



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1896 del 2008, proposto da:
Autorita' di Ambito Territoriale Ottimale n. 3 Medio Valdarno, in persona del
legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Riccardo
Farnetani, Mauro Giovannelli, con domicilio eletto presso Mauro Giovannelli in
Firenze, lungarno degli Acciaiuoli 10;

contro

Comitato per la Vigilanza dell'Uso delle Risorse Idriche, in persona del Presidente
pro tempore e Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, in
persona del Ministro *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale
dello Stato di Firenze, domiciliataria per legge;
Regione Toscana, in persona del Presidente p.t.;

nei confronti di

Publiacqua Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dagli avv.ti Anna Romano, Filippo Satta, Sarah Fontana, con domicilio
eletto presso Sarah Fontana in Firenze, via Villamagna n. 90/C;

sul ricorso numero di registro generale 1944 del 2008, proposto da: Publiacqua S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Satta, Anna Romano, Sarah Fontana, con domicilio eletto presso Sarah Fontana in Firenze, via Villamagna n. 90/C;

contro

Comitato per la Vigilanza dell'Uso delle Risorse Idriche, in persona del Presidente pro tempore e Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare in persona del Ministro pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Firenze, domiciliataria per legge; Regione Toscana, in persona del Presidente p.t.; Autorità di Ambito Territoriale Ottimale n. 3 Medio Valdarno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Riccardo Farnetani, Mauro Giovannelli, con domicilio eletto presso Mauro Giovannelli in Firenze, lungarno degli Acciaiuoli 10;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 1896 del 2008:

- della delibera del Co.Vi.Ri. n. 3 del 16.7.2008, comunicata all'A.A.T.O. n. 3 Medio Valdarno con nota del 18.7.2008, prot. 1578, pervenuta il 24.7.2008, con cui, rilevato che *“le attività svolte dal gestore del s.i.i. relativamente alla voltura di utenze, subentro, riapertura contatore, prova di taratura contatore, diritto di chiamata ecc., siano da considerare facenti parte del servizio idrico integrato come definito ai sensi dell'articolo 141, decreto legislativo 152/2006”*, nonché *“per quanto attiene alla questione relativa agli scarichi industriali in pubblica fognatura, sulla base dell'esame della normativa nazionale e regionale di settore e dell'analisi tecnica dello svolgimento del servizio, appare di tutta evidenza che la relativa attività debba essere considerata parte del servizio idrico integrato in quanto di quest'ultimo utilizza le strutture e gli impianti necessari per essere svolta”*, che quindi *“al gestore non*

andava riconosciuto alcun margine di guadagno oltre quanto già stabilito dal metodo normalizzato, essendo le attività oggetto di transazione rientranti nel s.i.i.”, considerato conseguentemente che “l'AATO Medio Valdarno ha indebitamente riconosciuto a Publiacqua S.p.A. la somma di 6,2 milioni di euro e che l'imputazione a tariffa rappresenta un danno all'utenza”, si stabiliva che “l'Autorità d'Ambito Territoriale n. 3 della Toscana (Medio Valdarno) provvederà al recupero della somma di 6,2 milioni di euro per adeguarsi ai rilievi e ai considerato che precedono”;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale alla predetta delibera ed in particolare, per quanto occorrer possa, della citata nota del Co.Vi.Ri. del 18.7.2008, prot. 1578.

quanto al ricorso n. 1944 del 2008:

della deliberazione del Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche n. 3/20008 del 16 luglio 2008, da questi non comunicata a Publiacqua, con la quale detto Comitato ha deliberato che *"l'Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale n. 3 della Toscana(Medio Valdarno) provvederà al recupero della somma di 6,2 milioni di euro per adeguarsi ai rilievi e ai considerato che precedono"*, somma pari agli importi riconosciuti all'odierna ricorrente, in qualità di gestore del servizio idrico integrato nell'ATO n.3, in virtù di transazione sottoscritta fra le Parti il 23 marzo 2007;

di tutti gli atti del procedimento, parimenti mai comunicati alla ricorrente, con particolare ma non esclusivo riferimento a:

- 1) nota del Comitato prot. n. 723 del 28 novembre 2007, contenente richiesta di chiarimenti all'AATO in ordine agli atti relativi alla prima revisione tariffaria deliberata il 26 maggio 2006, all'atto di transazione sottoscritto con Publiacqua il 23 marzo 2007 e alla revisione straordinaria di cui alla delibera 11 luglio 2007;
- 2) nota dell'AATO del 21 gennaio 2008, prot. n.363, recante i chiarimenti richiesti dal Comitato con la nota di cui al punto precedente;

nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché non conosciuti, con particolare riferimento ad eventuali deliberazioni che dovessero essere state medio tempore adottate dall'Autorità d'Ambito in danno della società ricorrente al fine di adeguarsi ai rilievi e considerata del Comitato di vigilanza.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comitato per la Vigilanza dell'Uso delle Risorse Idriche e di Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e di Publiacqua s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2010 il dott. Bernardo Massari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A) L'Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale n. 3 – A.T.O. n. 3 -, costituita in forza della l. n. 36/1994, organizza e gestisce il servizio idrico integrato (SII) nell'ambito territoriale del c.d. Medio Valdarno.

Con convenzione stipulata il 20 dicembre 2001 e corredata da patti aggiunti, costituenti parte integrante del medesimo atto, l'ente affidava in via esclusiva la gestione del suddetto servizio nel proprio territorio a Publiacqua S.p.A. (società a capitale pubblico maggioritario di cui sono attualmente soci 43 comuni, oltre ad altre 3 società a loro volta a partecipazione pubblica) per un periodo di 20 anni, con decorrenza dal 1 gennaio 2002. L'affidamento aveva ad oggetto "la gestione del servizio idrico integrato di acquedotto, fognatura e depurazione" ossia, come risulta dall'art. 1 dei patti aggiunti, "l'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e depurazione delle

acque reflue". Veniva, altresì, stabilito (articolo 16 della convenzione) che "la tariffa costituisce il corrispettivo del servizio ed è riscossa al Gestore", previa determinazione dell'Autorità d'ambito, che la stabilisce avuto riguardo alla tariffa di riferimento e al metodo normalizzato di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 1 agosto 1996.

Con l'art. 16 dei patti aggiunti il Gestore prendeva atto, altresì, "che i ricavi provenienti dall'applicazione dell'articolazione tariffaria costituiscono il corrispettivo totale del s.i.i. e che dunque nessun altro compenso potrà essere richiesto per la fornitura del servizio medesimo, salvo le modifiche tariffarie conseguenti alla revisione" della tariffa stessa.

In sede di revisione della tariffa triennale emergevano talune controversie in ordine alla determinazione della tariffa. In particolare, Publiacqua S.p.A. rivendicava un meccanismo di riallineamento tra i costi operativi programmati nel piano d'ambito e quelli effettivamente sostenuti; il conguaglio sugli ammortamenti degli investimenti, asseritamente effettuati in misura superiore a quelli inizialmente stabiliti dalla convenzione; la rettifica dei costi per la gestione del servizio idrico integrato nei comuni della Valdarno Aretina; l'appartenenza delle prestazioni accessorie dell'acqua venduta all'ingrosso ai ricavi regolati dal decreto ministeriale sopracitato; l'appartenenza degli scarichi industriali in pubblica fognatura al servizio idrico integrato e le conseguenti modalità di loro tariffazione.

Veniva, altresì, sottolineato che, ai sensi dell'art. 117 del d.lgs. n. 267 / 2000, la tariffa dovesse assicurare l'equilibrio economico finanziario dell'investimento della relativa gestione ed essere determinata all'esito di "un procedimento caratterizzato da un rapporto paritario fra le parti nel quale si collocano posizioni giuridiche soggettive aventi natura di diritto/obbligo e non di potestà pubblica/interesse legittimo".

Con la deliberazione n. 1 del 26 maggio 2006 l'ATO 3 provvedeva ad approvare la revisione tariffaria triennale relativa al periodo 2002/2004 e il nuovo piano tariffario per il residuo periodo di vigenza della convenzione. Si riconosceva in tale quadro che il Gestore aveva realizzato investimenti superiori di circa 9,5 milioni di euro rispetto a quanto previsto nel Piano di Ambito, ma sostenuto 3,1 milioni di euro di ammortamenti in meno rispetto a quanto riconosciuto con la tariffa, stabilendo, perciò, che i maggiori investimenti fossero remunerati nel successivo triennio e che la differenza sugli ammortamenti fosse portata a riduzione dell'ammontare degli stessi nel periodo 2000/2011. Quanto ai ricavi si evidenziava che il Gestore aveva realizzato un minor ammontare dei ricavi regolati, inferiore di 4,9 milioni di euro rispetto a quanto garantito con il Piano di Ambito, stabilendo che tali mancati ricavi fossero congruati in quote costanti negli anni 2006-2010. Analoghe conclusioni venivano raggiunte per i minori ricavi relativi ai servizi non regolati (scarichi industriali pubblica fognatura ed extra flussi).

