

Pubblicato il 13/07/2021

N. 05309/2021REG.PROV.COLL.
N. 08956/2018 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8956 del 2018, proposto da Comune di Roccarainola (Na), Comune di Angri (Sa), Comune di Roccapiemonte (Sa), Comune di Casalnuovo di Napoli (Na), Comune di Scisciano, in persona dei legale rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Francesco Miani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luigi Napolitano in Roma, via Girolamo Da Carpi n.6;

contro

Arera - Autorita' di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

G.O.R.I. S.p.A. - Gestione Ottimale Risorse Idriche, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandro Lipani, Mario Percuoco, Eugenio Bruti Liberati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Eugenio

Bruti Liberati in Roma, via Maria Adelaide n. 8;

Commissario Ente D'Ambito Sarnese Vesuviano, Ente Idrico Campano, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda) n. 01619/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Arera - Autorita' di Regolazione per Energia Reti e Ambiente e di G.O.R.I. S.p.A. - Gestione Ottimale Risorse Idriche;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 maggio 2021 il Cons. Giovanni Orsini e uditi per le parti gli avvocati Francesco Miani, , Alessandro Lipani, Eugenio Bruti Liberati e Mario Percuoco e l'avv. dello Stato Luigi Simeoli in collegamento da remoto, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto legge n. 28 del 30 aprile 2020 e dell'art.25, comma 2, del decreto legge n. 137 del 28 ottobre 2020, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario generale della Giustizia amministrativa.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe, il Tar per la Lombardia ha respinto il ricorso presentato per l'annullamento della delibera n. 104 del 2016 dell'Autorità per l'energia elettrica, gas e il sistema idrico avente ad oggetto *"Approvazione, ai fini della valorizzazione dei conguagli nell'ambito del metodo tariffario per il secondo periodo regolatorio MTI-2 delle predisposizioni tariffarie relative all'ambito territoriale ottimale sarnese vesuviano per il periodo 2012-2015"*.

I Comuni appellanti hanno censurato in primo grado la delibera impugnata sostenendo che la medesima avesse sostanzialmente fatto proprie ed

approvate le tariffe predisposte dal commissario straordinario attraverso le delibere dichiarate inefficaci *ex lege*. Infatti, l'articolo 21, comma 9 bis, della legge regionale della Campania n. 15 del 2015 ha stabilito l'inefficacia degli atti adottati dei commissari straordinari per la liquidazione dei soppressi enti d'ambito. Nella prospettazione dei ricorrenti l'Autorità avrebbe invece dovuto attendere la costituzione dell'ente idrico nazionale.

Con il secondo e il terzo motivo hanno contestato le modalità di determinazione delle tariffe sostenendo in particolare che la formula utilizzata in concreto presupponesse l'esistenza di un piano d'ambito che invece nel caso si specie era stato dichiarato inefficace e comunque mai attuato. La formula corretta sarebbe stata conseguentemente quella di cui all'art. 6, comma 2, dell'Allegato A della delibera n. 585/2012.

Il Tar ha respinto il primo motivo sulla base di quanto stabilito dall'articolo 3 del DPCM 20 luglio 2012 che attribuisce all'Autorità il potere sostitutivo di fissazione delle tariffe in caso di inadempimento alla trasmissione dei dati utilizzando comunque "le informazioni disponibili".

Il Tar ha respinto anche le successive censure concernenti l'utilizzazione di una formula di calcolo ritenuta non idonea. Il Tar ha precisato che i Comuni avrebbero dovuto dimostrare la violazione del principio di copertura dei costi a prescindere dal metodo utilizzato. In ogni caso, secondo il primo giudice, la previsione dell'articolo 6, comma 2, riguarda la diversa situazione del piano redatto dopo l'entrata in vigore della deliberazione n. 585.

2. L'appello ripropone le censure di primo grado sottolineando in particolare che alla inattuazione del piano d'ambito avrebbe dovuto conseguire l'applicazione delle tariffe previste dall'articolo 6 comma 2 dell'allegato A della delibera 585 /2012. Gli appellanti hanno inoltre depositato memorie in data 19 gennaio 2021, 23 gennaio 2021 e 20 aprile 2021. In data 14 gennaio 2021 è stata depositata una documentazione comprendente anche l'informativa della Guardia di finanza del 15 luglio 2011 relativa all'inchiesta "Acqua pulita".

