

Publicato il 04/03/2024

**N. 02054/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00537/2023 REG.RIC.**



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso numero di registro generale 537 del 2023, proposto da

Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente-ARERA, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato e con domicilio negli uffici di quest'ultima in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Acqualatina spa, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Elefante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale n. 4 Lazio Meridionale - Latina, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione Quarta, n. 2493/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Acqualatina spa;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2024 il Cons. Alessandro Enrico Basilico e uditi per le parti l'avvocato Fabio Elefante e l'avvocato dello Stato Giammario Rocchitta;

1. L'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente-ARERA impugna la sentenza che ha accolto il ricorso proposto da Acqualatina spa contro gli atti con cui è stato approvato il metodo tariffario idrico per il secondo periodo regolatorio (MTI-2), nella parte in cui non prevede il riconoscimento degli oneri finanziari connessi al pagamento differito dei conguagli dovuti in caso di differenza tra i consumi prefigurati e quelli effettivi.

2. In punto di fatto, occorre osservare che, con la deliberazione n. 664/2015/R/idr del 28 dicembre 2015, l'Autorità ha approvato il Metodo tariffario idrico per il secondo periodo regolatorio MTI-2, ossia per gli anni 2016-2019 (esso fa seguito al Metodo tariffario transitorio-MTT, approvato con deliberazione n. 585/2012/R/idr e riferito agli anni 2012-2013, e al Metodo tariffario idrico-MTI, approvato con deliberazione n. 643/2013/R/idr e relativo agli anni 2014-2015)

Lo schema regolatorio per il MTI-2 prevede che i conguagli relativi ai costi ammessi e non coperti integralmente o parzialmente dalla tariffa incassata nell'anno di riferimento "x" vengano rimborsati, sempre mediante la loro inclusione nella tariffa (specificamente, nel vincolo riconosciuto ai ricavi del gestore-VRG), soltanto il secondo anno successivo "x+2" rispetto a quello in cui i costi medesimi sono stati sostenuti; detto meccanismo prevede l'aggiornamento del conguaglio rispetto al tasso di inflazione relativo al periodo di tempo (x+1 e x+2) intercorrente fra il momento in cui il costo è sostenuto e quello in cui il medesimo viene rimborsato, ma non riconosce

l'onere finanziario derivante dalla prolungata indisponibilità delle somme dovute.

3. Con il ricorso di primo grado, Acqualatina spa, società mista incaricata della gestione del servizio idrico integrato nell'Ambito territoriale ottimale n. 4-Lazio Meridionale, ha impugnato la deliberazione n. 664/2015/R/idr e gli atti a essa presupposti, articolando sei ordini di censure.

Tra queste, ai fini della decisione sull'appello viene in rilievo il quinto motivo, con cui si è dedotto: *«Violazione del principio del full cost recovery (art. 9 della direttiva 2000/60/CE, art. 154 del d.lgs. 152 del 2006 e art. 10, comma 14, lett. d, d.l. n. 70 del 2011). Eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, ingiustizia manifesta».*

Secondo la società, il meccanismo di calcolo dei conguagli biennali stabilito dall'Autorità sarebbe illegittimo in quanto, escludendo dal VRG gli oneri finanziari sostenuti dal gestore nel periodo in cui non ha avuto la disponibilità delle somme (ma unicamente il tasso d'inflazione) pregiudicherebbe il pieno recupero di costi non "efficientabili".

4. La sentenza di primo grado ha accolto la censura e annullato l'atto impugnato *«quanto alla disciplina delle componenti a conguaglio inserite nel V.R.G.»*, osservando che il metodo tariffario *«consente sì l'aggiornamento del conguaglio rispetto al tasso di inflazione relativo al periodo di tempo (x+1 e x+2) intercorrente fra il momento in cui il costo è sostenuto e quello in cui il medesimo viene rimborsato, ma non riconosce invece l'onere finanziario derivante dalla prolungata indisponibilità delle somme dovute»* e ritenendo che questo contrasti con i principi normativi della regolazione dei servizi economici d'interesse generale, poiché *«lo sfasamento temporale tra i ricavi "immediati" (derivanti dai pagamenti degli utenti nel corso dello stesso esercizio) e i ricavi "ritardati" (pagamenti corrisposti solo all'esito del conguaglio) determina in capo all'operatore economico un onere finanziario correlato alla ritardata disponibilità di una somma il cui titolo matura nel corso dell'anno in cui viene effettuata la fornitura del servizio, per cui la liquidazione avviene solo successivamente; tale onere deve essere in qualche modo riconosciuto».*

5. Con il proprio appello, l'Autorità ha chiesto la riforma della sentenza nella parte in cui ha considerato illegittima la deliberazione n. 664/2015/R/idr per il mancato riconoscimento degli oneri finanziari sui conguagli.