Tuttavia, atteso che il Gestore non aveva trasmesso la maggior parte delle informazioni che avrebbero consentito di svolgere il controllo sul raggiungimento dei livelli di servizio, veniva proposta l'applicazione di una penale di 2,1 milioni di euro a carico del medesimo.

Da ultimo si rilevava, con riferimento alla definizione dei ricavi non regolati, come "rispetto all'impostazione attuale, i ricavi da fognatura e depurazione industriale sono stati considerati ricavi regolati, mentre i ricavi per la vendita dell'acqua all'ingrosso sono divenuti ricavi non regolati. Gli extra flussi continuano invece ad essere considerate attività non regolate".

Peraltro Publiacqua, esaminando la suddetta deliberazione, continuava a ritenere quella dell'Amministrazione una soluzione parziale e non definitiva, sostanzialmente rivendicando la bontà delle proprie ragioni e prospettando, in caso

di ulteriore contrasto, il ricorso alla procedura di arbitrato contemplata dall'articolo 26 dei patti aggiunti alla convenzione.

Conseguentemente l'ATO 3, al fine di vagliare in via preventiva la correttezza delle proprie posizioni sulle domande della controinteressata, in data 16 marzo 2007 inoltrava il Ministero dell'ambiente (e per esso al COVIRI) una richiesta di parere allo scopo di far chiarezza sull'appartenenza delle prestazioni accessorie e della fognatura e depurazione industriale al servizio idrico integrato e sulla correttezza della condotta tenuta dall'Autorità medesima nella redazione del proprio Piano d'ambito, con particolare riferimento alla definizione delle regole di congruaggio dei ricavi.

La richiesta rimaneva inevasa.

Pertanto, in considerazione della rilevanza economica delle richieste di Publiacqua, stimate inoltre € 22 milioni e dell'asserita insussistenza di orientamenti giurisprudenziali sulle questioni controverse, la ricorrente stabiliva di definire in via transattiva la controversia sorta con il Gestore.

In data 23 marzo 2007 veniva perciò stipulato il contratto di transazione che prevedeva il riconoscimento da parte dell'ATO 3 a favore del gestore e altra citazione di ogni sua richiesta, di un congruaggio sui ricavi nella misura forfettaria di € 6.200.000 per il pregresso (cioè fino al 2006), nonché l'espressa rinuncia da parte di Publiacqua a valutare qualsiasi ulteriore pretesa per il residuo periodo di affidamento, accettando quanto stabilito dall'Autorità d'ambito con la deliberazione n. 1/2006. Si precisava inoltre che il congruaggio concordato fosse recuperato attraverso le tariffe del triennio successivo, salvo diverso accordo fra le parti

A seguito di alcune segnalazioni, asseritamente ad esso pervenute, il Comitato di vigilanza sull'uso delle risorse idriche avviava un'istruttoria sui provvedimenti di

revisione tariffaria, ossia il deliberazione n. 1 del 26 maggio 2006 e la deliberazione n. 2 dell'11 luglio 2007, nonché sull'atto di transazione sottoscritto con Publiacqua. L'intimato Comitato di vigilanza faceva pervenire all'Autorità d'ambito una articolata richiesta di chiarimenti alla quale quest'ultima rispondeva con propria nota del 21 gennaio 2008, precisando ulteriormente le circostanze che avevano condotto alla stipulazione dell'accordo transattivo.

Nonostante i chiarimenti forniti con deliberazione n. 3 del 16 luglio 2008 il COVIRI, pur ritenuti esaustivi chiarimenti ottenuti, ne disattendeva la fondatezza, rilevando: che le attività svolte dal gestore relativamente alle volture di utenza, subentro, riapertura contatore, prove di taratura e diritto di chiamata (cioè le cosiddette attività accessorie) erano da considerare facenti parte del servizio idrico integrato; che anche l'attività inerente agli scarichi industriali in pubblica fognatura era da considerare facente parte del servizio, in quanto svolta tramite le strutture e gli impianti di quest'ultimo; che tali conclusioni erano confermate dagli artt. 141, 154 e 155 del d.lgs. n. 152/2006 e dall'art. 5 della l. reg. n. 20/2006 i quali considerano la gestione degli scarichi industriali in pubblica fognatura come appartenente al servizio idrico integrato e quindi soggetta allo stesso regime tariffario; che, quindi, al gestore non andava riconosciuto alcun margine ulteriore di guadagno oltre a quanto stabilito dal metodo normalizzato.

Sulla scorta di tali premesse il COVIRI concludeva stabilendo che l'ATO n. 3 Medio Valdarno provvedesse a recuperare, nei confronti di Publiacqua, la somma di € 6,2 milioni oggetto dell'atto di transazione stipulato in data 23 marzo 2007.

Avverso tale provvedimento ricorre l'Ente in intestazione chiedendone l'annullamento, con vittoria di spese e deducendo i motivi che seguono:

1. Violazione degli artt. 142, comma 3, 148, comma 2, 149, commi 1 e 4, e 154, comma 4, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. Violazione delle competenze riservate all'Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale. Violazione e/o errata applicazione

dell'art. 161, comma 4 , del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e dell'art. 6, comma 2, del d.P.R. 14 maggio 2007, n. 90. Eccesso di potere per valicamento dei poteri propri del CO.VI.R.I. Eccesso di potere per difetto di presupposti, errore e carenza di istruttoria. Eccesso di potere per contraddittorietà manifesta e violazione del giusto procedimento. Violazione dell'art. 149, comma 6, del d.lgs. n. 152/2006.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1965 cod. civ. Violazione e falsa applicazione degli artt. 147 e segg. del d.lgs. n. 152/2006, degli artt. 13 e 14 della l. n. 36/1994, del d.m. 1 agosto 1996 e dell'art. 117 del d.lgs. n. 267/2000. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e dei presupposti, difetto di istruttoria, illogicità, difetto di motivazione e sviamento.

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione intimata opponendosi all'accoglimento del gravame, mentre la controinteressata depositava una memoria con la quale viene esplicitata una posizione di interesse sostanzialmente coincidente con quella dedotta in giudizio dalla parte ricorrente.

B) Con il ricorso rubricato al n. RG 1944/2008 la Publiacqua s.p.a., gestore del servizio idrico integrato per l'Ambito territoriale ottimale n. 3 Medio Valdarno a seguito della convenzione stipulata il 20 dicembre 2001, impugnava l'atto già contestato dalla medesima ATO, come sopra riferito, nonché le eventuali deliberazioni medio tempore adottate da quest'ultima per adeguarsi ai rilievi formulati dal CO.VI.R.I.

Affidava l'accoglimento del gravame alle seguenti censure, vinte le spese di giudizio:

1. Violazione degli artt. 142 e 161 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. Incompetenza del Comitato di vigilanza sull'uso delle risorse idriche. Violazione del principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi e abnormità del provvedimento. Eccesso di potere per sviamento e carenza dei presupposti.

2. Violazione sotto diverso profilo degli artt. 142 e 161 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. Eccesso di potere per sviamento e carenza dei presupposti. Violazione del principio di irretroattività degli atti amministrativi e del legittimo affidamento.
3. Incompetenza: violazione dell'art. 161 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e dell'art. 6 del d.P.R. n. 90/2007.
4. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, carenza di istruttoria, carenza e contraddittorietà della motivazione. Violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza delle decisioni amministrative.
5. Con riferimento al contenuto del provvedimento: violazione di legge. Eccesso di potere per carenza dei presupposti, travisamento dei fatti e contraddittorietà della motivazione
6. Violazione dell'art. 7 della l. n. 241/1990.

Alla pubblica udienza del 26 ottobre 2010 i ricorsi sono stati trattenuti per la decisione.

DIRITTO

1. Con i ricorsi in esame viene impugnata la deliberazione del Comitato per la Vigilanza dell'Uso delle Risorse Idriche, in epigrafe precisata, con cui, premesse considerazioni in ordine al contenuto della convenzione stipulata con Publiacqua S.p.A. per la gestione del servizio idrico integrato, come definito ai sensi dell'art. 141, d.lgs. n. 152/2006, ha qualificato come indebito il riconoscimento in favore di quest'ultima della somma di 6,2 milioni di euro, oggetto della transazione stipulata il 23 marzo 2007 con l'A.T.O. n. 3 della Toscana, prescrivendo l'obbligo del recupero di detto importo.

Preliminarmente, attesa l'evidente connessione soggettiva ed oggettiva, il Collegio reputa necessario procedere alla riunione dei ricorsi ai fini della loro trattazione congiunta.

2. L'Amministrazione resistente, nella sua memoria difensiva, ha pregiudizialmente eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo trattandosi, alla luce della posizione sostanzialmente dedotta in giudizio, di questione attinente all'esecuzione di un contratto, ossia l'accordo transattivo stipulato tra l'ATO n. 3 e Publiacqua.

La tesi non può essere seguita.

In primo luogo si osserva che appare indubitabile la natura amministrativa dell'atto in questione, sia perché promanante da una pubblica amministrazione, sia perché costituente esercizio di un potere di natura amministrativa a quest'ultima espressamente conferito dalla legge.

D'altro canto, alla forma provvedimentale dell'atto corrisponde l'esercizio sostanziale di un potere autoritativo, configurandosi come interesse legittimo la posizione attivata dalla parte ricorrente, e non rilevando, al fine di cui trattasi, l'effetto indiretto sul contenuto della transazione oggetto dei rilievi del COVIRI per produrre i quali sarà evidentemente necessaria l'adozione di ulteriori atti da parte dell'AATO 3, destinataria del provvedimento impugnato.

Si tratta, in altre parole, di un atto estraneo alla sfera del diritto privato, in quanto espressione di un potere autoritativo di valutazione il cui esercizio è conferito all'Amministrazione intimata dall'art. 161 del d.lgs. n. 152/2006, a prescindere dal merito delle questioni relative alla sua legittimità proposte con il ricorso, la cui cognizione appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo (cfr. Cass. civ., sez. un., 29 agosto 2008, n. 21289).

3. Ancora in via preliminare, la difesa erariale oppone alle censure proposte il disposto dell'art. 21 octies, comma 2, della l. n. 241/1990 secondo cui *“non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

L'assunto non è fondato.

Invero, da un lato è palese la natura discrezionale del provvedimento impugnato, dall'altro, come si vedrà in prosieguo, non pare che le censure formulate attengano a violazioni formali o procedurali, incidendo, invece, sulla natura e sui limiti del potere esercitato nella fattispecie dal COVIRI.

4. Il ricorso n. 1896/08 si affida per il suo accoglimento a due motivi.

In primo luogo viene dedotta la violazione degli artt. 142, comma 3, 148, comma 2, 149, commi 1 e 4, e 154, comma 4, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 in tema di competenze riservate all'Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale e, correlativamente, il travalicamento di quelle dalla legge (artt. 161 del citato d.lgs.152/2006 e 6 del d.P.R. n. 90/2007) attribuite al Comitato per la Vigilanza dell'Uso delle Risorse Idriche.

In dettaglio, con il primo motivo l'Autorità d'ambito lamenta che il COVIRI si sia illegittimamente sostituito ad essa nella sfera dei poteri alla medesima riservati e, valicando i limiti del suo potere di verifica della corretta redazione del piano d'ambito, attraverso "*osservazioni, rilievi e prescrizioni sugli elementi tecnici ed economici e sulla necessità di modificare le clausole contrattuali*", abbia sostanzialmente sostituito le sue valutazioni di merito in ordine alla determinazione della tariffa del servizio idrico integrato a quelle settanti alla stessa Autorità.

La censura merita condivisione.

5. L'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti, istituita con l'art. 159 del d.lgs. n. 152/2006, ha sostituito il Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche istituito dalla l. 5 gennaio 1994, n. 36

Successivamente, con l'art. 9 bis, comma 6, del d.l. n. 39/2009, il predetto Comitato è stato abolito e sostituito nelle sue prerogative dalla "Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche".

Tuttavia tale ultima modifica appare ininfluyente ai fini della decisione sulla controversia in esame svoltasi interamente durante la vigenza dell'abrogata legislazione.

L'art. 161, comma 2, del TU sull'ambiente (come sostituito dall'art. 2, comma 15, del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4), nel precisare le competenze del Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche, stabilisce, tra l'altro, che esso: *“a) predispone con delibera il metodo tariffario per la determinazione della tariffa di cui all' art. 154 e le modalità di revisione periodica, ...; b) verifica la corretta redazione del piano d'ambito, esprimendo osservazioni, rilievi e 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 e i gestori in particolare quando ciò sia richiesto dalle ragionevoli esigenze degli utenti...”* .

Con particolare riferimento alla lettera b) dell'articolo citato, è evidente che la legge attribuisce a tale Autorità poteri di vigilanza sull'attività di erogazione del servizio idrico integrato, restando peraltro da definire i contorni e il contenuto di tale potere.

6. Come è noto, l'istituto del controllo si iscrive nell'ambito più ampio dei rapporti tra organi o tra enti, atteggiandosi diversamente a seconda dei criteri e dell'ampiezza con cui tale potere può essere esercitato.

Secondo la distinzione tradizionale esso può assumere la forma della vigilanza, quando è condotto unicamente nei limiti della verifica di legittimità ovvero della conformità alle norme degli atti sindacati (ad esempio il potere di controllo statale, sub specie di annullamento, sulle autorizzazioni paesaggistiche rilasciate dalle regioni e dagli enti locali dalla stesse eventualmente delegati, riconosciuto al Ministro per i beni culturali), oppure quella della tutela quando il parametro di valutazione utilizzato è quello dell'opportunità, efficienza o efficacia dello stesso.

Nondimeno, al di là delle connotazioni nominalistiche, il contenuto del potere va riguardato nell'ambito del quadro normativo complessivo in cui esso si iscrive,

specie quando, come nel caso di specie, si tratti di rapporti tra enti diversi, ciascuno dei quali rivendica a sé il riconoscimento della sfera di autonomia attribuitagli in primo luogo dalla Costituzione e poi dalla legislazione ordinaria.

7. Alla luce di tali, seppur schematiche, considerazioni occorre ricostruire il contesto normativo all'interno del quale il potere di cui trattasi può trovare esplicazione.

Giova, in primo luogo, rammentare che la distribuzione delle competenze tra lo Stato, le Regioni e gli Enti locali è stata ridisegnata dalla riforma costituzione di cui alla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, attribuendo in via esclusiva allo Stato talune delle materie che vengono in evidenza con riferimento al servizio idrico integrato.

Si è rilevato, infatti, che lo Stato, per regolare tale oggetto, ha fatto ricorso a sue competenze esclusive in una pluralità di materie: funzioni fondamentali degli enti locali, concorrenza, tutela dell'ambiente, determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, di talché può *“parlarsi di un concorso di competenze statali, che vengono esercitate su oggetti diversi, ma per il perseguimento di un unico obiettivo, quello dell'organizzazione del servizio idrico integrato”* (Corte cost., 4 febbraio 2010, n. 29).

Nondimeno, lo stesso Giudice delle leggi ha osservato che *“le competenze comunali in ordine al servizio idrico sia per ragioni storico-normative sia per l'evidente essenzialità di questo alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali...”*, nel mentre la competenza in materia di servizi pubblici locali resta una competenza regionale, la quale, risulta in un certo senso limitata dalla competenza statale suddetta, ma può continuare ad essere esercitata negli altri settori, nonché in quello dei servizi fondamentali, purché non sia in contrasto con quanto stabilito dalle leggi statali

7. Tanto premesso, come rilevato dalla ricorrente, l'art. 142, comma 3, del d.lgs. n. 152/2006, nel ripartire, in via generale, le competenze fra Stato, Regioni ed Enti locali in materia di difesa del suolo, tutela delle acque e gestione delle risorse

idriche, stabilisce che *“Gli enti locali, attraverso l’Autorità d’ambito di cui all’art. 148, comma 1, svolgono le funzioni di organizzazione del servizio idrico integrato, di scelta della forma di gestione, di determinazione e modulazione delle tariffe all’utenza, di affidamento della gestione e relativo controllo, secondo le disposizioni della parte terza del presente decreto”*.

L’art. 149, comma 1, ribadisce che *“l’Autorità d’ambito provvede alla predisposizione e/o aggiornamento del piano d’ambito”* essendo ricompresa in tale funzione *“la previsione annuale dei proventi della tariffa, estesa a tutto il periodo di affidamento”*.

Ne scaturisce la chiara attribuzione, in via esclusiva, all’Autorità d’ambito dell’organizzazione del servizio idrico integrato, ivi compresa la determinazione della tariffa che costituisce, a un tempo, onere per l’utenza e provento per il gestore del servizio, fatta salva la competenza dello Stato per l’individuazione del cd. metodo normalizzato di cui al d.m. 1 agosto 1996.

Per contro, come risulta dalla lettura dell’art. 161 del Codice dell’ambiente, il Co.Vi.Ri. è titolare attraverso la possibilità di esprimere osservazioni, rilievi e prescrizioni, di un potere d’impulso e di indirizzo, senza però che, in una interpretazione costituzionalmente orientata, l’esercizio di questi poteri possa sconfinare in una attività di amministrazione attiva.

In particolare, la competenza di tale organo in materia tariffaria viene dalla legge limitata alla determinazione del metodo tariffario dovendo, peraltro, le deliberazioni assunte in proposito essere sottoposte alla decisione del Ministro e trasfuse in un decreto ministeriale, adottato previa consultazione della Conferenza permanente per i rapporti tra Stato, Regioni e Province autonome.

Sarebbe del tutto contraddittorio, in un quadro come quello delineato, rispettoso delle prerogative di ciascuno di tali soggetti, come anche costituzionalmente sancite, ammettere poi che l’autonomia così riconosciuta all’Autorità d’ambito, quale emanazione dei comuni che la costituiscono, venga travolta dalla possibilità per il Co.Vi.Ri. di adottare provvedimenti sostanzialmente sostitutivi della volontà

manifestata dall'Autorità stessa in materia tariffaria e con riferimento alla complessiva gestione del servizio idrico.

7.1. Né, per altri versi, può essere ritenuto che le prerogative attribuite al Co.Vi.Ri. a tutela dell'interesse degli utenti (art. 161 cod. ambiente) possano costituire fonte di nuovi e autonomi poteri, atteso che tale profilo può, al più, costituire un aspetto della causa per la quale il potere è dalla legge conferito.

Tanto comporta, per logica conseguenza, che i poteri di vigilanza esercitati dal Co.Vi.Ri. debbano arrestarsi dinanzi alla soglia degli ambiti di competenza normativamente riservati alle Autorità d'ambito, con particolare riguardo ai quei profili tecnico discrezionali attinenti alla determinazione della tariffa giacché, diversamente opinando, si finirebbe con il consentire la sovrapposizione dell'apprezzamento di merito del primo a quello delle seconde, determinando la creazione di un vincolo di subordinazione tra i due soggetti pubblici di cui non è dato rinvenire traccia nel dettato normativo.

Nel caso di specie, non v'è dubbio che i rilievi diretti alla transazione stipulata tra Publiacqua e ATO 3, oltre ad incidere in via immediata sulla sfera di autonomia di quest'ultima, determinano una evidente rilevanza sullo stesso Piano d'ambito la cui predisposizione le compete come si è visto in via esclusiva e sui rapporti con il gestore del servizio regolati da specifica convenzione.

Per completezza d'argomentazione, a rafforzare le conclusioni esposte, giova rammentare, che l'art. 161, comma 7, del d.lgs. n. 152/2006, nella testo vigente alla data del provvedimento impugnato, affrontando il tema delle possibili azioni esperibili dal Comitato di vigilanza, così recita: *“I soggetti gestori dei servizi idrici trasmettono entro il 31 dicembre di ogni anno all'Osservatorio, alle regioni e alle province autonome di Trento e di Bolzano i dati e le informazioni di cui al comma 6. L'Osservatorio ha, altresì, facoltà di acquisire direttamente le notizie relative ai servizi idrici ai fini della proposizione innanzi agli organi giurisdizionali competenti, da parte della Commissione,*

dell'azione avverso gli atti posti in essere in violazione del presente decreto legislativo, nonché dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e di risarcimento dei danni a tutela dei diritti dell'utente”.

La norma riportata va raccordata con il comma 5 dello stesso articolo, secondi cui *“Per l'espletamento dei propri compiti e per lo svolgimento di funzioni ispettive, la Commissione ...può richiedere di avvalersi, altresì, dell'attività' ispettiva e di verifica dell'Osservatorio di cui al comma 6 e di altre amministrazioni”.*

Pur tenendo conto delle modifiche introdotte dal d.l. 28 aprile 2009, n. 39 che ha, tra l'altro, espunto il primo periodo del comma 6 dell'art. 161 (comunque non rilevanti nella fattispecie trattandosi di *ius superveniens*) e del non perfetto coordinamento con il testo normativo che ne risulta, appare confermata la tesi secondo cui il Co.Vi.Ri. (nel testo “la Commissione”) ove ritenga siano stati posti in essere, da parte dei soggetti pubblici o privati deputati alla gestione del servizio, comportamenti o atti in violazione del d.lgs. n. 152 non può esercitare direttamente poteri sostitutivi o imporre direttamente ai medesimi di adeguarsi ai propri rilievi, ma deve attivarsi in tal senso promuovendo le opportune iniziative giurisdizionali.

8. Per le considerazioni svolte, assorbite le altre censure, il gravame va accolto e, per l'effetto, annullato l'atto impugnato.

9. Quanto al ricorso n. 1994/08, avendo ad oggetto il medesimo atto di quello appena esaminato, se ne potrebbe omettere la delibazione, tenuto anche conto che i primi tre motivi da cui è sorretto recano censure analoghe a quelle or ora scrutinate.

Per completezza espositiva può, tuttavia, rilevarsi quanto segue.

10. Con riferimento alla prima doglianza in ordine all'incompetenza del COVIRI, nei termini sopra delineati, ad assumere i provvedimenti contestati viene incisamente rilevato che la transazione stipulata, atteso il carattere globale del suo

contenuto, riverbera i suoi effetti anche sul successivo Piano d'ambito approvato dall'ATO 3 con la deliberazione n. 2 dell'11 luglio 2007, che fra l'altro, include fra i ricavi del gestore anche le prestazioni accessorie da questo rese nei confronti dell'utenza e ne rimodula conseguentemente i corrispettivi. E ciò senza contare l'esplicita pattuizione recante la rinuncia di Publiacqua ad esigere un compenso per gli scarichi delle acque reflue industriali in pubblica fognatura *“per il periodo residuo di affidamento, dal 2007 al 2021”*.

Ciò avrebbe comportato, per coerenza dell'agire amministrativo, che fosse sottoposto a revisione l'intero Piano d'ambito, ma di questo intento non v'è traccia nell'atto impugnato.

10.1. D'altro canto, sotto un differente profilo, non può non osservarsi che, come condivisibilmente argomentato dalla società ricorrente, consentendo con la tesi di controparte si finirebbe col violare il principio di tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi, quale corollario del fondamentale di legalità cui deve essere informata l'azione della pubblica amministrazione.

Mediante l'adozione del provvedimento l'amministrazione, esercitando un potere discrezionale, ha l'obbligo di curare lo specifico interesse pubblico avuto di mira dalla legge con la conseguenza che l'amministrazione può legittimamente adottare soltanto gli atti per i quali sussista una norma di legge che attribuisca ad essa il potere (Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 1993, n. 214; Cass. civ., sez. I, 2 settembre 2005, n. 17697, T.A.R. Liguria, sez. I, 12 marzo 2009, n. 305).

11. Con il secondo motivo la società ricorrente si duole della violazione del principio di irretroattività delle norme.

La tesi merita condivisione.

Invero, anche a prescindere dalla questione, già esaminata, dei limiti entro cui possono trovare espressione, i poteri che il COVIRI ha preteso esercitare nella circostanza sono stati al medesimo attribuiti solo con il d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4,

cioè dopo la stipulazione dell'atto transattivo tra ATO 3 e Publiacqua. Evidentemente, così operando il Comitato ha inciso su posizioni già definite con un provvedimento che è in contrasto con il principio per cui gli atti amministrativi non dispongono che per il futuro.

12. Ugualmente fondata si rivela la censura di cui al sesto motivo concernente l'omessa comunicazione alla società ricorrente dell'avvio del procedimento.

Come è noto, ai sensi dell'art. 7 della l. n. 241/1990, la partecipazione al procedimento spetta ai soggetti nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti, nonché ai soggetti diversi dai diretti destinatari del provvedimento finale, nei cui confronti quest'ultimo può produrre un pregiudizio dovendosi trattare in ogni caso, in tale ultima ipotesi, di soggetti su cui il provvedimento incide in via diretta e non semplicemente in via riflessa e derivata (Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, id. sez. IV, 8 giugno 2007, n. 3023).

Ebbene, pur essendo del tutto palese la posizione di Publiacqua come soggetto nei cui confronti il provvedimento finale era destinato a produrre effetti diretti, nessuna comunicazione di avvio del procedimento è stata indirizzata alla medesima.

Per le considerazioni espresse anche il ricorso n. 1944/08 va accolto.

Le spese del giudizio seguono possono essere compensate in ragione della novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana – Sezione 2^a, definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, li accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Pietro De Berardinis, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/12/2010

IL SEGRETARIO

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