3. Si è costituita in giudizio la società di gestione dell'ambito ottimale, Gori S.p.A., chiedendo la conferma della sentenza del Tar. La società sottolinea tra l'altro che il piano d'ambito redatto nel 2000 e modificato nel 2007 non è stato mai abrogato. Successive memorie sono state presentate in date 19 gennaio 2021 e 23 gennaio 2021 nelle quali si eccepisce la inammissibilità della documentazione presentata dalla controparte direttamente in appello. Con riferimento alla citata informativa della Guardia di finanza viene inoltre rilevato che tale documento è detenuto illegalmente dalla controparte essendo coperto da segreto istruttorio in quanto parte del procedimento penale n. 2989/10 RGNR instaurato presso la Procura della Repubblica di Torre Annunziata.

L'Autorità si è costituita in giudizio in data 23 novembre 2018 e ha depositato una memoria in data 18 gennaio 2021 ribadendo l'inammissibilità del ricorso di primo grado.

4. Nell'udienza del 6 maggio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Devono, in primo luogo, essere respinte le eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado sollevate dall'Autorità con riferimento al difetto di legittimazione e di carenza di interesse dei Comuni ricorrenti e per la mancata impugnazione delle deliberazioni nn. 27 del 2014 e 15 del 2015 del commissario straordinario.

I Comuni appellanti sono infatti sicuramente legittimati e hanno interesse a impugnare atti che incidono direttamente sulla collettività che risiede nell'ambito comunale di cui sono enti esponenziali (cfr., tra le altre, Consiglio di Stato, sez. V, n. 4068 del 2012). Quanto al secondo aspetto, la contestazione contenuta nel ricorso non concerne la legittimità delle delibere commissariali (inefficaci per legge, secondo i ricorrenti), ma la loro impropria utilizzazione da parte dell'Autorità. Ne consegue che, nel contesto di tale prospettazione, la mancata impugnazione delle delibere commissariali nei termini decadenziali non implica l'inammissibilità del ricorso.

6. Deve invece essere accolta l'eccezione proposta dalla Gori S.p.A. concernente l'inammissibilità della documentazione depositata in data 14 gennaio 2021 che ai sensi dell'articolo 101 cpa avrebbe dovuto essere presentata nel corso del giudizio di primo grado.

7. Passando alle censure di merito si rileva che con il primo motivo gli appellanti lamentano che la sentenza di primo grado non abbia esaminato in modo esauriente la censura concernente la sostanziale approvazione da parte dell'Autorità delle tariffe definite dal commissario straordinario e dichiarate inefficaci dalla legge regionale n. 15 del 2015. Il Tar non avrebbe inoltre considerato i rilievi formulati dai ricorrenti in relazione alla mancanza dei presupposti per un intervento in via sostitutiva da parte dell'Autorità. In particolare, non vi sarebbe stata alcuna inadempienza da parte dell'ente d'ambito proprio in ragione dell'intervenuta disapplicazione degli atti precedentemente adottati.

Con il secondo motivo si sottolinea l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui non ha accolto il secondo e il terzo motivo del ricorso introduttivo, che quindi vengono riproposti, concernenti l'applicazione della formula tariffaria prevista per i casi in cui il gestore operi in attuazione di un piano d'ambito redatto precedentemente all'entrata in vigore della delibera n. 585. Il Tar si sarebbe infatti limitato a dichiarare l'inapplicabilità della formula tariffaria riferibile alla sola fattispecie di adozione del piano d'ambito successivamente all'entrata in vigore della stessa delibera. In realtà, secondo gli appellanti tale situazione è identica a quella di un piano, pur adottato, che tuttavia non sia stato attuato. In ogni caso, il primo giudice non avrebbe assolutamente affrontato la questione relativa alla evidente illegittimità dell'applicazione della formula prevista per le gestioni caratterizzate dall'osservanza di una pianificazione.

Con il terzo motivo viene contestata la parte della sentenza di primo grado nella quale il Tar afferma che l'Autorità è intervenuta nell'esercizio dei suoi poteri sostitutivi e che sarebbe spettato ai Comuni ricorrenti dimostrare la

violazione del principio del *full cost recovery*. Gli appellanti ritengono, viceversa, che, anche se si accedesse alla tesi secondo cui l'Autorità è intervenuta in via sostitutiva, resterebbe confermata la erronea applicazione di formule tariffarie previste nei casi di esecuzione del piano di ambito. I Comuni avrebbero anche dimostrato che l'applicazione della formula corretta avrebbe comunque determinato la copertura dei costi e sarebbe stato compito dell'Autorità verificare con idonea istruttoria il contrario, senza che ciò comunque potesse giustificare l'adozione di una formula che garantirebbe al gestore un significativo surplus rispetto ai costi reali efficienti.