Il gravame si fonda su un unico motivo, con il quale si deduce: «Error in iudicando *sul riconoscimento degli oneri finanziari sui conguagli; violazione e falsa applicazione dell'articolo 154 d.lgs. n. 152 del 2006, come modificato dal d.P.R. n. 116 del 2011; violazione articolo 1282 c.c.; violazione articolo 1, comma 1, lett. c), d.P.C.M. 20 luglio 2012*».

In particolare, l'ARERA sostiene che il TAR non abbia tenuto conto delle specificità del MTI-2, il quale riconosce in tariffa, nell'anno di riferimento *a*, il conguaglio relativo a determinate componenti di costo ricomprese nel vincolo ricavi del gestore del secondo anno precedente (*a-2*), «*riallineando queste ultime ai pertinenti costi effettivamente spettanti, come risultanti dalle fonti contabili obbligatorie relative all'annualità di riferimento che ne attestino la reale entità ex post. In tal modo, i costi in questione trovano pieno riconoscimento solo nel momento in cui i medesimi, oltre ad essere "effettivamente sostenuti dall'impresa", risultino anche "misurabili oggettivamente"*»; inoltre, il fenomeno del costo generato per il gestore dai conguagli sarebbe invero considerato nell'ambito del parametro tariffario "beta", che concorre a determinare l'onere finanziario standard riconosciuto in ragione della rischiosità dell'attività di gestione, nonché dalla disciplina del capitale circolante netto.

6. La società Acqualatina spa, costituitasi nel giudizio di secondo grado, ha chiesto il rigetto del gravame, difendendo la tesi accolta dal TAR, e, in subordine, ha domandato che la questione sia deferita all'Adunanza Plenaria oppure che venga effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per chiarire se un sistema che non riconosce gli oneri finanziari sia in contrasto con il principio del "*full cost recovery*" sancito dall'art. 9 della direttiva n. 2000/60/CE (c.d. direttiva Acque), secondo cui «*gli Stati membri tengono conto del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi i costi ambientali e relativi alle risorse, prendendo in considerazione l'analisi economica effettuata in base all'allegato III e,*

in particolare, secondo il principio “chi inquina paga”», in linea con la configurazione delineata nella Comunicazione COM 2000/477 della tariffa dei servizi idrici quale mezzo per garantire un uso più sostenibile delle risorse idriche ed il recupero dei costi dei servizi idrici nell’ambito di ogni specifico settore economico.

7. Con ordinanza n. 5347 del 2023, emessa all’esito dell’udienza pubblica del 23 maggio 2023, il Collegio, premesso che, secondo la prospettiva dell’Autorità, il mancato riconoscimento degli oneri finanziari connessi al pagamento differito dei conguagli dovuti in caso di differenza tra i consumi prefigurati e quelli effettivi *«si giustificerebbe in una logica “incentivante”, nel senso che gli operatori, per ridurre l’incidenza, sarebbero spronati ad adottare modelli organizzativi più efficienti per la misurazione dei consumi ai fini della relativa fatturazione agli utenti, con l’ulteriore effetto di promuovere un uso più responsabile e sostenibile dell’acqua»*, mentre, per la società appellata, *«i conguagli non sarebbero “efficientabili” dal gestore, in quanto dipenderebbero da fattori esterni al suo controllo, imprevisi e imprevedibili, ovvero da scelte “politiche” dell’Ente d’ambito»*, ha disposto una CTU affinché fosse data risposta al seguente quesito: *«esaminati gli atti e i documenti di causa (con particolare riferimento agli schemi regolatori del “MTI-2” e alla tariffa approvata dall’Ente d’ambito, rispettivamente doc. 10 e 11 prodotti in primo grado dall’Avvocatura dello Stato) e compiute tutte le indagini che si rendessero necessarie (compresa l’acquisizione di documentazione dalla società appellata in merito alle modalità da questa adottate per la rilevazione dei consumi ai fini della relativa fatturazione agli utenti), dica il consulente se lo scostamento tra il momento in cui l’impresa sostiene l’onere per la fornitura del servizio e quello in cui questo trova copertura nella tariffa mediante i conguagli sia dovuto, e in quale misura, al sistema di rilevazione dei consumi adottato dall’impresa ovvero a fattori esterni all’organizzazione aziendale da questa non “efficientabili”»*.

