

Publicato il 14/05/2021

N. 03809/2021REG.PROV.COLL.
N. 07906/2014 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 7906 del 2014, proposto da
AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS E IL
SISTEMA IDRICO, in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato,
domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

IRETI SPA (ex IREN ACQUA GAS SPA), in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati
Daniela Anselmi, Giulio Bertone, Mario Sanino, con domicilio eletto
presso lo Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, n. 180;

nei confronti

PROVINCIA DI GENOVA, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia n. 1275 del 2014;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ireti s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2021 il Cons. Dario Simeoli;

L'udienza si svolge ai sensi degli articoli 25 del decreto-legge 137 del 28 ottobre 2020 e 4 comma 1, decreto-legge 28 del 30 aprile 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

1.– La società IRETI s.p.a., ex IREN ACQUA GAS s.p.a. (di seguito: "la Società") – gestore del servizio idrico integrato nell'ambito territoriale di Genova – impugnava sotto svariati profili i seguenti atti dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico (oggi Autorità di regolazione per energia reti e ambiente, di seguito: "l'Autorità"): i) la deliberazione n. 585 del 28 dicembre 2012 avente ad oggetto la "regolazione dei servizi idrici: approvazione del metodo tariffario transitorio (MTI) per la determinazione delle tariffe negli anni 2012 e 2013"; ii) la deliberazione n. 73 del 2013; iii) i documenti per la consultazione prot. n. 204 e n. 290 del 2012, nonché la richiesta di parere inoltrata al Consiglio di Stato in data 23 ottobre 2012; iv) le deliberazioni n. 88 del 2013 e n. 108 del 2013; v) la deliberazione n. 273 del 2013, in tema di "Restituzione agli utenti

finali della componente tariffaria del servizio idrico integrato relativa alla remunerazione del capitale, abrogata in esito al referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011, con riferimento al periodo 21 luglio-31 dicembre 2011 non coperto dal metodo tariffario transitorio”; vi) il documento di consultazione n. 290 del 2012; vii) la deliberazione n. 38 del 2013, recante “avvio del procedimento per la restituzione agli utenti finali della componente tariffaria del servizio idrico integrato relativa alla remunerazione del capitale investito, abrogata in esito al referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011, con riferimento al periodo 21 luglio-31 dicembre 2011, non coperto dal metodo tariffario transitorio”; viii) gli atti di determinazione dell’entità dell’importo da restituire a titolo di remunerazione del capitale investito, e specificamente il provvedimento dirigenziale della Provincia di Genova prot. n. 98698/2013 del 30 settembre 2013.

2.– Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, con sentenza n. 1275 del 2014, in parziale accoglimento del ricorso, annullava la sola deliberazione dell’Autorità n. 273 del 2013 ed il provvedimento della Provincia di Genova prot. n. 98698/13 del 30 settembre 2013. In particolare, il giudice di prime cure respingeva le censure relative all’*an*’ della restituzione della componente della remunerazione del capitale investito, ed invece accoglieva le censure sollevate in relazione al *quantum*’ di tale restituzione.

3.– Avverso la predetta sentenza hanno proposto appello sia l’Autorità (in via principale), sia la Società (in via incidentale), ciascuna in relazione alle statuizioni di reciproca soccombenza.

3.1.– L’Autorità deduce l’erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha statuito che la delibera impugnata, nel

determinare il quantum oggetto di restituzione, avrebbe illegittimamente escluso il capitale 'proprio' tra i costi di investimento, in quanto:

- i) si baserebbe sull'assunto erroneo secondo cui l'Autorità avrebbe previsto «la restituzione dell'intera componente R»;
- ii) non avrebbe tenuto conto del fatto che, se si accogliessero le richieste delle imprese ricorrenti in merito al riconoscimento del capitale 'proprio' per il periodo successivo al referendum, in aggiunta al già operato riconoscimento a piè di lista di tutti gli oneri finanziari effettivamente pagati, gli importi da restituire risulterebbero nulli o addirittura negativi per l'utente (giungendosi cioè alla paradossale conseguenza per cui il referendum del giugno 2011, abrogando il criterio della adeguatezza della remunerazione del capitale investito, avrebbe determinato un diritto a maggiori introiti per i gestori per il periodo 21 luglio 2011-31 dicembre 2011, precedente all'entrata in vigore del nuovo metodo tariffario).

3.2.– Con l'appello incidentale, la Società insiste invece nel contestare in radice il potere di intervento dell'Autorità per la restituzione di quanto pagato a titolo di remunerazione del capitale nel periodo 21 luglio-31 dicembre 2011, sull'assunto che l'art. 170 del d.lgs. n. 152 del 2006 prevedrebbe la sopravvivenza del metodo normalizzato sino all'approvazione del nuovo metodo tariffario e tale norma non sarebbe mai stata oggetto di abrogazione espressa.

L'obbligo di restituzione viene altresì censurato per violazione: i) del principio del legittimo affidamento, poiché inciderebbe su situazioni pregresse e ormai consolidate; ii) delle norme nazionali e comunitarie in tema di concessione di servizi, da cui si ricaverebbe in ogni caso il principio del riconoscimento di un ragionevole ritorno economico

del capitale investito; iii) delle istruzioni impartite dal Consiglio di Stato nel parere n. 267 del 2013, nella parte in cui la delibera prevede la restituzione col primo documento di fatturazione utile e non in sede di determinazione delle nuove tariffe; iv) del principio del full cost recovery, dal momento che lascia alla discrezionalità degli enti d'ambito la decisione sulla detrazione delle voci di costo dall'ammontare oggetto di restituzione, e perché prende a riferimento soltanto il dato stimato senza tenere conto del grave stato di insolvenza del gestore.

3.3.– Non sono stati invece oggetto di impugnazione i capi della sentenza di primo grado che hanno respinto i motivi di censura proposti dalla Società avverso le deliberazioni n. 585 del 2012, n. 73 del 2013, n. 88 del 2013 e n. 108 del 2013, rispetto alle quali deve quindi ritenersi oramai formato il giudicato.

4.– Con ordinanza n. 4834 del 2015, questa Sezione del Consiglio di Stato – *«Considerato che: negli appelli iscritti ai numeri 5890/2014 e 5940/2014 del Ruolo Generale, rispettivamente proposti dal Codacons e dall'Associazione Acqua Bene Comune Onlus e Federconsumatori, questo Consiglio di Stato, per assicurare la completezza dell'istruttoria ai fini di un compiuto sindacato giudiziale esterno, sub specie di non manifesta illogicità, sull'attendibilità e ragionevolezza tecnica della voce tariffaria relativa alla copertura degli oneri finanziari, onde valutarne la conformità al vigente assetto normativo quale scaturito dall'esito referendario, non potendo tale componente tariffaria più essere improntata al criterio «dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito», bensì al criterio, diverso e più restrittivo, della copertura integrale dei costi (segnatamente, per quanto qui rileva, dei costi del capitale proprio investito), ha ritenuto la necessità di disporre consulenza tecnica d'ufficio; rispetto al presente giudizio la decisione degli appelli n. 5890/2014 e*

5940/2014 assume, sotto il profilo economico e sostanziale, una rilevanza pregiudiziale di natura non solo logica, ma anche tecnico-giuridica, in quanto l'eventuale dichiarazione di illegittimità del criterio di calcolo del capitale investito, travolgendo una voce centrale del metodo tariffario determinato dall'AEEG, produrrebbe una evidente alterazione dell'equilibrio economico che la tariffa intende assicurare; l'eventuale caducazione del criterio di calcolo del costo del capitale avrebbe, di conseguenza, un significativo impatto anche sulle altre voci tariffarie oggetto di specifica contestazione nel presente giudizio, in quanto per stabilire se tali voci rispettino il principio di integrale copertura dei costi (c.d. full cost recovery) o se, al contrario, diano surrettiziamente luogo ad una forma di remunerazione del capitale investito, la valutazione delle diverse componenti tariffarie, nonostante la loro formale autonomia non può che avvenire secondo una prospettiva globale ed unitaria; tale rapporto di interdipendenza emerge, fra l'altro, dalla stessa formulazione dei quesiti sottoposti al consulente tecnico d'ufficio (cfr. in particolare il secondo quesito, in cui si fa anche riferimento ad una eventuale duplicazione di fattori di rischio già considerati in altre parti della deliberazione in questione); esiste, pertanto, un rapporto di dipendenza-consequenzialità tra la decisione degli appelli riuniti e la decisione della questione relativa alla legittimità del criterio tariffario di calcolo del costo del capitale investito, dovendosi ritenere, come emerge chiaramente dalla formulazione dei quesiti demandati al consulente tecnico d'ufficio, che la definizione della questione controversa nei giudizi n. 5890/2014 e 5940/2014 costituisca l'indispensabile antecedente logico-giuridico per la decisione del presente giudizio; nonostante tra le parti del presente giudizio e quelle dei giudizi pregiudiziali vi sia una identità soltanto parziale, sussistono, comunque, i presupposti per disporre la sospensione del processo ex art. 295 c.p.c. atteso che il carattere normativo della delibera impugnata rende l'eventuale sentenza di annullamento opponibile erga omnes, con la conseguenza che nessuna parte del presente giudizio potrebbe sollevare

l'eccezione di inopponibilità nei proprio confronti della decisione della causa pregiudiziale; considerato, peraltro, che nel caso di specie i giudizi pregiudiziali pendono di fronte allo stesso giudice della causa dipendente il che consente di accogliere una interpretazione meno restrittiva dei presupposti per la sospensione necessaria ex art. 295 c.p.c., non potendosi in senso contrario invocare, stante appunto l'identità del giudice di fronte al quale pendono sia i giudizi pregiudiziali sia quelli dipendenti, il principio dell'autonomia degli accertamenti devoluti a diverse giurisdizioni» – disponeva la riunione degli appelli in epigrafe e li sospendeva ai sensi dell'art. 295 c.p.c.

4.1.– Successivamente, con sentenza del Consiglio di Stato n. 2481 del 2017, in un processo nel cui ambito era stata espletata una consulenza tecnica d'ufficio per verificare la compatibilità della voce tariffaria relativa alla copertura degli oneri finanziari con l'esito referendario che aveva condotto all'abolizione del criterio della «adeguatezza della remunerazione del capitale investito», respingeva i predetti appelli riuniti n. 5890 e 5940 del 2014.

4.2.– Con ulteriore ordinanza n. 4173 del 2019, questa stessa Sezione – «Rilevato che, dopo la definizione delle cause pregiudiziali con la sentenza di questa Sezione n. 2481/2017, sulla base delle risultanze dell'ivi disposta consulenza tecnica d'ufficio, sul piano istruttorio si rende necessaria l'acquisizione d'ufficio, al presente processo, della relazione di consulenza tecnica d'ufficio espletata nell'ambito di detto giudizio, allo stato non facente parte del materiale istruttorio della presente causa, onde poter valutare gli eventuali riflessi, diretti e indiretti, degli accertamenti peritali sulle voci tariffarie che formano oggetto di contestazione nel presente giudizio, nell'ottica di un vaglio globale e unitario dei criteri e parametri tariffari stabiliti dalla delibera AEEGSI n. 585/2012/R/IDR (ovviamente, entro i limiti oggettivi del devolutum); Ritenuto, sotto un profilo prettamente processuale, che – al fine della

valorizzazione probatoria della relazione peritale d'ufficio nel presente processo (sulla utilizzabilità, quali elementi di prova atipica, di prove raccolte in altri giudizi, svoltisi fra le stesse o altre parti, v., ex plurimis, Cass. n. 8603/2017, Cass. n. 11555/2013; i relativi principi, ai sensi dell'art. 39, comma 1, cod. proc. amm., devono ritenersi applicabili anche al processo amministrativo) – s'imponga la sua acquisizione formale per garantire l'esplicazione del contraddittorio su tale materiale istruttorio, anche ai sensi dell'art. 73, comma 3, cod. proc. amm., e permettere alle parti di svolgere compiutamente le relative difese; Ritenuto, per le esposte ragioni, necessario disporre l'acquisizione della menzionata relazione di consulenza tecnica d'ufficio, a cura della Segreteria, che provvederà al relativo inserimento nel presente fascicolo processuale» – disponeva l'acquisizione a cura della Segreteria della relazione tecnica d'ufficio redatta dal collegio peritale nell'ambito dei ricorsi n. 5890 e n. 5940 del 2014, definiti con la citata sentenza n. 2481 del 2017.

4.3.– Con ulteriore ordinanza 22 dicembre 2020 n. 8220, la Sezione – *«Ritenuto opportuno ai fini del decidere che, in considerazione del tempo trascorso dal deposito dell'appello e della indubbia rilevanza della controversia, che le parti offrano al Collegio elementi aggiornati di valutazione in ordine, sia alla questione di compatibilità euro-unitaria, sia alle conseguenze finanziarie derivanti dall'eventuale annullamento dell'obbligo di restituzione»* – ha assegnato alle parti termine per il deposito di memorie.

5.– All'odierna udienza del 30 marzo 2021, la causa è stata discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.– Giova, preliminarmente, procedere alla ricostruzione del quadro normativo, nazionale ed europeo, in cui si colloca la deliberazione impugnata, di adozione del metodo tariffario transitorio (MTT) per

la determinazione delle tariffe negli anni 2012 e 2013, dalla quale è scaturito un corposo contenzioso seriale.

1.1.– Il servizio idrico integrato – così definito perché comprensivo di più segmenti produttivi: l'attività di captazione dalla falda, la potabilizzazione, la distribuzione, il trasporto dei reflui nella fognatura, la depurazione della risorsa idrica – è un servizio di interesse economico generale, in quanto attività economica prestata dietro corrispettivo economico, ma che al tempo stesso non sarebbe assicurata dal mercato senza un intervento statale (o lo sarebbe ma condizioni difformi da quelle giudicate coerenti con gli obiettivi di interesse generale). Di tale attività sono quindi regolati diversi aspetti: la dimensione gestionale (organizzata sulla base di ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici), la struttura operativa, le modalità di affidamento (secondo il principio di unicità della gestione per ciascun ambito), le dotazioni infrastrutturali, il contenuto del rapporto convenzionale tra concedente e gestore, il corrispettivo contrattuale del rapporto di utenza.

La governance del settore è contrassegnata dall'intersezione di competenze spettanti a più soggetti pubblici, a livello sovranazionale e nazionale, quali la Commissione Europea, il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare, le Regioni, l'Autorità di Bacino, gli enti di governo dell'ambito (individuati dalle regioni e partecipati dagli enti locali ricadenti nel medesimo comprensorio), le amministrazioni comunali, l'Autorità di regolazione.

Le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, ora attribuite all'Autorità per l'energia elettrica il gas e il servizio

idrico (ora Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente), investono specificatamente la definizione dei costi ammissibili e dei criteri per la determinazione delle tariffe a copertura di questi costi, la regolazione sulla qualità del servizio, la verifica dei piani d'ambito, nonché la predisposizione delle convenzioni tipo per l'affidamento del servizio.

1.2.– Ai fini del presente giudizio, va rimarcato che la vigente disciplina del servizio idrico integrato – a partire dalla legge “Galli”, legge 5 gennaio 1994, n. 36, i cui contenuti sono stati poi in larga misura trasposti nel decreto legislativo n. 152 del 2006 – ha inteso superare le precedenti gestioni pubbliche in economia, considerate oramai inadeguate per un'efficace amministrazione del settore.

I principali contenuti “riformatori” dell'impianto normativo sono: i) l'industrializzazione della filiera realizzata attraverso la gestione integrata di tutti i segmenti produttivi (in passato gestiti separatamente); ii) il riconoscimento della rilevanza economica del servizio, la quale si delinea tramite l'adozione di un modello organizzativo efficiente, in quanto tendenzialmente idoneo a remunerare i fattori produttivi; iii) la facoltà per l'amministrazione di scegliere tra il monopolio pubblico e quello privato contendibile (concorrenza “per” il mercato); iv) un modello di organizzazione basato su unità geografiche e idrologiche naturali, delineati sulla scorta di parametri non meramente geografici, ma anche tecnici ed economici: la dimensione ottimale dei servizi mira soprattutto alla realizzazione di economie di scala e alla finalità di prevenire il possibile conflitto di interessi tra enti locali e gestori; v) il coordinamento amministrativo, coincidente con l'estensione dell'ambito territoriale, attraverso l'adozione del piano d'ambito, il

potere tariffario e l'esternalizzazione; vi) una gestione integrata del servizio caratterizzata dalla «unicità» all'interno degli ATO; vii) la disciplina dei rapporti tra il regolatore dell'ambito e gestore mediante una convenzione i cui contenuti concorrono all'organizzazione consensuale del servizio, alla definizione sinallagmatica degli aspetti patrimoniali della gestione, all'assunzione degli obblighi di servizio pubblico, alla gestione delle infrastrutture, alla pianificazione degli investimenti in manutenzione e relativi alla innovazione tecnologica; viii) l'unicità della tariffa, calcolata in modo da assicurare la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio.

La trama regolativa, così sommariamente riportata, riflette una precisa "misura compositiva" tra fini sociali (l'erogazione di un bene fondamentale ma scarso) e sostenibilità economica. La scelta politica, in particolare, è consistita nella ricerca di un modello di gestione in cui trovi adeguata sintesi la dialettica tra efficienza, anche imprenditoriale, del servizio, nell'ambito dei vincoli europei, garanzia degli utenti, che sono titolari di un diritto fondamentale, e universalità del servizio.

Si tratta di una scelta politica nazionale, in quanto la normativa europea in materia di acque (Direttiva 2000/60/UE) non contiene indicazioni rigide sull'organizzare il servizio idrico come un servizio a rilevanza economica, in buona parte suggerita dalla circostanza che il sistema idrico italiano sconta, come è noto, un pesante debito infrastrutturale.

1.3.– La tariffa è definita dall'art. 154 del decreto legislativo n. 152 del 2006 come «il corrispettivo del servizio idrico integrato» che viene 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, [dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito] e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'ente di governo dell'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”».

La norma ricalca l'art. 9 della direttiva n. 2000/60/CE, 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 – diffusamente delineata nella Comunicazione COM 2000/447 – 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».

Il primo comma dell'art. 154 è stato abrogato in esito al referendum indetto con d.P.R. 23 marzo 2011, limitatamente alle parole: «dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito», a decorrere dal 21 luglio 2011, dall'articolo 1, comma 1, del D.P.R. 18 luglio 2011, n. 116 e successivamente modificato dall'articolo 7, comma 1, lettera a), del decreto legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 2014 n. 164.

La tariffa base viene predisposta dall'ente di governo dell'ambito, nell'osservanza del metodo tariffario regolato dall'AEEGSI cui viene trasmessa per l'approvazione.

La giurisprudenza della Corte costituzionale definisce la disciplina statale relativa alla determinazione della tariffa del servizio idrico integrato come complesso di norme atte a preservare il bene giuridico “ambiente” dai rischi derivanti da una tutela non uniforme ed a garantire uno sviluppo concorrenziale del settore. L’azione unitaria svolta dallo Stato, in particolare, viene giustificata sotto un duplice aspetto.

L’uniforme metodologia tariffaria adottata dalla legislazione statale deve, in primo luogo, garantire sull’intero territorio nazionale un trattamento uniforme alle varie imprese operanti in concorrenza tra loro, per evitare che si producano arbitrarie disparità di trattamento sui costi aziendali, conseguenti a vincoli imposti in modo differenziato sul territorio nazionale. Il nesso con la tutela della concorrenza si spiega anche perché la regolazione tariffaria deve assicurare l’equilibrio economico-finanziario della gestione e l’efficienza ed affidabilità del servizio (art. 151, comma 2, lettere c, d, e, del codice dell’ambiente), attraverso il meccanismo di price cap (artt. 151 e 154, comma 1, del codice dell’ambiente), «diretto ad evitare che il concessionario [recte: gestore] unico abusi della sua posizione dominante» (sentenza n. 246 del 2009, che richiama anche le sentenze n. 335 e n. 51 del 2008).

Sotto altro profilo, attraverso la determinazione della tariffa il legislatore statale fissa livelli uniformi di tutela dell’ambiente, perseguendo la finalità di garantire la tutela e l’uso delle risorse idriche secondo criteri di solidarietà e salvaguardando così la vivibilità dell’ambiente e le aspettative e i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale. La finalità della tutela dell’ambiente viene anche posta alla base della scelta delle

tipologie dei costi che la tariffa è diretta a recuperare, tra i quali il legislatore ha incluso espressamente quelli ambientali.

1.4.– Nell'esercizio delle sue competenze regolatorie, l'Autorità di regolazione ha prima approvato la deliberazione 585/2012/R/IDR, che ha dettagliato il metodo tariffario transitorio MTT per la determinazione delle tariffe negli anni 2012 e 2013, oggetto del presente giudizio; successivamente, al termine del periodo transitorio, ha adottato la deliberazione 27 dicembre 2013 643/2013/R/IDR, recante l'approvazione del metodo tariffario idrico e delle disposizioni di completamento.

1.5.– Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2481 del 2017, all'esito di una articolata ricognizione del fondamento normativo del principio del c.d. full cost recovery (segnatamente: il d.P.C.M. del 20 luglio 2012; l'art. 10, comma 14, lettera e, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106; l'art. 2, comma 12, lettera e, della legge 14 novembre 1995, n. 481), è pervenuto alla conclusione che, avuto riguardo alla disciplina residua dell'art. 154 d.lgs. n. 154 del 2006, non toccata dall'abrogazione referendaria del parametro tariffario dell'«adeguatezza della remunerazione del capitale investito», persiste pur sempre la nozione di tariffa come corrispettivo, determinata in modo tale da 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.

Peraltro, anche la Corte Costituzionale (sentenze n. 26 del 2011, n. 325 del 2010) ha chiarito che il carattere remunerativo della tariffa non può essere considerato elemento caratterizzante la nozione di «rilevanza economica», essendo coessenziale, ai fini di tale nozione, l'esercizio dell'attività con metodo economico, nel senso che essa, considerata nella sua globalità, deve essere svolta in vista quantomeno della copertura, in un determinato periodo di tempo, dei costi mediante i ricavi (di qualsiasi natura questi siano, ivi compresi gli eventuali finanziamenti pubblici).

Su queste basi, la citata sentenza del Consiglio di Stato n. 2481 del 2017, ha concluso che «la metodologia tariffaria adottata dall'AEEGSI nella delibera n. 585/2012 appare in linea con il dettato referendario e con il principio del c.d. full cost recovery (compreso il costo del capitale, equity e debt)», con conseguenza infondatezza delle censure che erano state sollevate da alcune associazioni di tutela dei consumatori, le quali imputavano all'Autorità di regolazione di avere surrettiziamente reintrodotta il parametro che la volontà referendaria aveva inteso espungere dall'ordinamento giuridico.

1.6.– Successivamente all'espressione da parte del Consiglio di Stato del parere n. 267 in data 25 gennaio 2013, l'Autorità ha avviato il procedimento, con delibera n. 38/2013/R/IDR del 31 gennaio 2013, per la restituzione agli utenti finali della componente tariffaria del servizio idrico integrato relativa alla “remunerazione del capitale investito, abrogata in esito al referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011, con riferimento al periodo 21 luglio-31 dicembre 2011 non coperto dal metodo tariffario transitorio”.

Tale procedimento si è concluso con la deliberazione dell'Autorità del 25 giugno 2013 prot. n. 273/2013/R/IDR, avente ad oggetto:

“Restituzione agli utenti finali della componente tariffaria del servizio idrico integrato relativa alla remunerazione del capitale, abrogata in esito al referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011, con riferimento al periodo 21 luglio -31 dicembre 2011 non coperto dal metodo tariffario transitorio”.

Con la predetta delibera n. 273 del 2013, l’Autorità, all’art. 2 comma 2, ha indicato i criteri per la determinazione dell’importo da restituire, prevedendo che questo dovesse essere pari all’importo previsto in ciascun Piano di Ambito, dedotte esclusivamente le seguenti voci di costo: i) gli oneri fiscali in ragione dell’imposta effettivamente pagata, ii) gli oneri finanziari effettivamente sostenuti e documentati dal gestore, iii) gli accantonamenti per la svalutazione crediti, nella misura ritenuta efficiente da parte dell’Ente d’Ambito o del soggetto competente.

In merito ai costi relativi al capitale ‘proprio’, l’Autorità ha motivato che questi *«non potranno essere considerati in questa sede, poiché, trattandosi di un intervento di restituzione straordinaria ex post circoscritto ad un periodo ben determinato, non appare utile determinare a posteriori una frontiera efficiente dei medesimi costi, non potendosi indurre i benefici propri di una regolazione incentivante, idonea a promuovere scelte efficienti o comunque tale da ridurre gli oneri complessivi per l’utenza finale»*.

1.6.– Prima di scrutinare gli appelli in epigrafe è utile ancora premettere che, in tema di sindacato del giudice amministrativo sull’attività di regolazione, è ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito del regolatore. L’unico limite in cui si sostanzia l’intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d.

“contestualizzazione” dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l’Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all’esito di un controllo “intrinseco”, che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall’Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell’Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate (sul piano tecnico), che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto.

Nel caso della regolazione economica, il controllo giurisdizionale “non sostitutivo” trova giustificazione in ragione di una specifica scelta di diritto sostanziale: quella per cui il legislatore, non essendo in grado di governare tutte le possibili reciproche interazioni tra i soggetti interessati e di graduare il valore reciproco dei vari interessi in conflitto, si limita a predisporre soltanto i congegni per il loro confronto dialettico, senza prefigurare un esito giuridicamente predeterminato. In tali casi, l’attività integrativa del precetto corrisponde ad una tecnica di governo attraverso la quale viene rimesso ai pubblici poteri di delineare in itinere l’interesse pubblico concreto che l’atto mira a soddisfare.

2.– Per ragioni di pregiudizialità logica, va esaminato preliminarmente l’appello incidentale con il quale viene contestata in radice (nell’“an”) la legittimità dell’obbligo di restituzione agli utenti finali della componente tariffaria del servizio idrico integrato relativa alla remunerazione del capitale, in esito al referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011.

Secondo la Società, sia alla luce della corretta interpretazione degli esiti referendari, sia alla luce delle norme e principi, interni ed europei, non sussisterebbe alcun obbligo di restituzione della componente della remunerazione del capitale investito nelle tariffe applicate nel suddetto periodo.

Sarebbe erroneo sostenere che, dall'abrogazione parziale dell'art. 154, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006, consegua un obbligo di scomputare la componente della remunerazione del capitale investito, non soltanto in merito al futuro metodo tariffario, bensì anche in ordine alle tariffe pregresse. Ciò in quanto: da un lato, il referendum ha abrogato la voce dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito dal costruito del citato art. 154, il quale rimandava tuttavia per la sua applicazione ad un futuro decreto che non era ancora stato emanato all'epoca di indizione e svolgimento della consultazione referendaria; dall'altro, l'art. 170 dello stesso d.lgs. n. 152 del 2006, che prevedeva la sopravvivenza del metodo normalizzato del 1996 fino all'emanazione del nuovo decreto, non era stato toccato dall'abrogazione del referendum.

Sarebbe poi evidente il contrasto che sussisterebbe tra un obbligo di restituzione riferito a tariffe applicate (e dunque situazioni pregresse e ormai consolidate) e i principi di tutela dell'affidamento e del *tempus regit actum*.

L'obbligo di restituzione della componente della remunerazione del capitale investito, si porrebbe altresì in contrasto con tutta una serie di norme e principi che, per converso, condurrebbero a ritenere che la remunerazione del capitale investito sia un requisito coesistente della tariffa, che non potrebbe dunque essere espunto.

Su queste basi, l'appellante sollecita la rimessione alla Corte di Giustizia Europea sulla questione se gli atti impugnati, e correlativamente le norme interne di cui essi fanno applicazione, si pongano in contrasto con i principi affermati a livello europeo in tema a tutela del riconoscimento di un ragionevole ritorno economico del capitale investito e di una remunerazione appropriata del medesimo, oltre che con i principi di tutela del legittimo affidamento e del tempus regit actum.

L'appellante lamenta, per le stesse ragioni, l'illegittimità costituzionale, in riferimento agli articoli 3 e 41 della Costituzione, delle norme che hanno proclamato l'esito referendario con l'abrogazione parziale dell'art. 154 del d.lgs. n. 152 del 2006.

La sentenza incidentalmente appellata sarebbe altresì errata nella parte in cui non ha accolto la censura di primo grado sollevata in merito all'incompetenza dell'Autorità, in quanto la norma attributiva del potere in materia tariffaria era contenuta nell'art. 21, comma 19, del decreto-legge 6 dicembre 2011 n. 201, convertito nella legge 22 dicembre 2011 n. 214, che è stata a sua volta attuata dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 20 luglio 2012. Da ciò discenderebbe che l'Autorità non avrebbe potuto statuire su situazioni pregresse.

L'Autorità avrebbe poi violato il parere del Consiglio di Stato n. 267 del 25 gennaio 2013, nella parte in cui ha previsto che la restituzione dovrà avvenire nel primo documento di fatturazione utile, mentre il Consiglio di Stato avrebbe stabilito che ciò avrebbe dovuto avvenire solo in sede di determinazione delle nuove tariffe, mediante un meccanismo di scomputo progressivo nel tempo.

La statuizione dell'Autorità concreterebbe poi una palese violazione del principio di proporzionalità, atteso che l'imposizione massiva ed immediata di una attività restitutoria in capo ad un operatore economico sarebbe incongrua e sproporzionata sotto il profilo economico, oltre che irragionevole. In applicazione della predetta delibera, e delle conseguenti determinazioni della Provincia di Genova, la Società dovrebbe infatti restituire una componente di remunerazione pari a circa € 7.418.219,00: somma che corrisponderebbe a oltre il 4% del totale importo fatturato all'utenza. La delibera n. 273 del 2013 sarebbe poi illegittima anche perché non considererebbe eventuali poste di conguaglio positivo, principalmente per i minori volumi venduti (circostanza che si verificherebbe da diversi anni per la maggioranza dei gestori idrici nazionali) rispetto al previsto, demandando ad un successivo intervento dell'Autorità locale ogni deliberazioni sul punto.

La delibera impugnata (al punto 2.3) sarebbe ulteriormente illegittima nella parte in cui ha stabilito che le voci di costo (come individuate dall'Autorità) «possono» essere detratte (dalla componente della remunerazione), lasciando gli Enti d'Ambito liberi di decidere se detrarre o meno le voci di costo in questione.

2.1.– Le censure dell'appello incidentale, passate sinteticamente in rassegna, non possono essere accolte per le seguenti ragioni.