8. L'appello è parzialmente fondato nei sensi di seguito indicati.

8.1. La questione concernente la determinazione d'ufficio da parte dell'Autorità delle tariffe del servizio idrico, in particolare con riguardo al periodo regolatorio 2012-2015, sono state affrontate da questa Sezione con la sentenza n. 5531 del 2017, che ha ricostruito compiutamente il sistema normativo di riferimento e alla quale si rinvia.

Si sottolinea in particolare che l'articolo 10, comma 14, lett. d) del decreto-legge n. 70 del 2011 prevede che l'Autorità *“nel caso di inutile decorso dei termini previsti dalla legge per l'adozione degli atti di definizione della tariffa da parte delle autorità al riguardo competenti... prevede l'esercizio del potere sostitutivo, su istanza delle amministrazioni o delle parti interessate, entro 60 giorni, previa diffida”* e che l'articolo 3, comma 1, del DPCM 20 luglio 2012 stabilisce che *“in caso di inadempienza, o su istanza delle amministrazioni e delle parti interessate, l'autorità per l'energia e il gas intima l'osservanza degli obblighi entro 30 giorni decorsi i quali, salvo l'eventuale esercizio del potere sanzionatorio, provvede in ogni caso alla determinazione in via provvisoria delle tariffe sulla base delle informazioni disponibili, comunque in un'ottica di tutela degli utenti”*.

Sulla base di tali prescrizioni normative l'Autorità ha quindi esercitato il potere di definire le tariffe per il periodo di riferimento non essendo pervenuta nei termini la proposta da parte dell'ente d'ambito e su sollecitazione del gestore. D'altra parte, la situazione che si era determinata a

seguito di quanto previsto dall'articolo 21, comma 9 bis della legge regionale della Campania n. 15 del 2015, a prescindere dalle valutazioni sui limiti delle competenze regionali in materia evidenziati dall'Autorità, non giustifica l'inerzia dell'Autorità che deve comunque procedere attraverso i poteri sostitutivi sulla base delle informazioni disponibili come espressamente previsto dalle norme citate. È compito precipuo dell'Autorità, infatti, *“assicurare la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero integrale dei costi (ivi compresi i costi di capitale), immanente alla natura di servizio di rilevanza economica - o, secondo la terminologia del diritto europeo, di servizio di interesse economico generale -, propria del servizio idrico integrato”* (Consiglio di Stato, sezione VI, n. 8354 del 2020).

Appare convincente quindi la ricostruzione effettuata dal Tar con riferimento ai poteri sostitutivi esercitati dall'Autorità. In mancanza di tale deliberazione, infatti, non si sarebbe potuto procedere all'adeguamento delle tariffe determinando una violazione del principio di copertura dei costi della gestione.

Deve pertanto essere respinta la censura proposta dagli appellanti relativa alla legittimità della determinazione delle tariffe da parte dell'Autorità.

8.2. Appaiono invece meritevoli di accoglimento le censure concernenti la quantificazione delle tariffe sotto il profilo del difetto di istruttoria per le ragioni che si espongono di seguito.

Per quanto riguarda la questione della formula tariffaria adottata, il punto controverso è essenzialmente quello della vigenza del piano d'ambito o comunque della sua attuazione, dato che la mancanza del piano determinerebbe una utilizzazione impropria del sistema tariffario. La questione riguarda in sostanza la contestata utilizzazione di una formula tariffaria, più favorevole al gestore, prevista per i casi di attuazione del piano d'ambito.

Nel caso di specie non è contestato che il piano d'ambito sia stato adottato nel 2000, mentre è controverso tra le parti che esso abbia avuto attuazione.

Ad avviso degli appellanti la sospensione del piano e comunque la sua non attuazione implicherebbe comunque l'adozione della formula tariffaria di cui all'art. 6, comma 2 del citato allegato A; viceversa le parti resistenti ed il primo giudice ritengono che tale formula sia utilizzabile nei soli casi in cui il piano sia stato approvato successivamente alla delibera n. 585.

Sul punto occorre osservare che la stessa Autorità, nella memoria del 18 gennaio 2021 afferma che il piano avrebbe dovuto essere revisionato *“alla luce dell'introduzione delle citate disposizioni del testo unico ambiente per effetto della normativa del 2011”*. La revisione straordinaria del piano era stata peraltro già disposta con la delibera n. 9 del 10 luglio 2009; a prescindere quindi dalla formale sussistenza del piano d'ambito viene riconosciuta l'esigenza di un suo aggiornamento.

Ne consegue che la mancata revisione avrebbe dovuto comportare, al momento della definizione delle tariffe, una specifica istruttoria sui *“profili di non attuazione del piano d'ambito”* rispetto ai quali l'Autorità invece, nella stessa memoria (punto 4.2), afferma che non emergessero criticità e di essersi riferita all'istanza di aggiornamento avanzata dal gestore per valutare la ricaduta sulla tariffa della determinazione d'ufficio della tariffa all'ingrosso e dei problemi di disequilibrio della gestione.

Tra le *“informazioni disponibili”* su cui fondare la quantificazione tariffaria, infatti, occorre valorizzare quella relativa all'attuazione del piano, tenuto conto dell'esigenza di verificare la congruità dei costi rispetto agli obiettivi pianificati anche *“in relazione agli investimenti programmati”* (art. 149 d. lgs. 152/06). D'altra parte, è proprio nella possibilità di svolgere o meno tale verifica che si giustificano le diverse formule tariffarie; il che implica l'esigenza di una istruttoria – in contraddittorio con gli enti appellanti - sullo stato di attuazione del piano quale presupposto per valutare concretamente i costi della gestione ed un eventuale concreta valutazione della situazione determinatasi al fine di individuare l'adeguata tariffazione essendo evidente che la situazione del piano d'ambito approvato ed eseguito e quella del piano d'ambito non

approvato non appaiono del tutto appropriate a definire la fattispecie concreta che è quella di un piano approvato ma non compiutamente eseguito a causa delle conflittualità intervenute fra il gestore ed i comuni amministrati che merita pertanto un approfondimento anche ai fini della sua esatta qualificazione a fini tariffari.

9. Alla luce delle esposte considerazioni l'appello deve essere parzialmente accolto e, per l'effetto, facendosi nel motivo accolto solo questione di sovracompensazione, ritiene il Collegio che, per l'assoluta peculiarità della fattispecie, l'incremento tariffario previsto dalla delibera n. 104 debba essere ridotto solo del trenta per cento, non essendo comunque in discussione la misura delle pregresse consolidate tariffe e dovendosi attribuire comunque un peso preponderante all'avvenuta approvazione del piano.

La riduzione del trenta per cento è misura che si giustifica sulla base delle circostanze del caso concreto (adeguamento tariffario su piano approvato ma di contestata attuazione) nonchè sulla base dell'id quod plerumque accidit in tema di eventuali sovracompensazioni, oltre che tenendo conto delle notorie analisi economiche volte a contestare la sovra-compensazione tariffaria alla luce del *full cost recovery* (analisi che appunto si concentrano su eventuali sovra-compensazioni e giammai escludono la doverosità di un nucleo minimo tariffario a ripiano dei costi di servizio, nucleo qui che si ritiene di individuare presumibilmente nella tariffa pregressa e nel settanta per cento del disposto incremento, attesa l'avvenuta approvazione del piano).

Tale misura si ritiene quindi prudenzialmente ed equitativamente idonea a conformare l'assetto degli interessi derivante dall'annullamento in attesa della rinnovazione del procedimento e ciò al fine di garantire al contempo la legalità dell'azione amministrativa e la continuità del finanziamento del servizio pubblico di fornitura dell'acqua – legato alla tariffazione in esame già per definizione transitoria .

La rinnovazione dell'istruttoria non ha alcun contenuto vincolato, essa potrebbe concludere ovviamente anche nel senso di confermare la decisione

tariffaria qui annullata solo per difetto di istruttoria ma sulla base di nuovi elementi ossia la verifica puntuale dell'attuazione del piano e della presumibile giustificata modulazione futura degli interventi programmati o sulla base di una più specifica diversa motivazione o, in caso contrario, ove l'Autorità lo ritenesse, potrebbe concludersi per confermare in toto od in parte il disposto annullamento giurisdizionale (che ha solo un effetto conformativo istruttorio in attesa della rinnovazione delle valutazioni tecniche).

Tale riduzione è disposta, fino alla nuova determinazione dell'Autorità, che dovrà sollecitamente intervenire ed espressamente e concretamente motivare sugli effetti derivanti, ai fini della copertura dei costi, dai residui eventuali profili di non attuazione del piano, salvo eventuali conguagli finali da ordinarsi all'esito della rinnovazione (ove la riduzione dell'incremento qui annullato fosse da calcolarsi in misura inferiore al trenta per cento).

L'esito del giudizio giustifica la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie parzialmente nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Manda alla Segreteria di trasmettere alla Procura della Repubblica di Torre Annunziata per le valutazioni di eventuale competenza la memoria della soc. Gori del 23 gennaio 2021, il documento allegato n. 03 depositato dagli appellanti in data 14 gennaio 2021 e i documenti inviati dagli stessi appellanti in data 5 maggio 2021.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Giovanni Orsini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giovanni Orsini

IL PRESIDENTE

Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO