccanismi poc’anzi descritti, ha statuito che la regolazione di ARERA sottende esigenze pubbliche che assurgono al rango di valori fondamentali del sistema, interno ed euro-unitario, così da rivestire natura imperativa, dovendone pertanto esserne garantita l’operatività anche nella disciplina di rapporti in corso di svolgimento, secondo il meccanismo dell’eterointegrazione contrattuale *ex art. 1339 c.c.*, con conseguente sostituzione automatica della clausola difforme, da

un’Autorità indipendente collocata in posizione di equidistanza rispetto a tutti i soggetti coinvolti nel servizio di pubblica utilità del ciclo dei rifiuti urbani e assimilati”, consistente nella “predisposizione ed aggiornamento del metodo tariffario per la determinazione dei corrispettivi del servizio integrato dei rifiuti e dei singoli servizi che costituiscono attività di gestione, a copertura dei costi di esercizio e di investimento, compresa la remunerazione dei capitali, sulla base della valutazione dei costi efficienti e del principio “chi inquina paga”».

qualificare come nulla per contrarietà a norma imperativa secondo la previsione dell'art. 1419, comma 2, c.c.¹⁸.

Più specificamente, la citata giurisprudenza amministrativa ha precisato come l'applicazione del metodo tariffario sia in grado di incidere, modificandole, sulle pattuizioni contrattuali in corso. Sul punto, precisamente, si è riconosciuto che «l'applicazione retroattiva del nuovo metodo regolatorio, in quanto prevedibile e ragionevole rispetto alle ragioni imperative di interesse generale con esso perseguite, deve dunque ritenersi legittima» e che «l'eterointegrazione dei contratti di durata in corso di esecuzione da parte del potere regolatorio tariffario attribuito all'ARERA deve inoltre ritenersi compatibile con l'efficacia retroattiva del metodo regolatorio, in quanto rientra nello sforzo esigibile dal gestore del servizio la previsione di razionali sviluppi dell'intervento regolatorio, in relazione alle finalità fissate dal legislatore, e la relativa conformazione ad esso dell'attività imprenditoriale»¹⁹.

Una volta stabilito che, perlomeno in astratto, le risultanze dell'applicazione del metodo tariffario sia in grado di incidere sui rapporti contrattuali in corso con il soggetto gestore del servizio, occorre comprendere se, ed in che termini, tale effetto possa comportare una variazione del corrispettivo contrattualmente stabilito con il gestore selezionato all'esito di una procedura ad evidenza pubblica; in altri termini, ci si deve interrogare se a quest'ultimo vada riconosciuto solo ed esclusivamente il corrispettivo pattuito originariamente oppure se esso debba essere necessariamente etero-integrato dalle risultanze dell'applicazione, di anno in anno, del metodo tariffario in termini di costi efficienti ammessi a copertura.

Il tema coinvolge il necessario coordinamento tra diverse fonti normative: da un lato, l'ultimo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, il quale ha reintrodotto l'obbligo da parte delle stazioni appaltanti di prevedere negli atti di gara opportune clausole di revisione dei prezzi, dall'altro lato, il metodo tariffario, il quale prevede, a sua volta, il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario della gestione mediante il meccanismo poc'anzi succintamente descritto che porta all'individuazione, anno per anno, dei costi efficienti di esercizio e di investimento ammessi a copertura nel periodo regolatorio di riferimento secondo quanto stabilito da ARERA e dunque da riconoscersi al gestore tramite la riscossione presso gli utenti della tassa sui rifiuti (TARI).

Ciò senza contare, l'ulteriore tema relativo al rispetto dei "criteri ambientali minimi" nonché l'elaborazione, da parte della medesima suddetta autorità, di un bando tipo per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti, approvato con delibera n. 596 del 27 dicembre 2024, il quale non pare avere risolto tutte le criticità, tra cui quella ora in esame relativa al rapporto tra corrispettivo contrattualmente stabilito per la gestione del servizio e risultanze del metodo tariffario.

¹⁸ Sul punto cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 15 luglio 2024, n. 636; T.A.R. Toscana, sez. II, 8 gennaio 2024, n. 26; T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 8 aprile 2024, n. 484; T.A.R. Lombardia, Milano sez. I, 17 agosto 2021 n. 1938; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 30 giugno 2020, n. 1249, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁹ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 30 giugno 2020, n. 1249, cit.

3.2. L'orientamento della tendenziale prevalenza del metodo tariffario rispetto al dato contrattuale.

Ebbene, così posto il problema, un primo orientamento giurisprudenziale ha preso le mosse dalla convinzione per cui il metodo tariffario costituisce una «disciplina imperativa» che «integra dall'esterno progressivamente e automaticamente, le pattuizioni contrattuali ai sensi dell'art. 1339 c.c., modellando il nuovo equilibrio economico-finanziario nell'interesse sia delle parti sia degli utenti del servizio»²⁰. Muovendo da tale premessa, si è argomentato che, se l'offerta presentata in sede di gara e recepita nel contratto di appalto costituisce la base condivisa dai contraenti per lo svolgimento del rapporto, che come tale non può più essere messa in discussione, dovendosi presumere che corrisponda a uno stato originario di equilibrio economico-finanziario, ciò nondimeno «l'adeguamento dei prezzi ricade nel metodo tariffario, anche in sostituzione delle specifiche clausole contrattuali che ammettono o escludono la rivalutazione automatica, trattandosi di una condizione necessaria per il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario». Così, prosegue la giurisprudenza ora in considerazione, «nei settori regolati, il metodo tariffario garantisce tutti i soggetti coinvolti, avendo come obiettivo una gestione che sia efficiente, non eccessivamente onerosa per gli utenti e, allo stesso tempo, finanziariamente sostenibile».

Seguendo tale percorso argomentativo, si ammette la possibilità da parte dell'ente affidante di non riconoscere al gestore i valori risultanti dall'applicazione, anno per anno, del metodo tariffario, ma precisando che, in tale eventualità, l'ente stesso sia chiamato necessariamente a «dimostrare che la gestione rimarrebbe in equilibrio anche senza l'adeguamento nella misura massima consentita» (come recita l'art. 4.6 della deliberazione ARERA n. 363/2021).

Così, l'ente responsabile del servizio non potrebbe limitarsi a fare riferimento esclusivamente al corrispettivo pattuito contrattualmente per la durata di gestione del servizio, perché, così facendo, finirebbe per disapplicare il metodo tariffario «in una parte essenziale, eliminando la necessaria correlazione tra i costi del servizio e il livello tariffario che deve assicurare una gestione non in perdita». In altri termini, nella prospettiva che si sta riferendo, «se il corrispettivo viene calcolato unicamente in base al contratto...le tariffe nel corso del tempo vengono progressivamente svincolate dai costi»; diversamente, sempre in base all'impostazione ora in commento, se non è consentito al gestore di riaprire la questione dell'equilibrio economico-finanziario originario, tuttavia l'ente responsabile del servizio deve affrontare il problema dell'attuale sostenibilità finanziaria della gestione qualora non si intenda concedere al gestore l'intero incremento, rispetto ai valori contrattuali, derivante dall'applicazione dei parametri del metodo stesso.

Sempre dal medesimo punto di vista, sul tema che si intende focalizzare nella presente sede, la giurisprudenza che si inserisce nel filone ora in esame, ha ammesso che nei settori regolati occorre armonizzare interessi pubblici astrattamente confliggenti: da un lato, il principio della gara, che permette di individuare l'offerta migliore in un confronto trasparente tra soggetti concorrenti, dall'altro l'esigenza che il servizio, una volta avviato, rimanga sostenibile sotto il profilo economico-finanziario e prosegua senza interruzioni: così,

²⁰ T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 15 luglio 2024, n. 636, in www.giustizia-amministrativa.it.

per rendere compatibili l'esistenza della gara e la regolazione tariffaria si rende necessario trovare una forma di coordinamento tra gli interessi pubblici sottostanti²¹.

Ciò posto, è stato osservato che se il corrispettivo uscito dalla gara fosse il limite inderogabile della remunerazione del gestore, la regolazione tariffaria sarebbe inutile (o applicabile solo in prolungati periodi di deflazione); d'altra parte, se lo schema tariffario potesse svincolarsi completamente dal risultato della gara, sarebbe quest'ultima a diventare inutile (nel senso che l'incentivo a presentare offerte antieconomiche da correggere poi in tariffa sarebbe talmente forte da rendere poco credibile il prezzo di aggiudicazione). Secondo la visione in commento il coordinamento può avvenire individuando nel metodo tariffario un meccanismo di adeguamento *ex lege* del compenso del gestore rispetto alla condizione di efficienza iniziale data dall'esito della gara. Seguendo questa impostazione, il corrispettivo contrattuale potrebbe essere incrementato, e valorizzato nello schema tariffario, solo a tre condizioni, ossia (1) se vi sono maggiori costi attinenti al servizio; (2) se tali costi si possono definire efficienti; (3) se l'incremento del corrispettivo è necessario per garantire la sostenibilità economico-finanziaria del servizio. Viene infine precisato che i maggiori costi devono risultare dalle scritture contabili del gestore, derivando tipicamente da fenomeni inflattivi nel settore di riferimento (più accentuati rispetto all'indice ISTAT generale) o da innovazioni che migliorino la qualità del servizio nonchè si è sottolineato come il carattere efficiente dei costi presupponga l'individuazione di un *benchmark* per stabilire quale sia il livello di costo minimo di una gestione sostenibile avente caratteristiche simili. In tale ottica, si è fatto riferimento, quale possibile criterio di comparazione, al raffronto con le gestioni più virtuose dello stesso tipo in un ambito territoriale omogeneo, o, in alternativa, alle più recenti aggiudicazioni di gare relative al medesimo servizio; ciò muovendo dall'idea che se anche i migliori tra i gestori presentano un livello di costi analogo, si può ritenere che per questa parte il corrispettivo originario uscito dalla gara, seppure rivalutato, non riesca più a remunerare un costo efficiente.

In definitiva, pertanto, secondo il filone giurisprudenziale fin qui esaminato, l'ente responsabile del servizio di gestione integrata dei rifiuti, nell'individuare il corrispettivo da riconoscere all'operatore che gestisce materialmente il servizio stesso, non potrebbe limitarsi a fare riferimento all'offerta presentata in sede di gara dal soggetto aggiudicatario, bensì dovrebbe considerare anche i valori (massimi) risultanti dall'applicazione del metodo tariffario di anno in anno, potendo evitare di riconoscere gli incrementi dei costi efficienti rispetto al dato contrattuale solo previa dimostrazione che pur così operando si mantiene l'equilibrio economico-finanziario della gestione. In altre parole, in base all'orientamento fin qui illustrato, le risultanze dell'applicazione del metodo tariffario quanto a spese ammesse a copertura tendono a prevalere sul prezzo del servizio fissato contrattualmente con l'operatore, a meno che l'ente responsabile del servizio non riesca a provare che pur applicando il prezzo contrattuale, in ipotesi inferiore ai costi ammessi in base al metodo, continui ad essere salvaguardato e garantito l'equilibrio-economico finanziario della gestione del servizio.

²¹ T.A.R. Lombardia Brescia, ord. 14 gennaio 2025, n. 6, in www.giustizia-amministrativa.it.

3.3. La tesi della possibilità di etero-integrazione dei valori contrattuali solo in diminuzione e non in aumento.

Un diverso orientamento giurisprudenziale, che appare in via di consolidamento, ha espresso la precisazione per cui «la capacità di eterointegrazione dei dati contrattuali di cui è dotata la regolazione posta in essere da ARERA, in realtà, non possa valere in aumento rispetto ai corrispettivi contrattuali pattuiti con il gestore del servizio»²².

A fondamento di tale, per certi versi innovativa, presa di posizione, sono state poste le seguenti argomentazioni:

- l'art. 2, comma 17, della legge 481/1995, dispone che «Ai fini della presente legge si intendono per tariffe i prezzi massimi unitari dei servizi al netto delle imposte»: l'aggettivo "massimi" starebbe pertanto ad indicare che i singoli enti territorialmente competenti possono pattuire con i gestori del servizio dei rifiuti prezzi inferiori a quelli risultanti dall'applicazione del metodo tariffario adottato da ARERA;

- conformemente, nella delibera ARERA n. 443 del 31 ottobre 2019, al penultimo "considerato", si evidenzia l'opportunità di tener conto, tra le altre cose, dei risultati delle procedure di affidamento ai fini della determinazione delle tariffe del servizio, rappresentando che in molti territori il servizio è stato affidato tramite gara e che i relativi corrispettivi consentono già di estrarre l'efficienza economica tramite forme di concorrenza per il mercato, nonchè della necessità di salvaguardare le clausole contrattuali esistenti;

- sempre la predetta delibera ARERA nel primo "ritenuto", ha reputato necessario chiarire che le tariffe, elaborate sulla base della metodologia *de quo* e della normativa vigente, debbano essere considerate – ai sensi di quanto già previsto dall'articolo 2, comma 17, della legge 481/95 – come i prezzi massimi unitari dei servizi al netto delle imposte, consentendo all'ente territorialmente competente di preservare eventuali efficienze nei costi derivanti dalla realizzazione di procedure concorsuali;

- ancora, sempre ARERA, nella predetta deliberazione, così come nella successiva deliberazione n. 363/2021, ha ribadito che «In attuazione dell'articolo 2, comma 17, della legge 481/95, le entrate tariffarie determinate ai sensi del MTR-2 sono considerate come valori massimi. È comunque possibile, in caso di equilibrio economico finanziario della gestione, applicare valori inferiori...»;

- del resto, prosegue l'orientamento ora in esame, «un'eterointegrazione che operasse in aumento rispetto ai prezzi pattuiti tra gli enti territorialmente competenti e i gestori sarebbe in contrasto con la finalità di assicurare condizioni di efficienza ed economicità della gestione», rispetto alla quale – secondo l'espressa previsione dell'art. 1, comma 527, legge n. 205/2017 – deve essere orientato il potere regolatorio di ARERA, e che quest'ultima nelle proprie delibere dichiara ripetutamente di voler perseguire. Infatti, in presenza di un prezzo più conveniente per l'ente pubblico, frutto dell'esperimento di una procedura di gara per l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti, l'automatica elevazione di tale prezzo fino al prezzo massimo risultante dall'applicazione del metodo tariffario introdotto da ARERA, e

²² In tal senso si v. T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 28 giugno 2024, n. 580 nonché T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 19 settembre 2024, n. 747, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it. Nello stesso senso cfr. anche T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 10 dicembre 2024, n. 3591, *ivi*.

delle sue successive modifiche che via via intervengano nel corso del tempo, determinerebbe una perdita di efficienza nella gestione del servizio, per il quale, a parità di qualità, dovrebbero essere impiegate maggiori risorse economiche da parte dell'ente pubblico, da recuperare presumibilmente con un incremento della TARI;

- infine, si è statuito che «un'eterointegrazione che operasse anche in aumento rispetto ai prezzi pattuiti, inoltre, non si concilierebbe con la disciplina di derivazione europea delle gare per l'affidamento del servizio, che con quell'eterointegrazione in aumento potrebbe essere facilmente elusa, qualora un concorrente si aggiudicasse la gara con un'offerta economica bassa ma poi, in corso di esecuzione del contratto, proponesse un piano economico-finanziario con costi maggiorati, che fosse approvato dall'ente responsabile del servizio: in questo modo l'offerta economica bassa, che aveva consentito all'operatore di aggiudicarsi la gara, verrebbe sostanzialmente superata e sostituita con un prezzo maggiore a carico dell'ente responsabile del servizio» e dunque, in ultima analisi degli utenti.

L'orientamento su cui è posta ora l'attenzione è stato confermato anche dai giudici amministrativi d'appello i quali hanno svolto, al fine di risolvere la questione oggetto precipuo del presente approfondimento, il seguente ragionamento²³.

Come è noto, il servizio rifiuti corrisponde ad un monopolio naturale, ovvero ad un'attività che per le sue caratteristiche intrinseche non si presta ad essere gestita da più operatori in concorrenza fra loro; caratteristica del monopolio è poi la sua relativa inefficienza rispetto ai sistemi concorrenziali, nel senso che l'attività gestita da un privato in monopolio, rispetto ad una situazione di concorrenza, porta sul mercato un quantitativo inferiore di prodotto ad un prezzo superiore; la differenza fra il prezzo di monopolio e quello di concorrenza genera poi la ben nota rendita monopolistica, di cui l'operatore privato si appropria nei confronti della collettività dei propri clienti.

Per rimediare a tale inefficienza di sistema, il nostro ordinamento segue un metodo ben noto alla scienza economica, ovvero configura il servizio rifiuti, al pari di altri, come servizio pubblico, gestito da un'autorità amministrativa, che, come tale, non riscuote profitti, ma si limita a far recuperare i costi all'operatore, eliminando il profitto di monopolio. Il ruolo dell'autorità pubblica in tal senso non è poi soltanto passivo, nel senso che essa non si limita a prender atto, se pure col solo intento di farli ripagare, dei costi esistenti, ma agisce positivamente, con l'intento di contenere i costi stessi, e i conseguenti prezzi per l'utenza, e di far recuperare produttività al sistema, non trascurando però i necessari investimenti. In concreto, nel campo della gestione dei rifiuti, ciò avviene garantendo al gestore del servizio un ammontare predeterminato massimo di ricavi, pari al massimo importo di TARI esigibile, che comprende, con sufficiente approssimazione, i costi del servizio vero e proprio, i costi di uso del capitale, la remunerazione del capitale stesso e gli ammortamenti. Si tratta però di costi definibili come costi standard, nel senso che al gestore non è consentito di traslare puramente e semplicemente i costi di volta in volta da lui in concreto sopportati sull'utenza: al recupero di questi costi è imposto un limite, allo scopo di spingere verso una maggiore efficienza, con un meccanismo noto in economia come *price cap*, comune del resto ad altri

²³ Cons. Stato, sez. IV, 22 luglio 2025, n. 6466, in www.giustizia-amministrativa.it.

servizi pubblici corrispondenti a monopoli naturali, come la distribuzione del gas naturale e la distribuzione dell'acqua potabile.

Sempre in concreto, prosegue la giurisprudenza ora in commento, l'applicazione dei costi standard può essere diretta, nel senso che nel momento in cui si tratti di determinare, anticipatamente per un dato anno, la tariffa dovuta l'autorità di regolazione può non riconoscere un dato costo esposto dal gestore e quindi non tenerne conto. Tale meccanismo può, però, anche essere indiretto, nel momento in cui a fronte di una tariffa già determinata e applicata per un certo tempo, l'autorità non approvi uno o più dei costi di cui si è tenuto conto per determinarla, sia pure a titolo provvisorio. In questo caso, verrà imposto un conguaglio.

Sulla base di tali premesse, è stato escluso dal Consiglio di Stato un'interpretazione del metodo tariffario rifiuti nel senso che i costi esposti nei piani economico-finanziari approvati da ARERA debbano tradursi automaticamente in un adeguamento dei corrispettivi contrattuali pattuiti con il gestore del servizio; ciò in quanto un siffatto meccanismo di adeguamento si tradurrebbe, di fatto, in una tacita abrogazione dell'istituto della revisione prezzi, peraltro solo con riferimento agli appalti di servizi interessati dal metodo dal *price cap*, la quale invece è, doverosamente, preposta a garantire l'operatore di fronte al sopravvenire di circostanze eccezionali.

Come è noto, è stato reintrodotta nell'ordinamento l'obbligo da parte delle stazioni appaltanti di prevedere un meccanismo di revisioni prezzi nei termini dettati dal legislatore, attualmente in particolare dall'art. 60 del d.lgs. n. 36/2023. Del resto, si prosegue, il metodo tariffario rifiuti fissa dei prezzi "massimi" sul presupposto che essi garantiscano l'equilibrio economico-finanziario della gestione, senza però che ogni prezzo fissato in diminuzione, per effetto della celebrazione di una procedura ad evidenza pubblica, possa per questi ritenersi non in grado di garantire tale equilibrio, dato che, se così fosse, non si tratterebbe di prezzi "massimi" bensì di prezzi "imposti". In altri termini, il metodo tariffario è volta a determinare i valori massimi del "prelievo" disposto nei confronti degli utenti, tramite la riscossione della TARI, e non a determinare i corrispettivi contrattuali dovuti al gestore del servizio da parte dell'ente responsabile del servizio, i quali, invece, sono determinati in base all'offerta presentata, nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, dal concorrente, poi risultato aggiudicatario, il quale deve ritenersi, per definizione, in grado di valutare i propri interessi e, dunque, l'adeguata remuneratività del prezzo offerto.

Così, è apparso legittimo, se non doveroso, che a fronte di un risultato migliore ottenuto attraverso un confronto concorrenziale rispetto ai costi ammissibili a copertura per effetto dell'applicazione del metodo, l'ente responsabile del servizio faccia proprio tale vantaggio così ottenuto, con relativo beneficio per gli utenti, senza essere tenuto a riversarlo all'operatore privato, il quale è vincolato dall'offerta presentata in gara, al netto di eventi eccezionali che possano dare luogo alla revisione dei prezzi ai sensi del Codice dei contratti pubblici, senza però che possa rientrare in siffatta fattispecie l'applicazione del metodo tariffario,.

4. Conclusioni. La necessaria armonizzazione tra quadro regolatorio e Codice dei contratti pubblici.

In definitiva, alle pronunce esaminate occorre riconoscere il merito di avere affrontato e, almeno in una certa misura, risolto, perlomeno allo stato attuale dell'elaborazione giurisprudenziale, la questione relativa alla necessaria armonizzazione tra le regole di cui al Metodo Tariffario Rifiuti in tema di equilibrio economico finanziario della gestione e disposto di cui al Codice dei contratti pubblici, con particolare riferimento all'istituto della revisione dei prezzi²⁴.

Infatti, la regolazione posta in essere da ARERA non appare soddisfacente sul punto, risultando poco efficace la formulazione dell'art. 4.6 della deliberazione n. 363/2021, che ha introdotto il MTR-2, nel momento in cui, pur ammettendo che i valori tariffari risultanti dall'applicazione del Metodo costituiscono dei valori massimi, si subordina la possibilità di riconoscere anche cifre inferiori, magari in applicazione dei prezzi fissati contrattualmente, solo previa dimostrazione, da parte dell'ente affidante, che il riconoscimento non integrale all'operatore delle componenti di costo (astrattamente) ammissibili consenta comunque il mantenimento dell'equilibrio economico finanziario in relazione agli obiettivi stabiliti. Ebbene, tale onere probatorio appare eccessivamente impegnativo per l'ente affidante, se non addirittura fuorviante nella dinamica dei rapporti tra l'ente stesso e l'operatore, in quanto l'equilibrio economico finanziario si basa sugli effettivi costi sostenuti da quest'ultimo in relazione alla propria organizzazione d'impresa e, dunque, solo dal medesimo sono conosciuti a fondo. In particolare, nel caso in cui la procedura ad evidenza pubblica sia configurata per l'attribuzione di un appalto, e non per l'affidamento di una concessione, tali costi devono presumersi in equilibrio così come riportati nell'offerta del concorrente risultato aggiudicatario.

Eventuali successive variazioni dei costi non rientranti nella normale alea imprenditoriale, sono "coperti", poi, dall'istituto della revisione dei prezzi che, necessariamente ai sensi del vigente Codice dei contratti pubblici, deve essere previsto negli atti di gara. Attualmente, la disciplina in tema di revisione prezzi deve essere stabilita dalla stazione appaltante in conformità al combinato disposto di cui all'art. 60 del Codice dei contratti pubblici, come aggiornato ai sensi del d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209, e del relativo Allegato II.2-*bis*, i quali, oltretutto, "disegnano", anche allo scopo di superare i margini di incertezza, e di contenzioso, derivati dall'applicazione della normativa previgente, un meccanismo automatico di riequilibrio contrattuale che deve attivarsi al verificarsi di un determinato aumento del costo dell'appalto rilevato secondo indici oggettivi "sintetici".

Così, a maggior ragione dopo l'introduzione di un meccanismo di revisione dei prezzi così garantista e "sensibile" nei confronti delle esigenze dell'operatore che subisca un certo aumento dei costi nel corso di esecuzione del contratto, perlomeno dal punto di vista dall'automaticità del riconoscimento, appare del tutto condivisibile, per non dire doverosa, la

²⁴ Secondo ANCI, come espresso nella comunicazione del 29 novembre 2024 contenente le osservazioni al documento per la consultazione ARERA n. 450/2024 in tema di schema di bando-tipo per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti, la riferita necessità di "armonizzazione" rappresenta probabilmente l'elemento di maggiore complessità determinato dall'avvento della regolazione nel settore dei rifiuti urbani.

statuizione per cui l'appaltatore è adeguatamente tutelato ai sensi del Codice dei contratti pubblici.

Per tale via, allora, rispetto ai prezzi contrattualmente stabiliti all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, rispetto alla quale si deve presumere che l'offerta formulata dall'aggiudicatario sia consapevolmente seria, attendibile e sostenibile, non può trovare spazio un aumento di anno in anno dei corrispettivi in concomitanza con l'individuazione, in applicazione del metodo tariffario, dei costi efficienti (in ipotesi superiori a quelli contrattuali) ammessi a copertura. Infatti, il concetto di "efficienza" non è facilmente individuabile con esattezza della stazione appaltante, anche a fronte della considerazione di "benchmark" desumibili da contesti e scenari simili, ma mai uguali, mentre, al contrario, il concorrente che presenta una certa offerta in una procedura ad evidenza pubblica ben conosce i propri costi effettivi derivanti dal contesto organizzativo in cui opera e dal rapporto con i propri fornitori o prestatori di servizi, così che i valori scaturenti dall'offerta e rifluiti nel contratto sottoscritto con l'ente affidante devono necessariamente poter resistere all'individuazione, di anno in anno, di costi astrattamente efficienti superiori. Ciò, inoltre, dovrebbe poter avvenire senza necessità da parte della stazione appaltante di giustificare l'applicazione dei valori contrattuali rispetto a quelli tariffari, in ipotesi superiori, rispetto al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario della gestione, il quale si deve presumere sussistente in applicazione, nel corso del tempo di esecuzione del contratto, delle condizioni proposte dall'operatore, salvi aumenti successivi dei costi, rispetto ai quali l'appaltatore appare più che adeguatamente tutelato dal meccanismo di revisione dei prezzi di cui al Codice dei contratti pubblici.

Diversamente opinando, l'applicazione del Metodo tariffario finirebbe per obliterare inaccettabilmente i principi fondamentali, di derivazione anche euro-unitaria, in tema di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e porrebbe nel nulla lo stesso senso della celebrazione di una procedura ad evidenza pubblica nel momento in cui l'aggiudicatario potrebbe svincolarsi dai prezzi contrattualmente stabiliti per effetto del riconoscimento (sostanzialmente) automatico, di anno in anno, dei (superiori) costi efficienti ammessi a copertura per effetto del Metodo Tariffario.

Lo stesso ragionamento pare potersi svolgere anche qualora il rapporto tra ente responsabile del servizio ed operatore sia inquadrato nei termini di una concessione: come è noto, infatti, l'istituto della concessione, come espressamente evidenziato agli art. 177 ss. del Codice dei contratti pubblici, presuppone il trasferimento del rischio operativo in capo al concessionario, con ciò intendendosi che a quest'ultimo, in condizioni operative normali, non è garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione delle attività oggetto della concessione, con conseguente effettiva esposizione alle fluttuazioni del mercato. Anche con riferimento alle concessioni, poi, è prevista una possibilità di salvaguardia del concessionario per cui al verificarsi di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, purché non imputabili al concessionario medesimo, che incidano in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, egli può chiedere la revisione del contratto nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di

equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto stesso (art. 192 Codice dei contratti pubblici).

Ebbene, certamente l'applicazione del Metodo Tariffario Rifiuti non può essere considerato un evento sopravvenuto, straordinario ed imprevedibile tale da poter generare una revisione del contratto quanto alle entrate spettanti al concessionario tramite la riscossione della TARI.

Pertanto, per tutto quanto illustrato, appare davvero inevitabile la conclusione, cui è pervenuta la giurisprudenza attualmente prevalente, nel senso che l'effetto di etero-integrazione del contratto (di appalto o di concessione) in ragione dell'applicazione del Metodo in punto di costi efficienti ammessi di anno in anno a copertura possa avere luogo solo in diminuzione rispetto ai valori contrattuali; ciò allo scopo di contenere l'applicazione della TARI nei confronti degli utenti in concomitanza con i costi "efficienti" del servizio. In tale prospettiva, la segnalata giurisprudenza sembra avere fornito un importante chiarimento rispetto ad un quadro regolatorio che, sul punto e per i motivi indicati, non risulta affatto chiaro e soddisfacente.