2.2.– Questo Consiglio di Stato – in sede consultiva, con il parere n. 267 del 2013 – ha ricostruito correttamente la portata da riconoscere all'effetto abrogante prodottosi sull'art. 154, comma 1, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, in conseguenza del referendum del 12 e 13 giugno 2011 (proclamato con il d.P.R. 18 luglio 2011, n. 116).

In particolare, l'esito referendario non può che ritenersi esteso anche alla norma transitoria, di cui all'art. 170, comma 3, lettera l), del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, secondo cui «fino all'emanazione del decreto di cui all'articolo 154, comma 2, continua ad applicarsi il decreto ministeriale 1 agosto 1996» – recante il metodo normalizzato per la definizione delle componenti di costo e la determinazione della tariffa di riferimento del servizio idrico integrato, in attuazione dell'art. 13 della legge 5 gennaio 1994, n. 36 – che del criterio della «adeguatezza della remunerazione del capitale investito» (oggetto del quesito referendario) faceva per l'appunto applicazione.

Al referendum abrogativo deve infatti riconoscersi una valenza espansiva rispetto alle disposizioni legislative non coinvolte in maniera espressa dal quesito referendario, ma comunque incompatibili con la volontà manifestata dagli elettori. Si è al cospetto in casi siffatti di un'abrogazione tacita conseguente al contrasto tra contenuti normativi che si susseguono nel tempo (in tal senso, sul piano esclusivamente tecnico, non si condivide il riferimento operato nel citato parere del 2013 alla categoria della sopravvenuta «inoperatività», la quale riguarda il diverso caso della mera incongruenza, sul piano degli effetti pratici, all'interno della legislazione superstite).

Al referendum abrogativo, del resto, deve riconoscersi una 'forza' politica peculiare – in quanto attraverso di esso il popolo esprime una volontà preminente su ogni altra –, idonea a dilatare le potenzialità espansive dello strumento in modo tale da trascendere anche i connotati legati alla efficacia della legge formale (vale ricordare la sentenza n. 16 del 1978, della Corte costituzionale, secondo cui «il tema del quesito sottoposto agli elettori non è tanto

formato [...] dalla serie delle singole disposizioni da abrogare, quanto dal comune principio che se ne ricava»; posizione ripresa nella sentenza n. 68 del 1978; anche se, con la sentenza n. 13 del 2012, la stessa Corte costituzionale ha dichiarato che il «referendum comporta [...], in caso di esito positivo, l'abrogazione di disposizioni, non di norme: esso produce la cessazione non dell'efficacia della norma pro futuro, ma della vigenza della disposizione»).

La diversa opinione che avesse ritenuto la nuova formulazione del citato art. 154 applicabile solo alle nuove convenzioni, con esclusione di quelle in essere, avrebbe comportato evidentemente la radicale vanificazione degli effetti del referendum del 2011, soprattutto tenuto conto della lunga durata delle convenzioni in essere (a tale conclusione questo Consiglio di Stato è già pervenuto con la sentenza 22 gennaio 2014, n. 319).

La stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 26 gennaio 2011, n. 26 – nel verificare se la struttura del quesito proposto rispondesse alle esigenze di chiarezza, univocità ed omogeneità –, ha ritenuto ammissibile il «quesito, benché formulato con la cosiddetta tecnica del ritaglio», perché con esso «si persegue, chiaramente, la finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua».

Nel descritto quadro, era l'Amministrazione a dover garantire prima di chiunque altro il risultato referendario e a costruire le condizioni più idonee per la sua attuazione.

Ponendosi il decreto ministeriale 1 agosto 1996 – nel periodo compreso tra il 21 luglio e il 31 dicembre 2011 – in contrasto con il quadro normativo delineatosi a seguito del referendum del 12 e 13

giugno del 2011, l'Autorità ben poteva – e anzi doveva – ripristinare 'ora per allora' la legalità violata, avviando il procedimento per la restituzione agli utenti della componente tariffaria corrispondente alla remunerazione del capitale per il suddetto periodo successivo alla celebrazione del referendum e rimasto regolato da una disciplina che non ne aveva "introiettato" gli esiti.

2.3.– Quanto al presunto difetto di competenza, è dirimente osserva che, al momento dell'adozione della deliberazione, nel 2013, l'Autorità era pienamente investita della funzione regolatoria del servizio idrico integrato assegnatagli dall'ordinamento, ed il potere esercitato – di incidere sulle convenzioni in corso – trovava espresso fondamento nell'art. 10, comma 14, lettera f), del decreto-legge n. 70 del 2011.

3.– L'appello incidentale è infondato anche nella parte in cui prospetta la violazione del principio di tutela dell'affidamento legittimo.

3.1.– Ogni riflessione deve prendere le mosse dal principio di certezza del diritto, condizione a priori del diritto e di ogni sistema normativo. La Corte di giustizia – attingendo alle tradizioni giuridiche degli Stati membri – ne ha più volte ribadito la natura di principio generale dell'Unione Europea, come tale facente parte del diritto primario (ex plurimis, sentenza 11 luglio 1990, causa C-323/88).

La certezza del diritto impone innanzitutto che le norme di legge siano chiare e precise, in modo che i cittadini che ne sono destinatari siano in grado di accertare inequivocabilmente quali siano i diritti e gli obblighi loro attribuiti ed agiscano di conseguenza (sentenza 3 giugno 2008, causa C-308/06; 9 luglio 1981, causa 169/80; 13

febbraio 1996, causa C-143/93; 21 giugno 2007, causa C-158/06; 10 settembre 2009, causa C-201/08). Tale esigenza si rende ancor più pressante quando le disposizioni normative «poss(o)no avere conseguenze sfavorevoli per gli individui e le imprese» (sentenza 5 luglio 2012, causa C-318/10, *Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA c. État belge*).

Il principio di certezza del diritto, nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, risulta connesso, in chiave rafforzativa e integrativa: i) al principio di legalità, secondo cui atti normativi che spiegano i propri effetti all'interno dell'Unione Europea devono essere assunti sulla base di precise previsioni normative (sentenza 22 marzo 1961, causa 49/59); ii) al divieto di retroattività delle norme, diretto a garantire che individui e imprese possano prevedere in anticipo le conseguenze legali delle proprie azioni, salvo qualora, in via eccezionale, lo esiga lo scopo da raggiungere e sia debitamente rispettato il legittimo affidamento degli interessati (sentenze 24 settembre 2002, cause riunite C-74/00 P e C-75/00; 22 dicembre 2010, causa C-120/08; 15 luglio 1993, causa C-34/92; 24 settembre 2002, cause riunite C-74 e 75/00; 26 aprile 2004, causa C-376/02); iii) al principio di legittimo affidamento, secondo cui coloro i quali agiscono in buona fede, nel rispetto della legge vigente, non dovrebbero rimanere disattesi nelle loro aspettative (8 aprile 1988, causa 120/86).

In relazione all'articolo 1 del protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Corte EDU ha riconosciuto che le leggi aventi effetto retroattivo sono compatibili con il requisito di legalità previsto dalla norma convenzionale, purché tale ingerenza sia

necessaria per la tutela di un interesse generale legittimo, e purché l'incisione della proprietà privata, oltre che legittima e diretta a perseguire un interesse pubblico, sia anche ragionevolmente proporzionata al fine che si intende realizzare (cfr., ex plurimis, Maurice c. France, n. 11810/03, § 81; Draon c. France, n. 1513/03, § 73; Kuznetsova c. Russia, n. 67579/01, § 50; Maggio c. Italia; Jahn e altri c. Germania, , nn. 46720/99, 72203/01 e 72552/01, §§ 81-94; Beyeler c. Italia, no. 33202/96, §§ 108-114; James e altri c. Regno Unito, 21 febbraio 1986, § 50).

Anche nell'ordinamento italiano, l'affermazione e il radicamento dei principi "impliciti" della certezza del diritto e del legittimo affidamento può contare su di una consolidata elaborazione giurisprudenziale, amministrativa (ex plurimis, Consiglio di Stato, sentenza n. 6143 del 2017) e costituzionale (a partire dalle sentenze della Corte costituzionale n. 349 del 1985, n. 822 del 1988, n. 155 del 1990, n. 39 del 1993, sino alle più recenti sentenze n. 203 del 2016 e n. 16 del 2017), che ne attesta la sua compatibilità con i caratteri propri del diritto pubblico. In definitiva, le aspettative di chi, sulla base di precedenti scelte o comportamenti dei pubblici poteri, poteva ragionevolmente confidare nella prosecuzione della situazione per lui favorevole, devono trovare specifiche forme di tutela, sul presupposto che l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce «elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto».

3.2.— In definitiva, sotto l'influsso degli ordinamenti sovranazionali, l'aspettativa di coerenza dell'amministrazione con il proprio precedente comportamento non si presenta più come il prodotto

accessorio della cura dell'interesse pubblico, bensì come l'oggetto di un'autonoma pretesa alla 'stabilità' del quadro regolatorio.

Va rimarcato tuttavia che l'affidamento si attegga quale limite (generale ma) non incondizionato alla retroattività ('propria' e 'impropria') dell'atto dei pubblici poteri, potendo recedere al cospetto di altre esigenze inderogabili.

L'affidamento, in tal senso, deve essere considerato il criterio che concorre alla soluzione di uno specifico conflitto di interesse: l'interesse del regolatore alla adattabilità e l'interesse dei privati (comuni cittadini e imprenditori), a condurre la loro vita e i loro affari sulla base dello scenario giuridico loro tracciato. Il conflitto si presenta quando il legislatore ritorna sui suoi passi abrogando o neutralizzando (imponendo oneri corrispettivi) il precedente quadro regolatorio.

È possibile rinvenire nella sopra richiamata giurisprudenza (della Corte costituzionale, delle Corti sovranazionali e di questo stesso Consiglio di Stato) indicazioni sufficientemente chiare sui parametri di riferimento dello scrutinio di non arbitrarietà e ragionevolezza da operare in questi casi.

In particolare, i paradigmi di giudizio del corretto rapporto tra legge (atto amministrativo) e tempo vanno individuati:

- i) nella sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale;
- ii) nel grado di consolidamento dell'affidamento dei privati, avuto riguardo alla prevedibilità del mutamento, alla buona fede, al decorso del tempo;
- iii) nel 'quomodo' dell'immutazione giuridica, in quanto il peso imposto ai destinatari della disposizione retroattiva, oltre che diretto

a perseguire un interesse pubblico, deve essere anche ragionevolmente proporzionato al fine che si intende realizzare.

Nel caso in esame, i canoni di legittimità suindicati non risultano violati.

3.3.– Va in primo luogo escluso che la delibera abbia prodotto effetti retroattivi in senso proprio.

L'effetto abrogativo discendente dal referendum ha sì inciso sui contratti già stipulati, ma con decorrenza successiva alla sua entrata in vigore, ovvero con esclusivo riguardo alle prestazioni (al momento della definizione dell'esito referendario) non ancora eseguite.

Si tratta pertanto di un caso di retroattività c.d. "impropria": la norma (abrogativa) ha prodotto effetti solo ex nunc, anche se con riferimento a fatti compiuti nel passato (i contratti «vigenti»).

La deliberazione n. 273 del 2013 ha semplicemente applicato la disciplina tariffaria vigente *ratione temporis*, ossia in vigore a partire da quando hanno prodotto effetti gli esiti referendari. L'ingerenza da parte dell'Autorità sulle convenzioni in corso era dunque pienamente giustificata dalla necessità di attuare il principio di legalità.

3.4.– Sotto altro profilo, la 'base affidante' dei soggetti incisi dal provvedimento dell'Autorità deve apprezzarsi sulla scorta del canone della prevedibilità (sovente applicato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea: cfr. le sentenze 29 aprile 2004, in cause C-487/01 e C-7/02; 10 settembre 2009, causa C-201/08, *Plantanol*, punti 46 e seguenti; sentenza 19 dicembre 2013, resa nella causa C-563/12).

Nel caso in esame, il provvedimento dell'Autorità non è intervenuto in modo «improvviso e imprevedibile».

Va preliminarmente rimarcato che gli operatori del servizio idrico integrato non sono semplici fornitori di servizi del tutto deresponsabilizzati rispetto al governo del settore, bensì sono soggetti di un complesso sistema pubblico-privato apprestato per assolvere ai compiti di interesse economico generale, le cui relazioni contrattuali sono conformate, come si è visto, da precise esigenze superiori di carattere organizzatorio, a protezione di una esigenza primaria della persona.

I rapporti di gestione di un servizio pubblico di lunga durata (spesso di durata ultraventennale), del resto, sono sempre esposti alle novità normative sopravvenute nel corso del tempo (tanto che nelle convenzioni del servizio idrico integrato sono spesso inserite clausole di adeguamento alla normativa sopravvenuta).

Su queste basi e alla luce del risalente e acceso dibattito pubblico sulla gestione pubblica dell'acqua, l'operatore prudente e accorto non poteva non sapere di essere esposto a possibili correttivi dei contenuti economici del corrispettivo.

3.5.– Ai fini della valutazione della ragionevolezza del disposto regolatorio in esame, va da ultimo verificato il rispetto di un «necessario bilanciamento» tra il perseguimento dell'interesse pubblico e la tutela da riconoscere al legittimo affidamento nella sicurezza giuridica.

Nel caso in esame, l'incisione della proprietà privata, oltre che legittima e diretta a perseguire un interesse pubblico, appare anche ragionevolmente proporzionata al fine che si intendeva realizzare.

Va in primo luogo considerato che:

i) come statuito da questo Consiglio di Stato (con sentenze n. 2481 del 2017 e n. 768 del 2021), l'esito referendario è conforme al

principio eurounitario di riconoscimento integrale dei costi e alla natura del servizio idrico integrato quale servizio di interesse economico generale;

ii) il principio della copertura dei costi, tra i quali, quindi, anche i costi del capitale, è stato rispettato dalla deliberazione n. 585 del 2012 che, in luogo della remunerazione del capitale al tasso fisso 7% (espunta in ossequio all'esito referendario) riconosce in tariffa il costo opportunità per l'uso del capitale proprio;

iii) anche con riferimento al recupero della remunerazione del capitale investito per il periodo successivo agli effetti dell'esito referendario, di cui alla deliberazione n. 273 del 2013, va assicurata la copertura dei costi, ivi incluso quello del capitale 'proprio', come si vedrà in sede di scrutinio dell'appello principale.

Nel delineato, non pare che la Società abbia sopportato un «onere individuale eccessivo», in quanto:

i) nel valutare l'impatto delle restituzioni – calcolata dall'appellante nella somma di € 7,4 milioni –, va tenuto conto dei ricavi totali del gestore, ed il vincolo ai ricavi del gestore, previsto nella tariffa per l'anno 2012, era pari a € 163.243.245 (come risulta dalla determinazione della Provincia di Genova n. 1847 del 29 aprile 2013);

ii) sotto il profilo della sostenibilità dell'esborso, nel bilancio della Società al 31 dicembre 2013 (il quale espressamente considera le restituzioni quali sopravvenienze passive) risulta un utile di € 16,2 milioni di euro (distribuito ai soci in misura pari al 95%), mentre nel bilancio dell'anno successivo evidenzia un utile pari a quasi € 22 milioni (anche in questo caso distribuito al 95%);

iii) non risulta in atti che la restituzione abbia determinato per la Società problemi di continuità del servizio, come attestato anche dai “PEF” approvati o predisposti dall’Ente d’ambito e in corso di approvazione da parte dell’Autorità;

iv) le affermazioni circa la difficoltà di attrarre finanziatori, sono rimaste generiche e prive di riscontro concreto, anche dopo la replica dell’Autorità secondo cui la nuova regolazione avrebbe al contrario determinato un forte incremento degli investimenti nel comparto.

3.6.– In ordine alla censura relativa alla mancata rateizzazione della restituzione, deve ritenersi oramai sopravvenuta la mancanza di interesse, atteso che la Società ha già provveduto alla restituzione.

In ogni caso, vale la pena osservare che il parere del Consiglio di Stato n. 267 del 2013 – di cui si assume la “violazione” pur trattandosi di parere consultivo – non conteneva alcun riferimento alle modalità di recupero degli importi, rinviando esso semplicemente agli apprezzamenti tecnici dell’Autorità da effettuare «in sede di adozione dei nuovi provvedimenti tariffari».

Come poi puntualizzato dall’Autorità, l’articolo 2, comma 5, della del. 273/2013 – nella parte in cui stabilisce che «il gestore restituisce agli utenti gli importi calcolati dagli Enti di Ambito o dai soggetti competenti nel primo documento di fatturazione utile, dando evidenza dell’importo restituito» – non prescriveva affatto che si dovesse restituire tutto in un’unica soluzione nei casi in cui l’importo da restituire fosse superiore all’importo fatturato nella prima bolletta.

3.7.– Anche l’ulteriore censura, secondo cui l’Autorità avrebbe previsto la restituzione della remunerazione del capitale investito senza considerare la possibilità di compensare con conguagli a favore del gestore per minor volumi venduti, appare oramai superata.

La definizione dei conguagli per periodi pregressi non spetta all'Autorità, bensì agli Enti di governo d'ambito (secondo le modalità previste dalla deliberazione n. 585 del 2012 e n. 643 del 2013, per i rispettivi periodi di regolazione).

Nel caso di specie, la questione delle partite pregresse è stata definita tra l'appellante e l'Ente di governo d'ambito con deliberazione n. 13 del 2017 della Città metropolitana di Genova, riconoscendo l'esistenza in capo al Gestore di un credito di euro 15 milioni per le partite pregresse 2007-2009 e di 28 milioni per le partite pregresse 2010-2011. Nell'ambito delle partite considerate dalla deliberazione n. 13 del 2017 vi è anche un conguaglio positivo a favore del Gestore di circa 250.000 euro come minor somma da restituire in virtù del referendum.

3.8.– Da ultimo, come si è già ricordato nel paragrafo 1.3 del considerato in diritto, è la legge stessa (art. 154, comma 4, del d.lgs. n. 152 del 2006) ad affidare agli enti d'ambito il compito di predisporre le tariffe, tenendo conto delle peculiarità di ciascun territorio, sulla base dei criteri stabiliti dall'Autorità, salva l'approvazione finale di quest'ultima. Neanche sotto questo profilo può rivenirsi una illegittimità della delibera impugnata.

4.– Veniamo ora all'appello principale.

L'Autorità contesta il capo della sentenza che ha accolto la censura relativa alla restituzione della componente relativa alla remunerazione del capitale 'proprio'.

Secondo l'appellante principale, la deliberazione n. 273 del 2013, lungi dal prevedere, come erroneamente rilevato dal Giudice di prime cure, "la restituzione dell'intera componente R", consentirebbe di detrarre dagli importi da restituire, in ossequio al

rispetto del principio del full cost recovery, tutti (e solo) i costi effettivamente sostenuti dal gestore nel periodo interessato, costi che nel precedentemente regime tariffario risultavano ‘annacquati’, in maniera indifferenziata, nella citata voce tariffaria “R” relativo alla remunerazione del capitale investito”: si tratta, come si è visto sopra, degli oneri finanziari effettivamente pagati dal gestore per quel periodo, delle tasse effettivamente versate e dei crediti ormai svalutati.

In relazione ai costi relativi al capitale ‘proprio’, per il periodo in trattazione, non sarebbe stato possibile né ragionevole determinare ex post dei riferimenti standard efficienti per la copertura degli stessi. Occorrerebbe considerare che: da un lato, il capitale proprio non si configurerebbe come un vero e proprio costo, da ripagare ex post per evitare disequilibri economico-finanziari, perché al costo opportunità non è associato alcun esborso; dall’altro lato, la valutazione del costo del capitale proprio avrebbe senso solo ex ante, nel momento in cui gli azionisti devono scegliere se mantenere o aumentare il capitale proprio investito in una certa attività ovvero, al contrario, se diminuirlo per dedicare quei fondi ad un’altra attività di investimento. Per tali motivi, anche il confronto tra il trattamento della delibera n. 273 del 2013 e quello della deliberazione n. 585 del 2012 relativamente al capitale proprio sarebbe del tutto fuorviante.

4.1.– Le censure dell’Autorità non possono essere accolte.

4.2.– In termini generali, la determinazione delle modalità di copertura dei costi di produzione dei pubblici servizi costituisce uno degli aspetti di maggiore impatto sul piano della garanzia degli equilibri gestionali dell’impresa erogatrice. Se, infatti, non viene remunerata adeguatamente la funzione svolta dall’unità economica il

servizio non è in grado di offrire alcuna garanzia di continuità e di sviluppo nel tempo.

L'evoluzione normativa dei servizi di interesse economico generale, di cui il servizio idrico integrato costituisce un'ipotesi normativamente qualificata, è il portato del radicale ripensamento – teorico, prima ancora che giuridico – delle modalità di regolamentazione delle imprese operanti in mercati caratterizzati da limiti alla concorrenza. Si tratta del passaggio da un modello regolatorio che garantiva all'impresa regolata la copertura dei costi effettivamente sostenuti (il cui fallimento è stato comprovato dall'evidenza empirica degli elevati livelli di inefficienza produttiva delle attività remunerate tramite meccanismi di regolamentazione c.d. “cost of service”), ad una forma di regolamentazione, di tipo “incentivante”, dove i ricavi ottenibili dall'impresa regolata non sono direttamente collegati ai costi sostenuti da quest'ultima.

La regolamentazione incentivante ha assunto due principali forme: la prima è quella che fissa il livello dei prezzi (o dei ricavi) consentiti all'impresa regolata in relazione a quelli determinatisi nel periodo precedente, con la previsione di un correttivo in funzione dei possibili guadagni di efficienza che si prevede l'impresa regolata possa ottenere (c.d. price cap); la seconda lega invece il livello dei prezzi (o dei ricavi) dell'impresa regolata ad una qualche misura standard dei costi.

Nel previgente quadro regolatorio, in cui operava il c.d. “metodo normalizzato”, il riconoscimento dei costi di capitale, oltre che i costi per il capitale di debito e gli oneri fiscali, avveniva in modo forfetario, indipendentemente dalle condizioni di mercato e dunque

dall'effettivo costo sopportato dai prestatori di capitale, attraverso la componente tariffaria “remunerazione”.

Il meccanismo di regolamentazione contenuto nella delibera 585/2012 – come è emerso nel corso giudizio conclusosi con la sentenza di questo Consiglio di Stato n. 2481 del 2017 – è invece in buona parte ispirata all'utilizzo di alcune misure di costo standardizzato, anche laddove sarebbe stato possibile ottenere una valorizzazione del costo stesso direttamente dalle scritture di bilancio della singola impresa del servizio idrico integrato (come nel caso del costo del debito, del rapporto d'indebitamento e degli oneri fiscali). Lo scopo così perseguito è stato quello di incentivare l'efficientamento dei gestori, commisurando ai costi efficienti i costi da considerare nel computo dei ricavi ammessi.

4.3.– I costi sostenuti da un'impresa possono essere distinti in costi operativi (incluso l'ammortamento delle immobilizzazioni) e in costo del capitale. Secondo la migliore scienza aziendale, i prezzi dei singoli servizi devono risultare aderenti a costi che siano: i) effettivamente sostenuti dall'impresa; ii) pertinenti rispetto ai servizi prodotti; iii) misurabili oggettivamente; c) congrui rispetto a valutazioni di mercato e di efficienza.

