

**N. 01272/2014 REG.PROV.COLL.
N. 00593/2013 REG.RIC.**



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 593 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Siciliacque s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Mario Bucello, Alessandra Canuti ed Eugenio Bruti Liberati, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Milano, via Serbelloni, 7;

contro

Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Distr.le dello Stato, presso la cui sede, in Milano, via Freguglia, 1, è elettivamente domiciliata;

Presidenza del Consiglio dei Ministri;

Regione Sicilia;

Comune di Petralia Sottana;

per l'annullamento

- della delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas 585/2012 /R/IDR del 28.12.2012, pubblicata sul sito internet dell'Autorità in data 28.12.2012;
- dell'Allegato A alla medesima, recante “la regolazione tariffaria dei servizi idrici per le gestioni conformi alla Legge n. 36/94 e al D.Lgs. n. 152/06 e per la vendita dei servizi all'ingrosso – Periodo di regolazione 2012-2013”, pubblicata su sito internet dell'Autorità in data 28.12.2012;28.12.2012;
- dello strumento, predisposto dagli uffici dell'Autorità, per il calcolo delle tariffe 2012-2013 del Sistema Idrico Integrato (c.d. “tool di calcolo”), pubblicata su sito internet dell'Autorità in data 18.02.2013, nonché di tutti gli atti precedenti, successivi o comunque connessi, anche se non conosciuti;
- per quanto occorrer possa del D.P.C.M. 20 luglio 2012;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2014 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Siciliacque s.p.a. – società mista, il cui capitale è detenuto al 75% da privati e al 25% dalla Regione Sicilia, alla quale, con

convenzione del 20 aprile 2004, è stata affidata per 40 anni la gestione di infrastrutture “sovrambito” ed il servizio di vendita dell’acqua all’ingrosso - impugna i seguenti atti:

- la deliberazione dell’Autorità per l’energia elettrica, il gas ed il sistema idrico n. 585 del 28 dicembre 2012 avente ad oggetto la “regolazione dei servizi idrici: approvazione del metodo tariffario transitorio (MTT) per la determinazione delle tariffe negli anni 2012 e 2013”,

- l’allegato A alla medesima, recante “regolazione tariffaria dei servizi idrici per le gestioni conformi alla legge n. 36/94 e al d.lgs. n. 152/06 e per la vendita dei servizi all’ingrosso – periodo di regolazione 2012-2013;

- lo strumento predisposto dall’Autorità per l’energia elettrica, il gas ed il sistema idrico per il calcolo delle tariffe 2012-2013 del Sistema Idrico Integrato (c.d. “tool di calcolo”), pubblicato sul sito internet dell’Autorità in data 18 febbraio 2013;

- il d.p.c.m. 20 luglio 2012 recante “individuazione delle funzioni dell’Autorità per l’energia elettrica ed il gas attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, ai sensi dell’art. 21, c. 19, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni, dalla l. n. 214/2011.

2. Questi i motivi di ricorso:

I. violazione dei principi di certezza del diritto, tempus regit actum, tutela del legittimo affidamento, ragionevolezza, proporzionalità, pacta sunt servanda e tutela dell’iniziativa economica privata, anche in relazione agli artt. 3 e 41 Cost., 1339 c.c., 117, d.lgs. n. 267/2000, 149, d.lgs. n. 152/2006, 143, d.lgs. n. 163/2006 e 154, d.lgs. n. 152/2006;

II. in relazione all'art. 5, c. 3. Violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, nonché del principio del legittimo affidamento; violazione del principio della certezza del diritto; eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione; violazione dell'art. 2, c. 12, lett. d), l. n. 481/1995 e dell'art. 10, c. 14, lett. f), d.l. n. 70/2011; violazione e falsa applicazione dell'art. 3, c. 1, lett. e), d.p.c.m. 20 luglio 2012;

III. in relazione all'art. 7 della delibera e agli artt. 4, 39, 40, 41, 42, 43 e 44 dell'allegato A; violazione dell'art. 9 della direttiva 2000/60/CE e dell'art. 154, d.lgs. n. 152/2006; violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità;

IV. in relazione all'art. 18 (oneri finanziari). Contrasto con l'art. 9 della direttiva 2000/60/CE, violazione del principio del c.d. full cost recovery; violazione e falsa applicazione dell'art. 117, d.lgs. n. 267/2000; violazione e falsa applicazione dell'art. 154, d.lgs. n. 152/2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, ingiustizia manifesta;

V. in relazione all'art. 32, c. 1, 34, c. 1 dell'allegato (con riferimento all'individuazione dei costi efficientabili e dei costi non efficientabili e all'esclusione dei costi non efficientabili dall'IRAP). Contrasto con l'art. 9 della direttiva 2000/60/CE, violazione del principio del c.d. full cost recovery; violazione e falsa applicazione dell'art. 117, d.lgs. n. 267/2000; violazione e falsa applicazione dell'art. 154, d.lgs. n. 152/2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento; eccesso di potere per sviamento;

VI. in relazione agli artt. 46, c. 1, 45, 33 e 6 dell'allegato (con

riferimento: a) all'individuazione delle componenti che danno luogo ad aggiornamento del vincolo riconosciuto ai ricavi – VRG – e al calcolo del relativo conguaglio e all'esclusione degli oneri sui canoni corrisposti alle amministrazioni locali, denominati anche “altri corrispettivi ai proprietari – Acp” e b) alle modalità di calcolo dei conguagli in genere). Contrasto con l'art. 9 della direttiva 2000/60/CE, violazione del principio del c.d. full cost recovery; violazione e falsa applicazione dell'art. 117, d.lgs. n. 267/2000; violazione e falsa applicazione dell'art. 154, d.lgs. n. 152/2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento, contraddittorietà intrinseca;

VII. in relazione all'art. 46, c. 2 dell'Allegato (aggiornamento del conguaglio). Contrasto con l'art. 9 della direttiva 2000/60/CE, violazione del principio del c.d. full cost recovery; violazione e falsa applicazione dell'art. 117, d.lgs. n. 267/2000; violazione e falsa applicazione dell'art. 154, d.lgs. n. 152/2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, ingiustizia manifesta;

VIII. in relazione all'art. 29 dell'Allegato (tasso di inflazione). Contrasto con l'art. 9 della direttiva 2000/60/CE, violazione del principio del c.d. full cost recovery; violazione e falsa applicazione dell'art. 117, d.lgs. n. 267/2000; violazione e falsa applicazione dell'art. 154, d.lgs. n. 152/2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, ingiustizia manifesta, contraddittorietà intrinseca;

IX. in relazione all'art. 11, c. 2, dell'Allegato (individuazione della quota di compensazione del capitale netto – CCN). Contrasto con

l'art. 9 della direttiva 2000/60/CE, violazione del principio del c.d. full cost recovery; violazione e falsa applicazione dell'art. 117, d.lgs. n. 267/2000; violazione e falsa applicazione dell'art. 154, d.lgs. n. 152/2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, ingiustizia manifesta, contraddittorietà intrinseca;

X. in relazione agli artt. 11, c. 1 e 32, c. 1 dell'Allegato e allo Strumento per il calcolo delle tariffe 2012 e 2013 del s.i.i., c.d. Tool di calcolo (trattamento riservato agli accantonamenti e ai fondi). Contrasto con l'art. 9 della direttiva 2000/60/CE, violazione del principio del c.d. full cost recovery; violazione e falsa applicazione dell'art. 117, d.lgs. n. 267/2000; violazione e falsa applicazione dell'art. 154, d.lgs. n. 152/2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, ingiustizia manifesta;

XI. in relazione all'art. 35 e all'art. 6 dell'Allegato (calcolo del parametro theta in relazione alle altre attività idriche). Contrasto con l'art. 9 della direttiva 2000/60/CE, violazione del principio del c.d. full cost recovery; violazione e falsa applicazione dell'art. 117, d.lgs. n. 267/2000; violazione e falsa applicazione dell'art. 154, d.lgs. n. 152/2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento.

3. In via subordinata, la ricorrente chiede la rimessione degli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, affinché valuti la compatibilità con i principi e le regole comunitarie delle norme nazionali su cui la deliberazione impugnata dichiara di fondarsi.

4. Con un primo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente impugna le deliberazioni dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico nn. 73/2013, 88/2013, 108/2013 e 109/2013, l'Allegato 2

della deliberazione n. 88/2013 e il nuovo “tool di calcolo”, riproponendo avverso tali atti i motivi proposti con il ricorso principale e le seguenti, ulteriori, censure:

XII. in relazione all'art. 2.36 dell'Allegato 2 della deliberazione n. 88/2013 e all'art. 45.8 dell'Allegato A della deliberazione 585/2012. Contrasto con l'art. 9 della direttiva 2000/60/CE, violazione del principio del c.d. full cost recovery; violazione e falsa applicazione dell'art. 117, d.lgs. n. 267/2000; violazione e falsa applicazione dell'art. 154, d.lgs. n. 152/2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento, contraddittorietà estrinseca;

XIII. in relazione all'art. 4.1, lett. q) della deliberazione 73/2013 (mancato riconoscimento dei conguagli successivi al 30 aprile 2012). Contrasto con l'art. 9 della direttiva 2000/60/CE, violazione del principio del c.d. full cost recovery; violazione e falsa applicazione dell'art. 117, d.lgs. n. 267/2000; violazione e falsa applicazione dell'art. 154, d.lgs. n. 152/2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, ingiustizia manifesta, contraddittorietà estrinseca;

XIV. in relazione all'art. 2 della deliberazione n. 73/2013. Eccesso di potere per irragionevolezza, ingiustizia manifesta; violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e ss., l. n. 241/1990; violazione dei principi in materia di giusto procedimento; violazione del principio del legittimo affidamento.

5. In via subordinata, la ricorrente chiede la rimessione degli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, affinché valuti la compatibilità con i principi e le regole comunitarie delle norme

nazionali su cui la deliberazione impugnata dichiara di fondarsi.

6. Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente chiede l'annullamento, nei limiti del proprio interesse, della deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico n. 459/2013 recante "integrazione del metodo tariffario transitorio dei servizi idrici nonché delle linee guida per l'aggiornamento del piano economico finanziario", riproponendo avverso tale atto le censure formulate con il ricorso introduttivo e con il primo ricorso per motivi aggiunti e chiedendo, in via subordinata, la rimessione degli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

7. Con memoria depositata il 4 febbraio 2014, la ricorrente ha dichiarato, alla luce delle deliberazioni n. 459/2013 e 643/2013, di rinunciare all'ottavo ed al tredicesimo motivo di ricorso.

8. Si è costituita in giudizio l'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico, deducendo, oltre all'infondatezza nel merito, l'inammissibilità delle censure mosse contro il metodo tariffario transitorio introdotto con la deliberazione n. 585/2012 per carenza di interesse in quanto atto regolatorio recante meri criteri e modalità (parimenti prive di lesività sarebbero anche le deliberazioni n. 73/2013, 88/2013, 108/2013, 109/2013 e 273/2013) e l'improcedibilità del ricorso per mancata impugnazione della deliberazione n. 459/2013.

9. All'udienza del 20 febbraio 2014, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

10. Le eccezioni di rito formulate dalla difesa dell'amministrazione resistente sono infondate.

10.1 Con la deliberazione n. 585/2013, l'Autorità per l'energia

elettrica, il gas ed il sistema idrico ha approvato il metodo tariffario transitorio (MTT) per la determinazione dei corrispettivi del servizio idrico integrato per gli anni 2012 e 2013.

Tale atto presenta numerosi profili di lesività immediata (si pensi, a mero titolo di esempio, all'esclusione dell'IRAP dai costi efficientabili o anche alla questione del periodo di applicazione della delibera stessa), giacché sotto molteplici aspetti le prescrizioni dettate puntualmente dall'AEEGSI sono vincolanti per gli Enti d'Ambito, che sono tenuti a darvi puntuale esecuzione senza alcun margine di discrezionalità.

Ugualmente lesive devono ritenersi anche le deliberazioni n. 73/2013 - di approvazione delle linee guida per la verifica dell'aggiornamento del piano economico finanziario del piano d'ambito e modifiche alla deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas 585" – n. 88/2013 – di “approvazione del metodo tariffario transitorio per le gestioni ex-CIPE (MTC) per la determinazione delle tariffe per gli anni 2012 e 2013 – modifiche e integrazioni alla deliberazione n. 585/2012” – n. 108/2013 – di “differimento dei termini di trasmissione dei dati, delle proposte tariffarie dell'aggiornamento del piano economico finanziario in materia di metodo tariffario transitorio del servizio idrico” – n. 109/2013 – di “rettifica di errore materiale relativo alla deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas n. 88/2013”.

10.2 Anche la censura di improcedibilità del ricorso per mancata impugnazione della deliberazione n. 459/2013 è infondata poiché tale atto è stato gravato con il secondo ricorso per motivi aggiunti.

11. Ai fini della valutazione delle complesse questioni sollevate nella

presente impugnativa, occorre riassumere la disciplina attualmente vigente in tema di tariffe del servizio idrico integrato.

La fonte normativa principale in materia è costituita dal d.lgs. n. 152 del 2006 che all'art. 141 definisce il servizio idrico integrato (SII), quale insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue.

Quanto alla tariffa da corrispondersi da parte degli utenti del servizio, assume rilevanza centrale l'art. 154, comma 1°, del Codice dell'ambiente, il cui testo è stato modificato a seguito dell'esito positivo (accoglimento) del referendum abrogativo di parte del comma medesimo, referendum indetto con d.P.R. 23 marzo 2011, dopo che la Corte Costituzionale lo aveva dichiarato ammissibile con sentenza n. 26 del 26 gennaio 2011.

Per effetto del referendum (cfr. il d.P.R. 18 luglio 2011, n. 116), sono state espunte dal testo del comma menzionato le parole <<dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito>>, sicché il testo attuale è il seguente:

<<La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio <<chi inquina paga>>. Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura

di corrispettivo>>.

Prima dell'abrogazione della citata parte del comma 1 dell'art. 154 e della successiva approvazione dell'impugnata delibera dell'AEEGSI n. 585/2012, trovava applicazione, in tema di determinazione della tariffa del SII, il decreto del Ministero dei Lavori Pubblici del 1° agosto 1996 (adottato in attuazione della legge n. 36 del 1994, c.d. legge "Galli", poi trasfusa nel d.lgs. n. 152 del 2006), che ha introdotto il c.d. metodo tariffario normalizzato (MTN).

Il citato decreto ministeriale prevedeva in particolare, sul capitale investito, un tasso di remunerazione fisso del 7%, che riguardava sia il capitale preso a prestito dal gestore sia il capitale proprio, allo scopo di agevolare gli investimenti – soprattutto privati – nel settore dei servizi idrici, garantendo agli investitori una remunerazione fissa e prestabilita del capitale, non solo di debito ma anche proprio (cfr. l'art. 3.3 dell'allegato al decreto, il quale fissava appunto al 7% il valore del parametro "R", remunerazione del capitale investito).

L'articolo 154, d.lgs. n. 152/2006, nel testo vigente dopo il referendum, tiene fermo il principio del "recupero integrale dei costi".

Tale principio è affermato anche:

- nel d.p.c.m. del 20 luglio 2012, agli articoli 2 lett. e) (<<attuazione dei principi comunitari <<recupero integrale di costi>>...>>) e 3, comma 1°, lett. c) (<<definisce le componenti di costo – inclusi i costi finanziari degli investimenti e della gestione – per la determinazione della tariffa... >>);
- nell'art. 10, del d.l. n. 70 del 2011, convertito con legge n. 106 del 2011, comma 11, e comma 14 (<<predispone il metodo tariffario

per la determinazione, con riguardo a ciascuna delle quote in cui tale corrispettivo si articola, della tariffa del servizio idrico integrato, sulla base della valutazione dei costi e dei benefici dell'utilizzo delle risorse idriche e tenendo conto, in conformità ai principi sanciti dalla normativa comunitaria, sia del costo finanziario della fornitura del servizio che dei relativi costi ambientali e delle risorse, affinché siano pienamente attuati il principio del recupero dei costi [...] >>).

Il principio del c.d. full cost recovery trova esplicito fondamento normativo non solo a livello nazionale, ma anche comunitario.

In tal senso l'art. 9 della direttiva della Comunità Europea 2000/60/CE, che enuncia il principio del recupero dei costi dei servizi idrici, demandando agli Stati membri, entro il 2010, di provvedere a un adeguato contributo al recupero dei costi dei servizi idrici, sulla base dell'analisi economica effettuata secondo l'allegato III alla direttiva medesima [così testualmente l'allegato: <<L'analisi economica riporta informazioni sufficienti e adeguatamente dettagliate (tenuto conto dei costi connessi alla raccolta dei dati pertinenti) al fine di: a) effettuare i pertinenti calcoli necessari per prendere in considerazione il principio del recupero dei costi dei servizi idrici, di cui all'articolo 9 [...] >>].

L'allegato citato impone quindi la stima dei costi attraverso una analisi economica, privilegiando quindi una nozione economica di "costo", da non confondersi con la figura del "costo" prevista dai principi contabili internazionali ed impiegata per la redazione dei bilanci consuntivi delle società (nel nostro ordinamento, secondo le norme dettate dal codice civile).

Anche ulteriori atti provenienti dalle Istituzioni Comunitarie (ora,

dell'Unione Europea), propendono in maniera inequivoca per la copertura integrale di tutti i costi del servizio idrico.

In particolare:

- la comunicazione della Commissione COM (2000) 477 del 26 luglio 2000, per la quale la politica di tariffazione deve tenere conto dei “costi finanziari”, comprendenti anche i costi del capitale;
- la comunicazione della Commissione COM (2012) 672 che effettua (si veda il punto 3.1.1) un esplicito richiamo al recupero dei costi finanziari dei servizi idrici;
- la comunicazione della Commissione COM (2012) 673 del 14 novembre 2012, che conferma la necessità di piena attuazione del citato art. 9 della direttiva sul recupero dei costi dei servizi idrici;
- la comunicazione della Commissione COM (2007) 414 del 18 luglio 2007, che ribadisce la necessità del rispetto dell'art. 9 menzionato.

Non può pertanto negarsi l'esistenza del principio della copertura integrale dei costi, essenziale all'economicità della gestione, vale a dire all'autosufficienza della stessa, che si raggiunge attraverso l'equilibrio fra i costi dei fattori produttivi ed i ricavi risultanti dalla gestione.

Tale conclusione non è contraddetta dall'esito del referendum abrogativo del 2011, che ha espunto soltanto dall'ordinamento meccanismi di predeterminazione automatica e a priori di un profitto (o meglio sarebbe dire, di una rendita), a favore del gestore.

Premesso quanto sopra, è possibile procedere all'esame dei singoli motivi del ricorso principale.

12. Con il primo motivo, la ricorrente lamenta l'illegittimità dell'art. 5 della delibera n. 585/2012, ai sensi del quale, entro il 31 marzo 2013,

gli Enti d'Ambito devono aggiornare o redigere, se non ancora esistente, il piano economico finanziario di ciascun piano d'ambito sulla base della metodologia tariffaria introdotta dalla deliberazione stessa.

In particolare, ad avviso della ricorrente, la deliberazione, nell'imporre l'applicazione del nuovo metodo tariffario anche alle convenzioni di gestione in corso, senza prevedere l'adozione di apposite misure compensative, si pone in contrasto con i principi di ordine costituzionale e comunitario di certezza del diritto, tempus regit actum, legittimo affidamento, ragionevolezza, proporzionalità, pacta sunt servanda e tutela dell'iniziativa economica privata, anche in relazione agli artt. 3 e 41 Cost., 1339 c.c., 117, d.lgs. n. 267/2000, 149, d.lgs. n. 152/2006, 143, d.lgs. n. 163/2006 e 154, d.lgs. n. 152/2006.

12.1 Con il secondo motivo, la Siciliacque s.p.a. censura l'art. 5, c. 3 della deliberazione n. 585/2012 – ai sensi del quale “se non adeguate entro il termine di cui al comma 5.1 e fermo restando quanto previsto al comma 6.5, sono inefficaci le clausole contrattuali e gli atti che regolano i rapporti tra gestori e autorità competenti incompatibili con il presente provvedimento” – per violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, nonché del principio del legittimo affidamento; violazione del principio della certezza del diritto; eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione; violazione dell'art. 2, c. 12, lett. d), l. n. 481/1995 e dell'art. 10, c. 14, lett. f), d.l. n. 70/2011; violazione e falsa applicazione dell'art. 3, c. 1, lett. e), d.p.c.m. 20 luglio 2012.

12.2 I motivi, che possono essere trattati congiuntamente perché

strettamente connessi sul piano logico e giuridico, sono infondati.

12.3 Il potere dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico di incidere sulle convenzioni in essere trova fondamento nell'art. 10, c. 14, lett. f) del d.l. n. 70/2011 e nell'art. 3 del DPCM 20.7.2012, disposizioni ai sensi delle quali l'autorità "verifica la corretta redazione del piano d'ambito, esprimendo osservazioni, rilievi e impartendo, a pena d'inefficacia, prescrizioni sugli elementi tecnici ed economici e sulla necessità di modificare le clausole contrattuali e gli atti che regolano il rapporto tra le Autorità d'ambito territoriale ottimale e i gestori del servizio idrico integrato".

L'autorità dispone dunque del potere di dettare prescrizioni che vanno a incidere "a pena di inefficacia" – e sono dotate, quindi, di forza cogente - sulle clausole e sugli atti che regolano il rapporto fra i gestori del SII e gli Enti d'Ambito.

12.4 La ricorrente sostiene che l'Autorità non avrebbe il potere di dettare, con i propri atti di regolazione, prescrizioni che sostituiscono previsioni contrattuali, quali quelle contenute nelle convenzioni che accedono ai provvedimenti di affidamento del servizio idrico, giacché l'art. 1339 del codice civile attribuirebbe tale potere solo a fonti di rango primario.

Anche questa doglianza è infondata.

La giurisprudenza, proprio in un precedente riguardante l'attività di regolazione espletata dall'AEEGSI, ha chiarito che l'art. 1339 c.c., sebbene faccia esplicito riferimento alle clausole imposte dalla legge, allude non soltanto al caso nel quale la legge individui essa stessa direttamente la clausola da inserirsi nel contratto, ma si riferisce anche all'ipotesi in cui la legge preveda che l'individuazione della

clausola sia fatta da una fonte normativa di rango secondario da essa autorizzata (cfr. Cassazione civile, sez. III, 27 luglio 2011, n. 16401).

Ciò premesso va osservato che, come visto, l'art. 10, comma 14, lett. d) ed f) del d.l. n. 70 del 2011 attribuisce all'Autorità il potere di approvare il metodo tariffario per la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato nonché di impartire, a pena d'inefficacia, prescrizioni sulla necessità di modificare le clausole contrattuali e gli atti che regolano il rapporto tra le Autorità d'ambito territoriale ottimale e i gestori del servizio idrico integrato.

Tale previsione di rango primario ha dunque autorizzato l'AEEGSI ad eterointegrare le convenzioni; pertanto il modello configurato dal citato art. 1339 c.c. può dirsi rispettato.

12.5 Il Collegio non ritiene corretta l'interpretazione dell'art. 10, comma 14, lett. d) ed f) del d.l. n. 70 del 2011 prospettata dalla ricorrente, secondo cui la norma attribuirebbe all'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico il solo potere di proporre la modifica delle clausole convenzionali, senza tuttavia potere intervenire direttamente su di esse in quanto il concreto recepimento delle prescrizioni dettate dal regolatore sarebbe rimesso alla negoziazione tra le parti.

Essa è invero eccessivamente restrittiva: ove si aderisse a tale lettura, si giungerebbe, invero, alla paradossale conseguenza di impedire l'immediato adeguamento delle convenzioni in essere ai mutamenti che intervengono nel quadro normativo di riferimento.

Inoltre, poiché i servizi di captazione, adduzione e depurazione sono parte del "servizio idrico integrato" in forza di quanto previsto all'art. 141, secondo comma, del d.lgs. n. 152 del 2006 e l'Autorità

per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico dispone, quindi, del potere di predisporre il metodo tariffario per la determinazione della tariffa anche con riferimento a tali servizi, il Collegio ritiene corretto accedere ad una interpretazione dell'art. 10, c. 14, lett. f), d.l. n. 70/2011 che ricomprenda tra gli "atti che regolano il rapporto tra le Autorità d'ambito territoriale ottimale e i gestori del servizio idrico integrato", su cui l'autorità può incidere, anche le convenzioni stipulate da soggetti che, come la ricorrente, sono grossisti e gestori del segmento di "sovrambito".

12.6 Non può poi ritenersi che, nel caso di specie, il potere attribuito dall'art. 10, c. 14, lett. f) sia stato esercitato in contrasto con i principi e le norme invocate dalla ricorrente.

La decisione di incidere sulle convenzioni in essere, espungendo l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito dai criteri per la determinazione delle tariffe, era doverosa alla luce del mutato quadro normativo risultante dalla consultazione referendaria dell'11 e 12 giugno 2011 ed è pienamente conforme al dettato normativo.

La differente interpretazione, che ritenga la vigente formulazione dell'art. 154, d.lgs. n. 152/2006 applicabile solo alle nuove convenzioni, con esclusione di quelle in essere, considerando la loro lunga durata (sino a 30 anni), porterebbe, invero, ad una vanificazione degli effetti del referendum del 2011.

A questa stessa conclusione è giunto anche il Consiglio di Stato, con il parere, sez. II, n. 267 del 25.1.2013 e con la sentenza, sez. IV, 22.1.2014, n. 319.

Con il parere n. 267/2013, il Consiglio di Stato, nell'esprimersi sulla decorrenza temporale dei poteri regolatori in materia di tariffe

idriche attribuiti all'AEEGSI dal d.l. n. 201/2011, ha, difatti, affermato che per effetto del referendum abrogativo dell'11 e 12 giugno 2011, ha ormai perso efficacia il DM del 1996 sul metodo tariffario normalizzato, la cui applicazione deve reputarsi illegittima anche per il secondo semestre del 2011, allorché si erano ormai prodotto gli effetti abrogativi del referendum.

Di conseguenza, ha sostenuto il Consiglio di Stato, l'Autorità dovrà necessariamente tenere conto dell'esito del referendum già a partire dal luglio 2011, fermo restando il rispetto del complesso quadro normativo nazionale ed europeo sulla determinazione delle tariffe.

Parimenti, con la sentenza, sez. IV, 22.1.2014, n. 319, il Consiglio di Stato ha affermato che "E' evidente, infatti, che il vacuum relativo alle tariffe per le annualità 2010 e 2011 deve essere colmato dall'Autorità ora attributaria in via ordinaria e istituzionale dei poteri regolatori, ossia dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, che ha già provveduto per le annualità 2012 e 2013 con la deliberazione n. 585/2012/R/IDR del 28 dicembre 2012, avviando altresì il procedimento per la restituzione agli utenti della componente tariffaria corrispondente alla remunerazione del capitale per il periodo 21 luglio-31 dicembre 2011 (con la deliberazione 31 gennaio 2013 n. 38/2013/R/IDR), quest'ultima assunta previo parere n. 267 del 25 gennaio 2013 della Sezione Seconda del Consiglio di Stato, ossia per il periodo a far data dall'effetto abrogativo del referendum indetto con il d.P.R. 23 marzo 2011, come stabilita dall'art. 1, comma 1, del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 116. Ne consegue che l'Autorità, che già si è riconosciuta competente, sia pure a tali limitati fini, per periodo precedente l'attribuzione di competenza di cui all'art. 21

comma 19 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito nella 22 dicembre 2011, n. 214, dovrà darsi carico anche delle determinazioni tariffarie relative alle annualità 2010 e 2011”.

L'art. 5 della deliberazione n. 585/2012 potrebbe quindi essere ritenuto illegittimo solo ove sia la norma di cui all'art. 154, d.lgs. n. 152/2006, quale risultante dalla consultazione referendaria – cui l'Autorità ha dato puntuale applicazione - a porsi in contrasto con la Costituzione o con le norme e i principi comunitari.

Ad avviso del Collegio tale contrasto non sussiste.

La Corte Costituzionale, con riferimento ai rapporti di durata, sostiene che non possa parlarsi di legittimo affidamento nella loro immutabilità (sentenza 5 gennaio 2011, n. 1): «nel nostro sistema costituzionale non è affatto interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali vengano a modificare in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata, anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti (salvo, ovviamente, in caso di norme retroattive, il limite imposto in materia penale dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione). Unica condizione essenziale è che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello stato di diritto» (sentenza n. 264 del 2005; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 236 e n. 206 del 2009).

Dal canto suo, la Corte di Giustizia UE ha più volte chiarito che, sebbene i principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento siano di derivazione comunitaria, cionondimeno essi

non impediscono ai legislatori nazionali di intervenire sulla normativa vigente per introdurre modifiche che comportino un riassetto delle condizioni economiche proprie dei rapporti di durata.

In particolare si è rilevato che un operatore economico prudente ed accorto dovrebbe essere in grado di prevedere i possibili razionali sviluppi della legislazione e dovrebbe, quindi, orientare la propria attività anche tenendo conto di siffatte previsioni. La Corte di Giustizia ha peraltro precisato che spetta al giudice nazionale stabilire se le modifiche introdotte siano effettivamente non irrazionali e prevedibili (cfr. Corte di Giustizia CE, 10 settembre 2009, causa C-201/08, *Plantanol*, punti 46 e segg.; id., 11 maggio 2006, causa C-384/04, *Federation of Technological Industries*, punto 34).

Ciò premesso si deve evidenziare che l'atto di regolazione qui avverso interviene su una materia, quella della disciplina delle tariffe idriche, che gli operatori sanno essere in evoluzione, tanto che nelle convenzioni stipulate con gli enti preposti all'affidamento del servizio sono spesso inserite clausole di adeguamento alla normativa sopravvenuta. La flessibilità del sistema dipende dal fatto che i rapporti fra gestore ed ente concedente hanno solitamente durata estremamente lunga (le convenzioni hanno spesso durata ultraventennale), e che è quindi fisiologico che tali rapporti risentano dell'evoluzione del contesto sociale ed economico di riferimento.

I principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento non possono quindi essere invocati per evitare che trovino applicazione, nell'ambito di rapporti di gestione di un servizio pubblico di lunga durata, le novità normative sopravvenute nel corso del tempo; conclusione questa a cui si giungerebbe se si accogliesse la tesi della

ricorrente, la quale vorrebbe subordinare ogni modifica delle condizioni di gestione all'accordo fra gestore e Ente d'Ambito, con esclusione di ogni potere esterno di regolazione.

L'affermazione secondo cui l'incidenza sulle tariffe previste dalle convenzioni in essere, determinata dalla parziale abrogazione dell'art. 154, d.lgs. n. 152/2006, porterebbe alla lesione dei principi della tutela del legittimo affidamento – anche per la mancata previsione di misure transitorie - della stabilità dell'equilibrio economico-finanziario e della certezza del diritto trova, inoltre, smentita nella limitata incidenza degli effetti derivanti dal referendum che non vanno, invero, a privare il servizio idrico della sua rilevanza economica.

Come si è già osservato, anche dopo il referendum, rimane, difatti, fermo il principio della copertura dei costi, tra i quali, quindi, anche i costi del capitale: il principio è stato rispettato dalla deliberazione n. 585/2012 che, in luogo della remunerazione del capitale al tasso fisso 7% - espunta in ossequio all'esito referendario - riconosce in tariffa un onere finanziario pari al 6,4%, quale costo opportunità per l'uso del capitale proprio.

La normativa sopravvenuta, quindi, (perlomeno nelle sue linee generali e salva la verifica sulle singole disposizioni) - ispirandosi al principio del “full cost recovery”, il quale impone che i criteri di calcolo delle tariffe del SII assicurino comunque l'equilibrio economico finanziario delle gestioni - non ha stravolto il previgente assetto e non ha determinato una lacerazione traumatica del quadro economico in essere tale da rendere indefettibile l'introduzione di un regime transitorio.

12.7 Non può ritenersi sussistente il lamentato difetto di istruttoria e di motivazione, stante la genericità della doglianza secondo cui l'Autorità non avrebbe condotto una specifica valutazione delle convenzioni in essere, al fine di valutare l'impatto sulle medesime della propria azione regolatoria e avrebbe invece ignorato le criticità sollevate dai gestori.

12.8 Altrettanto generica è la censura di irragionevolezza della deliberazione impugnata che costringerebbe i gestori e gli enti d'ambito a modificare le proprie convenzioni, attraverso procedure lunghe e complesse, al fine di adeguarle ad un regime tariffario destinato ad essere sostituito nel 2014, non avendo la ricorrente dedotto concreti elementi che palesino l'illogicità del provvedimento impugnato.

12.9 La ricorrente lamenta, poi, l'irragionevolezza della previsione temporale che obbliga i gestori ad adeguare le convenzioni alle norme contenute nella delibera impugnata entro un brevissimo lasso di tempo.

Ritiene il Collegio che anche questa censura sia infondata atteso che l'Autorità ha concesso un periodo di ben quattro mesi per adeguarsi alle nuove disposizioni (il termine fissato scade il 30 aprile 2013), e che la ricorrente non ha dedotto alcun concreto elemento che possa dimostrare l'incongruità di tale termine.

12.10 Infine, la ricorrente lamenta l'indeterminatezza dell'art. 5, c. 3 della deliberazione impugnata, che prevede la decadenza di tutte le clausole convenzionali incompatibili, posto che, a suo dire, l'Autorità avrebbe dovuto individuare direttamente le clausole convenzionali sanzionate con l'inefficacia in quanto contrarie all'atto di regolazione.

La censura è infondata giacché non è pensabile addossare all'AEEGSI l'onere di esaminare le centinaia di convenzioni esistenti sul territorio nazionale; d'altro canto, i gestori del servizio idrico e le autorità d'ambito che affidano il servizio stesso sono operatori professionali del settore in grado di individuare agevolmente, ciascuno per quanto di interesse, i contrasti fra clausole convenzionali esistenti ed atto di regolazione.

13. Con il terzo motivo la ricorrente censura l'art. 7 della delibera e taluni articoli dell'allegato alla stessa, norme che disciplinano il c.d. FoNI, il fondo per i nuovi investimenti.

Il FoNI è un fondo, alimentato da un'apposita componente tariffaria, sottoposto ad un vincolo di scopo, vale a dire il finanziamento dei nuovi investimenti o la tutela degli utenti in condizioni di disagio economico.

La ricorrente lamenta, in particolare, il mancato riconoscimento in tariffa degli oneri finanziari e fiscali per gli investimenti finanziati a fondo perduto con il FoNI, in violazione dei principi della copertura integrale dei costi, di ragionevolezza e proporzionalità.

La doglianza è fondata nella parte in cui contesta il mancato riconoscimento degli oneri fiscali.

La quota di tariffa che costituisce il FoNi è soggetta a tassazione, trattandosi di un reddito maturato in capo al gestore.

Di fronte a tale constatazione, appare manifestamente illogico, oltre che in contrasto con il principio del c.d. full cost recovery, il disconoscimento di ogni onere fiscale.

La bontà di tale conclusione è confermata anche dalla scelta assunta dall'Autorità nella successiva deliberazione 643/2013, di

approvazione del metodo tariffario definitivo per gli anni 2014 e 2014, nella quale gli oneri fiscali hanno avuto un – seppure parziale – riconoscimento (cfr. il doc. 29 dell’Autorità, depositato il 30.1.2014). È pertanto illogico che il MTT per gli anni 2012 e 2013 non riconosca – in mancanza di modifiche normative o fattuali – quale “costo” una componente che è stata invece riconosciuta per il successivo biennio 2014-2015.

È, invece, legittima la scelta dell’AEEG di non riconoscere oneri finanziari sulla quota del FoNi, costituita da contribuzioni a fondo perduto, atteso che nessun costo è stato sostenuto dal gestore per l’acquisto o la realizzazione dell’immobilizzazione, non avendo questi utilizzato né capitale proprio né capitale di debito.

La ricorrente contesta, poi, l’art. 7 della deliberazione n. 585/2012, poiché non precisa le modalità di deduzione della quota del FoNi (per l’ipotesi disciplinata all’art. 7.1, in cui il gestore deve dare applicazione in via provvisoria alla variazione tariffaria massima prevista dal metodo normalizzato), con il rischio che una quota dei costi del servizio venga coperta in un periodo successivo, senza che nelle formule sia compreso l’onere finanziario corrispondente a tale ritardo nella copertura dei costi.

La censura non è fondata.

Poiché si tratta di anticipazioni di costi di investimento e nessun costo è sostenuto dal gestore per il reperimento della contribuzione a fondo perduto proveniente dal FoNi, non spetta il riconoscimento di un onere finanziario in caso di eventuale ritardo nel relativo conseguimento.

Il motivo merita, quindi, solo un parziale accoglimento.

14. Con il quarto motivo, viene censurato l'art. 18 dell'allegato A alla delibera impugnata, recante la disciplina degli oneri finanziari da riconoscersi al gestore del SII poiché non assicurerebbe il reintegro dei costi di capitale sostenuti e violerebbe quindi il principio del full cost recovery.

La determinazione concreta degli oneri avviene attraverso un complesso meccanismo di calcolo, che utilizza numerosi parametri.

L'esponente contesta, in particolare, la misura di tre parametri - Kd (c.d. premio al debito), ERP (premio per il rischio di mercato) e Beta (rischiosità relativa al SII) - ritenendola insufficiente a garantire la copertura dei costi.

Sul punto, occorre dapprima ricordare – come correttamente esposto dall'Avvocatura erariale nelle proprie difese – che il meccanismo di copertura integrale dei costi opera necessariamente con riferimento a costi standard, calcolati sulla base di criteri di efficienza e non si può invece tradurre in un mero riconoscimento dei costi effettivamente sostenuti, quasi che si trattasse di un rimborso a piè di lista.

Tale sistema tariffario, proprio dei settori di mercato ove esiste un'autorità indipendente di regolazione (cfr. la legge 481 del 1995, istitutiva dell'AEEG), è rivolto a premiare l'efficienza dei gestori, evitando che errori, sprechi ed altre inefficienze gestionali siano poste a carico dell'utenza attraverso i meccanismi tariffari.

Va ancora precisato preliminarmente che, per costante giurisprudenza, il giudice amministrativo, in relazione ai provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti, esercita un puro e semplice sindacato di legittimità, che non si estende al merito.

Le scelte che l'Autorità compie sono quindi sindacabili secondo i tradizionali schemi: il giudice deve valutare se l'apprezzamento discrezionale sia immune da travisamenti di fatto e vizi logici, ed accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate. Laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il Giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'Autorità nella definizione del concetto giuridico indeterminato se questa sia attendibile ed immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici e da vizi di violazione di legge (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 28 settembre 2012 n. 5146; id., 16 settembre 2011 n. 5171).

Le scelte compiute nel concreto dall'Autorità, consistenti nell'attribuire un valore ai tre fattori suindicati, sono scelte che costituiscono esercizio di discrezionalità tecnica, per il cui sindacato valgono i limiti testé illustrati.

Ciò premesso si deve rilevare che le censure mosse dalla ricorrente avverso tale determinazione non sono idonee a dimostrare la palese illogicità o l'irragionevolezza tecnica della scelta effettuata, né la sussistenza di errori nell'acquisizione e nell'apprezzamento dei fatti assunti a fondamento della stessa.

Quanto al parametro Kd, le doglianze appaiono generiche e unicamente volte a evidenziare inefficienze del mercato che, tuttavia, legittimamente non assumono rilievo in ipotesi di utilizzo di un modello di regolazione incentivante, che prevede la valorizzazione in tariffa di un onere finanziario standard, calcolato sulla base di criteri di efficienza e non di un onere finanziario a piè di lista.

Peraltro, la tabella contenuta nella relazione di Oxera (depositata in

giudizio dalla ricorrente a suffragio delle proprie conclusioni) effettua comparazioni non omogenee con mercati diversi da quello idrico e con paesi aventi una diversa disciplina della regolazione.

Anche per il fattore ERP, la ricorrente parla di “numerose evidenze”, che farebbero intravedere un valore non del 4% - fissato nel provvedimento impugnato – ma “prossimo al 5%”. La suindicata relazione confronta l'ERP del settore idrico (fissato al 4%), con quello di altri settori (come l'aviazione civile, la trasmissione dell'elettricità e la telefonia fissa e mobile), nei quali la concorrenza appare maggiormente sviluppata e quindi maggiore il rischio di mercato (in tali settori, il valore ERP oscilla in effetti fra il 4 e il 5 per cento).

Poco significativo appare, peraltro, il paragone con le esperienze straniere, in particolare con quella del Regno Unito, nel quale l'apertura al mercato del settore idrico risale ormai a diversi anni or sono ed il numero degli operatori è molto più basso che in Italia.

Anche i confronti con altri paesi europei (Francia, Germania, Olanda o Irlanda) in settori eterogenei a quello idrico non sembrano pregnanti.

Ed anche con riguardo al fattore Beta, la parte muove censure generiche richiamando il problema della morosità del settore idrico, che sarà oggetto di specifica trattazione.

Peraltro, con riferimento a tale parametro, la stessa relazione è costretta ad ammettere che i valori del settore elettrico oppure di altri paesi non sono <<direttamente comparabili>> con il valore fissato dall'AEEGSI nel provvedimento impugnato.

Ciò che, comunque, preme al Collegio rimarcare è che, anche nella

relazione tecnica depositata dalla parte, le conclusioni sono sempre formulate in via dubitativa e, soprattutto, non prospettano mai l'abnormità delle scelte compiute da AEEGSI.

In sostanza la ricorrente, con le censure in esame, lungi dal mettere in evidenza palesi irrazionalità od errori, si limita a proporre soluzioni alternative a quella formulata dall'Autorità, a suo dire maggiormente aderenti alla realtà del mercato idrico. Si è già detto tuttavia che questo tipo di censure non può essere positivamente apprezzato dal giudice.

La ricorrente contesta poi il parametro per la determinazione degli oneri finanziari di cui all'art. 18 espresso con la formula CS/CnS.

Esso rappresenta il rapporto fra immobilizzazioni cui si applica lo scudo fiscale (essenzialmente acquisite con capitale di debito) e le altre immobilizzazioni (acquisite con capitale proprio), rapporto che nella delibera impugnata è posto pari a 1.

La ricorrente contesta la misura del rapporto, ritenendo che esso dovrebbe – più correttamente – essere fissato nella misura di 0,5, con prevalenza quindi del capitale non scudato.

Anche questa allegazione oltre ad essere indimostrata non evidenzia la sussistenza di una palese illogicità nella scelta formulata da AEEG, essendo peraltro condivisibili le considerazioni difensive svolte da quest'ultima, secondo cui gli esiti del referendum abrogativo del 2011, che ha vietato qualsiasi remunerazione predeterminata e a priori del capitale proprio dell'impresa, tenderà a spostare il rapporto fra capitale a debito e capitale proprio verso un sostanziale equilibrio (rapporto pari a 1); senza contare che nelle immobilizzazioni sono comprese anche quelle di proprietà degli enti locali, sovente

realizzate mediante ricorso al mutuo e quindi da comprendersi nel capitale scudato.

In conclusione, non reputandosi manifestamente illogiche o irragionevoli le misure dei parametri contenuti nell'art. 18, il motivo in esame deve rigettarsi.

15. Con il quinto motivo la ricorrente contesta l'art. 32, c. 1 e l'art. 34, c. 1 dell'allegato con riferimento all'individuazione dei costi efficientabili e dei costi non efficientabili e, in particolare, all'esclusione dai costi non efficientabili dell'IRAP (imposta regionale sulle attività produttive, ai sensi del D.Lgs. 446/1997), lamentando il contrasto con l'art. 9 della direttiva 2000/60/CE, la violazione del principio del c.d. full cost recovery; la violazione e falsa applicazione dell'art. 117, d.lgs. n. 267/2000; la violazione e falsa applicazione dell'art. 154, d.lgs. n. 152/2006; l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento; l'eccesso di potere per sviamento.

La censura è fondata.

Ai sensi dell'art. 4 della delibera 585/2012, i costi della gestione sono distinti in costi efficientabili (sui quali, cioè, la gestione del servizio può svolgere un'azione di efficientamento) e non efficientabili, esterni alla gestione e sui quali quest'ultima non può svolgere alcuna azione tesa alla loro riduzione.

Fra i costi efficientabili, l'art. 32 dell'allegato A alla delibera pone anche quello relativo all'onere fiscale IRAP del bilancio, mentre altri oneri fiscali (tributi locali, ad esempio) sono reputati non efficientabili.

Per l'AEEGSI, l'IRAP costituisce un costo efficientabile, in quanto

potrebbe essere ridotto mediante opportuni interventi aziendali sul costo del personale.

La tesi difensiva dell'Autorità non convince.

Va, difatti, rilevato che nella determinazione della base imponibile dell'IRAP, secondo l'art. 5 del D.Lgs. 446/1997 – che richiama l'art. 2425 del codice civile sul contenuto del conto economico – non rilevano in alcun modo i costi del personale (quelli, cioè, di cui al n. 9, lettera B, dell'art. 2425 citato).

La contrazione delle spese di personale non determina dunque di per sé una contrazione della base imponibile IRAP: essa determina, piuttosto, un incremento degli utili e quindi un incremento dell'imposta.

La contrazione dell'IRAP può essere conseguita mediante una diversa allocazione dei fattori produttivi, sostituendo il fattore della produzione “personale”, come detto non rilevante allo specifico fine, con altri fattori della produzione, invece rilevanti: a parità di costi totali, un incremento dei costi per altri fattori produttivi a scapito dei costi per il personale, porta invero ad una riduzione della base imponibile.

La decisione di inserire l'IRAP fra i costi efficientabili non spinge quindi le imprese a ridurre i costi totali ma a sostituire un fattore della produzione con un altro.

Ciò è però illegittimo poiché non premia l'impresa che riduce i propri costi ed è quindi maggiormente efficiente ma, illogicamente, a parità di costi totali, l'impresa che ha un minore costo per il personale.

Si tratta pertanto di decisione non razionale che finisce per ingerirsi

in maniera arbitraria nelle scelte delle imprese.

Di conseguenza, il motivo deve essere accolto.

16. Con il sesto motivo, viene lamentata l'illegittimità degli articoli 45, 46, comma 1, 33 e 6 dell'allegato A, sotto tre differenti profili:

I. in sede di determinazione del vincolo aggiornato ai ricavi di gestione, l'Autorità non avrebbe previsto alcuna voce relativa all'incremento dei canoni o corrispettivi che i gestori devono corrispondere agli enti locali, proprietari delle reti, rispetto agli importi indicati nel bilancio 2011 e considerati in tariffa. In particolare, viene ritenuta illogica la cristallizzazione in tariffa del corrispettivo per la concessione di gestione del sistema acquedottistico versato dalla società ricorrente alla Regione nella misura corrisposta nel 2011, corrispettivo parametrato anche sui volumi venduti, e quindi sui ricavi conseguiti, e pertanto destinato a variare nel tempo;

II. il meccanismo utilizzato all'art. 46 dell'allegato sarebbe irragionevole poiché impone di tenere conto (in negativo) nel conguaglio del maggiore ricavo ottenuto dalla vendita di maggiori volumi di acqua rispetto ai volumi risultanti dai bilanci del 2011 senza tuttavia considerare nei maggiori costi anche gli incrementi dei costi variabili necessari alla produzione dei volumi aggiuntivi;

III. l'applicazione della formula di cui all'art. 46 dell'allegato (conguaglio del vincolo riconosciuto ai ricavi) - finalizzata ad assicurare ai gestori, per ciascun anno di applicazione del metodo transitorio, un conguaglio in relazione, tra l'altro, all'incremento di alcune voci di costo considerate "passanti", indicate all'art. 45, voci che compongono il vincolo riconosciuto ai ricavi aggiornato

(VRG^aagg) - potrebbe non essere corretta qualora per il calcolo del VRG^aagg si utilizzasse la formula di cui al punto 6.2

Il primo profilo è infondato.

Le oscillazioni del corrispettivo per la concessione di gestione del sistema acquedottistico non sempre assumono una connotazione negativa per il concessionario, potendo verificarsi una riduzione del canone, in conseguenza di una contrazione dei volumi di acqua venduti e quindi dei ricavi.

Pertanto, in un'ottica complessiva, il mutamento del corrispettivo per la concessione di gestione del sistema acquedottistico non sempre determina un costo aggiuntivo per il gestore del servizio, essendo anzi plausibile attendere che le oscillazioni negative e positive rispetto alla misura corrisposta nel 2011 si compensino nel corso del tempo.

Può dunque ritenersi non irrazionale la scelta di ritenere neutre tali variazioni, specie considerando l'ambito temporale di applicazione della regolazione tariffaria limitato a soli due anni (2012 e 2013).

È invece fondato il secondo profilo con cui viene contestato il meccanismo utilizzato all'art. 46 dell'allegato che impone di tenere conto (in negativo) nel conguaglio del maggiore ricavo ottenuto dalla vendita di maggiori volumi di acqua rispetto ai volumi risultanti dai bilanci del 2011 senza tuttavia considerare nei maggiori costi anche gli incrementi dei costi variabili necessari alla produzione dei volumi aggiuntivi.

La censura palesa invero una illegittimità della deliberazione impugnata per violazione del principio del full cost recovery.

D'altro canto, l'avvocatura erariale non ha preso posizione sulla

questione chiarendo le ragioni poste a fondamento della decisione di non considerare i predetti costi variabili aggiuntivi nei costi efficientabili aggiornati per gli anni 2012 e 2013.

La censura, sotto questo profilo, va quindi accolta.

Sotto il terzo profilo, la ricorrente contesta la formula di cui all'art. 46 dell'allegato (conguaglio del vincolo riconosciuto ai ricavi), qualora per il calcolo del VRG^aagg si utilizzasse la formula di cui al punto 6.2

La censura è inammissibile in quanto formulata in via ipotetica, senza che sia provata la sussistenza di un interesse concreto ed attuale in capo alla società ricorrente a contestare la disposizione impugnata.

L'art. 6 dell'allegato A detta due diverse formule per il calcolo del VRG^aagg, la prima, prevista al punto 6.1, nel caso in cui il gestore del SII operi in attuazione di un piano d'ambito redatto precedentemente all'entrata in vigore della deliberazione stessa; la seconda, disciplinata al punto 6.2, per il caso in cui il piano d'ambito sia redatto successivamente all'entrata in vigore della deliberazione.

Ebbene, la ricorrente contesta la formula di cui al punto 6.2 senza tuttavia chiarire se sia effettivamente quella la formula che essa è chiamata ad applicare per il calcolo del VRG^aagg, piuttosto che quella di cui al punto 6.1.

17. Il settimo motivo di ricorso è diretto contro l'art. 46, commi 2 e 4 dell'allegato A, in tema di conguagli maturati dal gestore, che sono riconosciuti quali componenti di costo in tariffa, in misura aggiornata al tasso di inflazione.

L'esponente lamenta – in primo luogo - l'illegittimità di tale

previsione, in contrasto con il più volte ricordato principio del c.d. full cost recovery, laddove l'AEEGSI non ha previsto, in relazione ai conguagli, il riconoscimento, oltre che dell'inflazione, anche degli oneri finanziari rappresentati dal costo sostenuto dall'approvvigionamento del denaro.

La doglianza merita condivisione, per le ragioni che seguono.

Non è in discussione, infatti, la circostanza che l'esatta determinazione del conguaglio relativo ad un anno solare non può che avvenire al momento di approvazione del bilancio relativo all'anno medesimo; quanto piuttosto la necessità, in ossequio al principio della copertura integrale dei costi, che – per effetto dell'oggettivo sfasamento temporale fra la maturazione del diritto al conguaglio e l'effettiva corresponsione della relativa somma – il gestore ottenga il riconoscimento della voce di costo rappresentata dall'onere finanziario, visto come “costo opportunità” per il mancato impiego del denaro.

Non si tratta, ovviamente, di un riconoscimento di carattere per così dire “sanzionatorio”, ma di un intervento volto alla copertura dei costi oggettivamente rappresentati dalla ritardata disponibilità di una somma – il conguaglio, appunto – il cui diritto matura però, senza dubbio, nel corso dell'anno di riferimento (anche se la liquidazione potrà avvenire soltanto dopo la chiusura del bilancio).

Lo stesso regolatore, del resto, appare consapevole di tale esigenza, avendo riconosciuto il tasso di inflazione sulle somme a conguaglio.

Nel motivo in esame, la ricorrente contesta anche le scelte effettuate dall'AEEGSI con la delibera n. 88 del 2013, punto 2.38 e punto 2.40 dell'allegato alla medesima.

Si tratta di disposizioni che, senza apparente motivazione, hanno modificato l'art. 46 dell'allegato A alla delibera n. 585 del 2012, limitando per un solo anno il riconoscimento del tasso di inflazione.

Trattandosi di una limitazione al recupero di un costo, in contrasto con il più volte ricordato principio di copertura integrale, anche tali ultime prescrizioni devono reputarsi illegittime.

In conclusione, l'intero motivo in esame deve trovare accoglimento.

18. L'ottavo motivo – con cui la ricorrente censura l'art. 29 dell'Allegato (tasso di inflazione) – è stato rinunciato con memoria depositata il 4 febbraio 2014.

19. Con il nono motivo, la ricorrente censura l'art. 11, comma 2, dell'allegato A, sulla determinazione del capitale circolante netto (CCN) per l'anno 2012, risultante dalla differenza fra i ricavi e i costi, ai quali è applicato un coefficiente correttivo.

Lamenta, in particolare, che dal calcolo del CCN sono esclusi i ricavi e i costi delle attività idriche diverse da quelle proprie del servizio idrico integrato, come definito dal D.Lgs. 152/2006 e dall'allegato A alla delibera 585/2012, che siano comunque svolte dai gestori

Con l'undicesimo motivo, la ricorrente censura l'art. 35 e l'art. 6 dell'allegato, relativi al calcolo del conguaglio del parametro theta in relazione alle altre attività idriche.

Entrambi i motivi sono inammissibili per carenza di interesse.

La ricorrente – società mista, il cui capitale è detenuto al 75% da privati e al 25% dalla Regione Sicilia, cui con convenzione del 20 aprile 2004 è stata affidata per 40 anni la gestione delle infrastrutture “sovrambito” e di vendita dell'acqua all'ingrosso - non avendo provato di operare anche nel segmento delle altre attività idriche, non

ha un interesse attuale e concreto alla decisione delle censure.

20. Il decimo motivo concerne il trattamento tariffario degli accantonamenti effettuati dai gestori, ai sensi del combinato disposto dell'art. 32, comma 1 e dell'art. 11, comma 1, dell'allegato A.

In particolare, ai sensi dell'art. 32, comma 1, la componente di costo costituita dai costi efficientabili è pari alla differenza fra i costi di produzione e le poste rettificative.

Fra i costi di produzione, sempre secondo il citato art. 32, devono annoverarsi gli accantonamenti (voci B12 e B13 dell'art. 2425 del codice civile sul conto economico), mentre fra le poste rettificative sono compresi gli accantonamenti in eccesso rispetto all'applicazione di norme tributarie, vale a dire la quota di accantonamenti non deducibile fiscalmente.

Da questo consegue il riconoscimento, quale costo efficientabile, della quota di accantonamenti fiscalmente deducibili.

A sua volta l'art. 11, comma 1, ai fini del calcolo del capitale investito netto, esclude che possa essere presa in considerazione la quota degli accantonamenti fiscalmente deducibili, già considerati ai fini del computo dei costi efficientabili e ciò all'evidente scopo di evitare una duplicazione dei costi in tariffa a carico dell'utenza.

Fra gli accantonamenti non fiscalmente deducibili – si continua in ricorso – dovrebbe essere annoverato il “fondo rischi e oneri” di cui al citato art. 11, comma 1, rappresentante quindi un costo rilevante ai fini del calcolo del CIN.

Dopo la suindicata ricostruzione di tale – oggettivamente complesso – quadro normativo, l'esponente evidenzia come l'Autorità, mediante lo strumento informatico di calcolo della tariffa da essa predisposto

(c.d. tool di calcolo), abbia sostanzialmente violato i citati articoli 11 e 32 dell'allegato A, non comprendendo nel calcolo del CIN il fondo "rischi e oneri".

La censura, così come formulata, non può essere accolta, seppure con le seguenti importanti precisazioni.

L'esponente non contesta la legittimità dei citati articoli 11 e 32, quanto la scorretta applicazione degli stessi da parte dell'AEEGSI, attraverso il c.d. tool di calcolo.

Orbene, appare evidente che l'Autorità deve dare corretta e integrale applicazione alle proprie deliberazioni, non potendo certamente apportarvi modifiche in sede di concreta esecuzione delle medesime.

Di conseguenza, la predisposizione e l'applicazione della tariffa del SII, per quanto riguarda il profilo sopra citato della determinazione del CIN, non potrà che avvenire nello scrupoloso rispetto della delibera dovendosi invece reputare illegittima qualsiasi fissazione della tariffa per il singolo Ambito territoriale non corrispondente ai citati articoli 11 e 32.

L'esponente potrà pertanto, se necessario, contestare l'applicazione contra legem della delibera n. 585 del 2012, per il profilo che qui interessa, ma non può contestare in questa sede il c.d. tool calcolo che, in quanto tale, non costituisce atto di per sé impugnabile.

21. Il ricorso principale è dunque fondato nei limiti sopra precisati.

22. Con il primo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente impugna le deliberazioni dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico nn. 73/2013, 88/2013, 108/2013 e 109/2013, l'Allegato 2 della deliberazione n. 88/2013 e lo strumento per il calcolo delle tariffe 2012-2013 del sistema idrico integrato (c.d. "tool di calcolo"),

nella versione pubblicata sul sito internet dell'Autorità in data 2 aprile 2013, riproponendo avverso tali atti i motivi proposti con il ricorso principale, per i quali vale quanto innanzi affermato, e tre nuove censure (motivi XII, XIII e XIV).

23. Il dodicesimo motivo censura l'art. 2.36 dell'Allegato 2 della deliberazione n. 88/2013 e l'art. 45.8 dell'Allegato A della deliberazione 585/2012 per contrasto con l'art. 9 della direttiva 2000/60/CE, violazione del principio del c.d. full cost recovery; violazione e falsa applicazione dell'art. 117, d.lgs. n. 267/2000; violazione e falsa applicazione dell'art. 154, d.lgs. n. 152/2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento, contraddittorietà estrinseca.

L'art. 45 citato detta la disciplina di una serie di costi di natura esterna, non controllabili da parte del gestore, aventi spesso carattere di eccezionalità e definiti quali "costi passanti".

Gli stessi (cfr. l'art. 45, comma 1), sono oggetto di valutazione a consuntivo per determinare il vincolo aggiornato ai ricavi del gestore. Per effetto della citata modifica all'art. 45, comma 8, l'aggravio di costo derivante dai c.d. costi passanti viene riconosciuto nei limiti della differenza fra i costi operativi e la componente <<tariffaria Opex>> (acronimo di Operating Expenditures, cfr. l'art. 4.1 dell'allegato A alla delibera 585/2012), vale a dire la quota tariffaria comprensiva delle maggiori efficienze conseguite eventualmente dal gestore rispetto ai costi operativi dei piani d'ambito (prima della riforma introdotta dalla delibera 88/2013, veniva in rilievo soltanto la differenza fra i costi operativi).

In tal modo, continua la ricorrente, i gestori più efficienti finirebbero per essere penalizzati, in caso di eventi eccezionali o imprevedibili, rispetto ad altri gestori meno efficienti.

La censura è meritevole di accoglimento, attesa la palese illogicità a cui conduce il meccanismo di cui all'art. 45, comma 8, dell'allegato A.

I gestori che hanno conseguito risultati migliori, attraverso recuperi di efficienza, finirebbero – infatti – per vedere erodere i miglioramenti ottenuti a causa di eventi eccezionali, mentre i gestori meno efficienti, i cui costi di bilancio sono superiori a quelli derivanti dalla metodologia tariffaria, godrebbero di un aumento della tariffa.

Tale soluzione appare paradossale e discriminatoria, oltre che in contrasto con gli obiettivi di recupero di efficienza e di miglioramento della qualità del servizio reso, ai quali dovrebbe tendere la regolazione indipendente svolta dall'AEEGSI (cfr. la legge 481/1995).

Il motivo in esame, deve, quindi, essere accolto e per l'effetto la delibera 88/2013 deve essere annullata in parte qua, con conseguente annullamento anche della disposizione dell'allegato A alla delibera 585/2012 (art. 45, comma 8), modificato dalla delibera 88/2013.

23. Il tredicesimo motivo di ricorso è stato rinunciato con memoria depositata il 4 febbraio 2014.

24. Con il quattordicesimo motivo, la ricorrente censura l'art. 2 della deliberazione n. 73/2013 - che, nel prevedere che il procedimento di verifica dell'aggiornamento del piano economico finanziario da parte dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico sia condotto esclusivamente dall'ente d'ambito, senza il coinvolgimento

del gestore del SII - eccesso di potere per irragionevolezza, ingiustizia manifesta; violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e ss., l. n. 241/1990; violazione dei principi in materia di giusto procedimento; violazione del principio del legittimo affidamento.

La censura è infondata, ritenendosi sufficiente il coinvolgimento dell'ente d'ambito e cioè del soggetto che, per l'appunto, è chiamato dall'art. 149, d.lgs. n. 152/2006 a predisporre ed aggiornare il piano d'ambito di cui il piano economico finanziario costituisce parte integrante.

25. Con il secondo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente chiede l'annullamento, nei limiti del proprio interesse, della deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico n. 459/2013 recante “integrazione del metodo tariffario transitorio dei servizi idrici nonché delle linee guida per l'aggiornamento del piano economico finanziario”, riproponendo avverso tale atto le censure formulate con il ricorso introduttivo e con il primo ricorso per motivi aggiunti e chiede, in via subordinata, la rimessione degli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Per effetto del parziale accoglimento del ricorso principale e del primo atto di motivi aggiunti, anche tale atto deve essere annullato, nei limiti di cui in motivazione, per illegittimità derivata.

26. Per la novità e la rilevante complessità delle questioni trattate, le spese di lite possono essere integralmente compensate tra le parti, salvo il rimborso del contributo unificato in favore della ricorrente, ai sensi di legge (DPR 115/2002), da porre a carico dell'AEEGSI.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione

Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie in parte e li respinge per la restante parte. Per l'effetto annulla le deliberazioni impugnate nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate salvo il rimborso, da porre a carico dell'AEEGSI, del contributo unificato, come per legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Primo Referendario

Silvia Cattaneo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/05/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)