8. In seguito, con ordinanza n. 9382 del 2023, in accoglimento della richiesta del consulente, sono stati prorogati i termini per il deposito della relazione

conclusiva (e, di conseguenza, anche quelli per il deposito delle osservazioni delle parti sulla bozza dell'elaborato).

9. Il 21 gennaio 2024 il perito ha depositato la relazione.

10. Nel prosieguo del giudizio, le parti hanno depositato ulteriori scritti difensivi, ribadendo le proprie posizioni.

11. All'udienza pubblica del 13 febbraio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

12. La decisione sull'appello dipende dalla soluzione di un'unica questione, concernente la legittimità del mancato riconoscimento, nel metodo tariffario idrico, degli oneri finanziari connessi al pagamento differito dei conguagli dovuti in caso di differenza tra i consumi prefigurati e quelli effettivi, in riferimento al principio del recupero dei costi sancito dall'art. 154 del codice dell'ambiente di cui al d.lgs. n. 152 del 2006 ovvero del "*full cost recovery*" di cui all'art. 9 della direttiva n. 2000/60/CE.

13. La tesi negativa, seguita nella sentenza appellata e difesa da Acqualatina spa, ha trovato condivisione nella giurisprudenza del Consiglio di Stato e, in particolare, nelle sentenze della Sesta Sezione n. 732 del 25 gennaio 2021 e n. 4914 del 30 gennaio 2021 (entrambe relative al Metodo tariffario transitorio-MTT), nonché nella decisione della Seconda Sezione n. 4142 del 24 maggio 2022 (relativa al primo Metodo tariffario idrico-MTI ma che, nel richiamare i precedenti concernenti il MTT, ha affermato che essi sarebbero espressione di principi generali in materia di regolazione tariffaria, dunque riferibili anche ai sistemi successivi).

Secondo questo orientamento:

- lo sfasamento temporale tra i ricavi "immediati", derivanti dai pagamenti degli utenti nel corso dell'esercizio, e quelli "ritardati", ottenuti solo all'esito dei conguagli, determina per il gestore un onere finanziario correlato alla mancata disponibilità di somme il cui titolo matura durante l'anno in cui viene effettuata la fornitura del servizio, ma che vengono incamerate due anni dopo;

- tale onere configura uno dei costi di produzione del gestore e deve essere riconosciuto, poiché in caso contrario verrebbero pregiudicati la continuità e lo sviluppo del servizio;
- la circostanza, addotta dall'Autorità, secondo cui lo sfasamento tra ricavi immediati e differiti è dovuto alla necessità di verificare i dati risultanti dai bilanci del gestore è idonea a giustificare il ritardo temporale del conguaglio, ma non la mancata considerazione del relativo onere;
- il coefficiente "beta" misura la generale "rischiosità" del servizio idrico integrato e non attiene in alcun modo agli oneri finanziari correlati al ritardo di due anni nella percezione dei conguagli;
- il capitale circolante netto considera gli oneri finanziari solo sotto il profilo relativo alla liquidità dell'azienda;
- non viene in rilievo l'art. 1282 cod. civ., secondo cui solo i crediti liquidi ed esigibili di somme di denaro producono interessi, in quanto il gestore non pretende la corresponsione d'interessi bensì il riconoscimento di una componente – l'onere finanziario correlato ai conguagli – nell'ambito della valutazione dell'equilibrio economico-finanziario del servizio ai fini della determinazione della tariffa.

14. Sulla questione è maturato anche un diverso orientamento, il quale esclude che la mancata considerazione degli oneri finanziari connessi ai conguagli nella tariffa sia illegittima: a questa posizione hanno aderito le sentenze della Seconda Sezione n. 5428 e n. 5431 del 30 giugno 2022 (relative al MTT), n. 10726-10727-1028-1029 del 7 dicembre 2022, n. 10843 del 12 dicembre 2022 e n. 736 del 23 gennaio 2023 (relative al MTI); la tesi risulta accolta anche dalle più recenti pronunce del TAR della Lombardia (come le sentenze n. 109-110-111-112 del 9 gennaio 2023 e n. 499 del 27 febbraio 2023, relative al metodo tariffario idrico per il terzo periodo regolatorio MTI-3, riferito agli anni 2020-2023).

Secondo questa prospettiva:

- non è irragionevole la scelta dell’Autorità di subordinare la determinazione dei conguagli all’acquisizione di dati effettivi e certificati sui volumi di vendita;
- il gestore è comunque compensato mediante la previsione che il valore tariffario “beta” debba essere moltiplicato con l’*equity risk premium-ERP*, ossia il premio per il rischio di mercato;
- si deve tenere conto del fatto che, ai sensi dell’art. 1282 cod. civ., gli interessi maturano solo quando i crediti diventano liquidi ed esigibili;
- il sistema incentiva gli operatori, a cui fanno capo i sistemi di lettura dei contatori e di fatturazione, ad affinare le modalità di rilevazione dei consumi;
- riconoscere gli oneri finanziari anche sui conguagli (costi operativi) significherebbe, sotto il profilo della redditività, attribuire a questa componente sostanzialmente lo stesso trattamento degli investimenti (costi di capitale), che perseguono la diversa finalità del miglioramento della qualità del servizio pubblico.

15. Sulla questione della legittimità del mancato riconoscimento nella tariffa del servizio idrico degli oneri finanziari relativi ai conguagli è dunque maturato un contrasto giurisprudenziale, anche tra diverse Sezioni, che rende opportuno il suo deferimento all’Adunanza Plenaria ai sensi dell’art. 99, co. 1, cod. proc. amm..

16. Il Collegio è consapevole che la questione è invero già stata rimessa all’Adunanza Plenaria dalla Sezione con ordinanza n. 391 del 12 gennaio 2024, con la quale sono stati formulati i seguenti quesiti: «a) se la deliberazione del 27 dicembre 2019 n. 580/2019/R/idr, con la quale l’Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente ha approvato il metodo tariffario idrico per il terzo periodo regolatorio (MTI-3), possa ritenersi legittima nella parte in cui non riconosce gli oneri finanziari sostenuti a causa del differimento biennale della corresponsione dei conguagli relativi ai costi ammessi e non coperti dalla tariffa dell’anno regolatorio di riferimento; b) se, in particolare, le disposizioni della deliberazione impugnata (ed eventualmente le norme nazionali su cui quest’ultima dichiara di fondarsi) siano, in parte qua, conformi ai principi di derivazione

eurownitaria di certezza del diritto, legittimo affidamento, ragionevolezza, proporzionalità e del full cost recovery».

17. Tuttavia, si ritiene opportuno un ulteriore deferimento alla luce delle seguenti considerazioni.

A prescindere dalla circostanza per cui in quel giudizio veniva in rilievo il MTT-3, mentre in questo è contestato il MTT-2, occorre innanzitutto considerare che la società appellata ha espressamente chiesto che la questione fosse rimessa all'Adunanza Plenaria, tanto nelle sue prime difese (in particolare nella memoria del 6 maggio 2023), quanto in quelle più recenti e successive all'ordinanza n. 391 del 2024 (in particolare nella memoria del 27 gennaio 2024 e nel corso della discussione orale all'udienza del 13 febbraio 2024): il deferimento risulta quindi opportuno per consentire alla parte di difendersi anche in quella sede, soprattutto in considerazione del vincolo discendente dall'art. 99, co. 3, cod. proc. amm., che impone alla Sezione di conformarsi ai principi di diritto enunciati dall'Adunanza Plenaria o, in alternativa, di rimettere a questa, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.

18. Inoltre, le risultanze della CTU disposta in questo giudizio consentono di articolare ulteriormente i quesiti già formulati dalla Sezione.

Infatti, nel proprio elaborato, il consulente ha osservato che:

- i conguagli totali (RCtot) sono calcolati sulla base di diverse componenti, ossia lo scostamento sui consumi e sui ricavi (RCVOL), quello relativo ai costi dell'energia elettrica (RCEE), quello relativo ai costi all'ingrosso (RCWS), quello relativo alla componente a copertura dei costi ambientali e della risorsa (RCERC) e altre voci, come i margini afferenti attività idriche diverse o la copertura degli oneri locali;
- una prima parte dei conguagli, quella relativa agli scostamenti sui consumi e sui ricavi (la variabile RCVOL), dipende in modo diretto dal sistema di rilevazione (p. 36);

- una seconda parte, quella relativa agli scostamenti relativi ai costi dell'energia elettrica (la variabile RCEE), oltre che dal prezzo dell'energia, dipende dalle attività di modellazione idraulica della rete utilizzate per la gestione delle pressioni in rete, le quali, se efficienti, possono contenere le perdite idriche e far conseguire risparmi energetici (p. 37);
- una terza parte, quella relativa agli scostamenti relativi ai costi all'ingrosso (la variabile RCWS), risente anch'essa dei consumi e dei ricavi (p. 37);
- la disponibilità di un sistema di misurazione efficiente, da realizzarsi mediante il passaggio alla digitalizzazione dell'infrastruttura idrica, è condizione necessaria per la definizione del bacino idrico dei distretti, che a sua volta è necessario per la riduzione e il successivo mantenimento del livello delle perdite in rete (p. 37);
- all'inizio del periodo regolatorio del MTI-2, il sistema di misura predisposto dall'appellata, benché conforme alla normativa, non poteva dirsi "ben efficientato", essendo in prevalenza costituito da dispositivi di tipo meccanico con età media superiore a dieci anni, per la cui sostituzione gli investimenti sono stati inferiori a quanto adottato dall'Ente di governo dell'ATO in sede di pianificazione (pp. 39-40);
- la stessa rete ha una percentuale di perdite relativamente elevata e tale dato non ha registrato miglioramenti negli ultimi anni (p. 40);
- sotto altro profilo, l'Ente di governo dell'ATO, nell'esercizio della sua discrezionalità, può approvare, e in effetti ha approvato, variazioni tariffarie inferiori al limite massimo stabilito dal MTI-2, determinando il mancato recupero di conguagli, senza alcuna opposizione da parte della società appellata (pp. 43-44).

19. Dalla perizia emerge dunque che il differimento temporale nell'ottenimento dei ricavi oggetto dei conguagli biennali dipende in parte dalle scelte imprenditoriali e organizzative del gestore il quale, adottando un sistema di misurazione efficiente e contenendo le perdite di rete, potrebbe ridurre la misura, aumentando per l'effetto i ricavi in corso di esercizio; per

altra parte, è dovuto a decisioni discrezionali prese dall'Ente di governo dell'ATO per motivi di politica sociale (la circostanza è attestata dalla stessa difesa erariale, la quale, nell'atto di appello, pp. 21-22, ha riferito che i conguagli possono discendere dai *«differimenti di oneri che, sebbene già misurati ed evidenti, si decide, per ragioni di opportunità prevalentemente collegate all'esigenza di non palesare effetti significativi nei corrispettivi applicati, di rinviare ad annualità successive»*, in quanto *«la regolazione ha ritenuto di permettere, sotto determinate condizioni, il rinvio di oneri nel caso in cui l'impatto immediato fosse risultato non socialmente sostenibile»*).

20. Alla luce del contrasto giurisprudenziale di cui si è dato conto e degli esiti dell'istruttoria espletata, si formulano all'Adunanza Plenaria i seguenti quesiti:

a) se la deliberazione n. 664/2015/R/idr del 28 dicembre 2015 dell'ARERA, di approvazione del Metodo tariffario idrico per il secondo periodo regolatorio MTI-2, possa ritenersi legittima – anche in riferimento ai principi di derivazione eurounitaria di certezza del diritto, legittimo affidamento, ragionevolezza, proporzionalità, nonché al principio del *“full cost recovery”* sancito dall'art. 9 della direttiva n. 2000/60/CE – nella parte in cui non riconosce gli oneri finanziari sostenuti dal gestore a causa del differimento biennale della corresponsione dei conguagli relativi ai costi ammessi e non coperti dalla tariffa dell'anno regolatorio di riferimento;

b) se in particolare, ai fini della valutazione di legittimità della previsione, sia rilevante la circostanza che il differimento biennale nell'ottenimento dei ricavi oggetto dei conguagli dipenda da scelte di natura imprenditoriale del gestore ovvero da decisioni discrezionali di politica sociale dell'Ente di governo dell'ATO cui questi non si è opposto.

Si rimette comunque all'Adunanza Plenaria la decisione su tutte le questioni controverse, salve le successive determinazioni sul prosieguo del giudizio anche ai sensi dell'art. 99, comma 4, cod. proc. amm..

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Seconda, non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il

deferimento all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Manda alla Segreteria della Sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al Segretario incaricato di assistere all'Adunanza Plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Sabato, Presidente FF

Antonella Manzione, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere

Alessandro Enrico Basilico, Consigliere, Estensore

Francesco Cocomile, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Enrico Basilico

IL PRESIDENTE
Giovanni Sabato

IL SEGRETARIO