Tra i costi del capitale va di regola incluso – al cospetto di servizi economici di interesse generale, per i quali cioè esista un mercato di riferimento – anche il rendimento del capitale investito. Il costo medio ponderato del capitale, generalmente indicato con l'acronimo inglese «Weighted Average Cost of Capital» (WACC), misura infatti il costo-opportunità che una impresa sostiene per raccogliere le risorse finanziarie occorrenti per l'attività, vuoi sotto forma di capitale di rischio (raccolta presso il mercato finanziario o presso gli investitori)

vuoi sotto forma di capitale di credito (raccolta di mezzi di terzi, in forma di finanziamenti). Tale voce esprime, in coerenza con gli equivalenti di mercato, la soglia minima di rendimento accettabile ai fini della profittabilità o della scelta di effettuare o meno un investimento, ed è dunque il «costo» con cui l'azienda deve remunerare i suoi finanziatori (azionisti, detentori di titoli di debito).

4.4.– Sulla base delle premesse esposte, va in primo luogo disattesa la difesa erariale secondo cui la delibera n. 273 del 2013, avrebbe rispettato il principio del *full cost recovery*

La delibera impugnata, come si è visto, ha previsto la restituzione integrale della remunerazione, al netto dei costi per oneri finanziari, fiscali e degli accantonamenti per svalutazione dei crediti, e non dei costi di capitale 'proprio', che dunque non risultano coperti, in contrasto con la direttrice normativa che permea l'intera regolazione dei servizi economici di interesse generale.

Questo Consiglio di Stato, con sentenza n. 2481 del 2017, ha statuito che, anche a seguito del referendum abrogativo, la tariffa del servizio idrico deve assicurare l'integrale copertura dei costi di investimento e di esercizio secondo i principi del recupero dei costi, in piena coerenza con quanto disposto dal diritto eurounitario. L'esito referendario è consistito nell'eliminazione della sola quota della componente tariffaria che assicurava, in maniera fissa e predeterminata, la remunerazione netta del capitale investito, e non anche delle quote della componente tariffaria correlate al costo del capitale.

La delibera in oggetto finisce così anche per essere irragionevolmente asimmetrica: a parità di investimenti effettuati, impone un maggiore onere di restituzione (derivante dalla possibilità

di dedurre una minore entità di oneri finanziari) in capo agli operatori con un livello di patrimonializzazione elevato.

4.5.– Neppure è condivisibile la prospettazione per cui la decisione di non riconoscere i costi del capitale ‘proprio’ sarebbe legata alla natura straordinaria ex post dell’intervento di restituzione, in merito al quale non sarebbe utile determinare a posteriori (dunque circa un periodo già decorso) una frontiera efficiente di costi, non potendosi indurre i benefici propri di una regolazione incentivante.

Vero è che, in termini generali, l’Autorità deve approntare un meccanismo di regolazione incentivante, in grado cioè di orientare i prezzi verso costi efficienti e di contrastare i comportamenti opportunistici del gestore volti a rimandare la riscossione di proventi tariffari da parte degli utenti (ad esempio, ritardi nell’acquisizione dei dati reali e non tempestiva lettura dei contatori).

Tuttavia, non è vero che tale metodologia non fosse trasponibile al caso delle restituzioni.

Se il criterio regolatore delle poste da scomputare dalla restituzione era pur sempre il principio del full cost recovery, siccome volto ad assicurare l’equilibrio economico finanziario del gestore, allora dovevano essere ristorati tutti i costi, ivi compresi quelli correlati ai costi relativi al capitale proprio.

Il riconoscimento di questi ultimi costi, per il periodo dal 21 luglio al 31 dicembre 2011, era del resto essenzialmente legato a quanto spettante al gestore per le scelte di investimento prese negli anni precedenti.

Non vi erano ragioni tecniche che precludessero all’Autorità di determinare – con il metodo della prognosi postuma, avuto cioè riguardo alla situazione economica esistente nel momento in cui

l'operazione era stata decisa, tenendo conto del livello di rischio e delle aspettative future – la copertura dei costi di esercizio ed investimento.

In tal senso, correttamente il giudice di primo grado ha rilevato la contraddittorietà tra la delibera n. 273 del 2013 e la deliberazione n. 585 del 2012 (adottata peraltro in data 28 dicembre e dunque anch'essa ad anno concluso), con la quale la stesa Autorità ha riconosciuto la necessità di copertura dei costi relativi al capitale investito, sia esso capitale di rischio o ovvero capitale preso a prestito.

5.– Le motivazioni sopra esposte rendono evidenti le ragioni per le quali il Collegio ritiene manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dall'appellante incidentale (in modo oltremodo generico) in riferimento ai parametri di cui agli articoli 3 e 41 della Costituzione), nonché le ragioni per cui reputa non necessario il rinvio pregiudiziale in ordine ai quesiti di cui ai punti I.3.A e I.3.B dell'appello incidentale.

Il sistema del rinvio pregiudiziale, introdotto dall'art. 267 TFUE per assicurare l'uniformità dell'interpretazione del diritto dell'Unione negli Stati membri, istituisce una cooperazione diretta tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali, attraverso un procedimento in cui la determinazione e la formulazione delle questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione – se necessarie ai fini della risoluzione della controversia oggetto del procedimento principale – spettano al giudice nazionale e le parti in causa nel procedimento principale non possono modificarne il tenore (sentenze Kelly, in C-104/10; Vlaamse Dierenartsenvereniging e Janssens, in C-42/10, C-45/10 e C-57/10).

Il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la piena efficacia del sistema di rinvio pregiudiziale, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale, senza doverne attendere la previa soppressione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (sentenza Cartesio, in C-210/06, punti 93, 94 e 98).

Qualora non esista alcun ricorso giurisdizionale avverso la decisione di un giudice nazionale, quest'ultimo è, in linea di principio, tenuto a rivolgersi alla Corte ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE quando è chiamato a pronunciarsi su una questione di interpretazione del Trattato.

La giurisprudenza europea ha, tuttavia, precisato che, dal rapporto fra il secondo e il terzo comma dell'articolo 267 TFUE, deriva che i giudici di cui al comma terzo dispongono dello stesso potere di valutazione di tutti gli altri giudici nazionali nello stabilire se sia necessaria una pronuncia su un punto di diritto dell'Unione onde consentir loro di decidere.

Tali giudici non sono, pertanto, tenuti a sottoporre una questione di interpretazione del diritto dell'Unione sollevata dinanzi ad essi se questa non è rilevante, vale a dire nel caso in cui la sua soluzione, qualunque essa sia, non possa in alcun modo influire sull'esito della controversia.

In sintesi, è stato chiarito che l'obbligo del giudice nazionale di ultima istanza non sussiste se:

a) la questione di interpretazione di norme comunitarie non è pertinente al giudizio (vale a dire nel caso in cui la soluzione non possa in alcun modo influire sull'esito della lite);

b) la questione è materialmente identica ad altra già decisa dalla corte o comunque il precedente risolve il punto di diritto controverso;

c) la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione (c.d. teoria dell'atto chiaro, sul punto è sufficiente il richiamo alla sentenza capostipite della Corte del Lussemburgo 6 ottobre 1982, in C-283/81, Cilfit).

Nel caso in esame, tutte le considerazioni sopra svolte inducono il Collegio a ritenere che sussiste, nella presente controversia, l'ultima delle citate deroghe, in relazione alla pretesa violazione, sia del principio dell'affidamento, sia del principio del full cost recovery.

5.- Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite del secondo grado di giudizio, attesa la soccombenza reciproca.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli principale e incidentale, li respinge entrambi. Compensa le spese di lite del secondo grado di giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere, Estensore

Giordano Lamberti, Consigliere

L'ESTENSORE
Dario Simeoli

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO