

GIORNATE DI STUDIO DEGLI AFFARI GIURIDICI
DELL'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETI AMBIENTE

DECIMA GIORNATA – REGOLAZIONE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO: UN'ANALISI
INTERSETTORIALE

MILANO, 25 NOVEMBRE 2019

Eugenio Bruti Liberati

**LE TARIFFE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO
TRA PRINCIPI GENERALI E NORME SETTORIALI***

1. La (breve) storia delle determinazioni tariffarie dell'Autorità per la regolazione di energia reti ed ambiente nel settore del servizio idrico integrato sembra prestarsi da molti punti di vista ad un giudizio positivo.

L'Autorità ha ereditato un sistema frammentato, farraginoso, poco orientato ai costi e all'efficienza e in pochi anni, superando anche le non lievi difficoltà derivanti dal referendum abrogativo del 2011, lo ha trasformato radicalmente, affermando un modello di regolazione trasparente, tendenzialmente stabile o comunque prevedibile nella sua evoluzione, in cui la tutela degli utenti e l'obiettivo di indurre i gestori ad una maggiore efficienza sono stati in linea generale ben conciliati con l'esigenza di promuovere i rilevanti investimenti infrastrutturali di cui, com'è ben noto, il Paese ha estremo bisogno.

Ovviamente, il processo è ancora in corso e non poco resta da fare nella direzione del perfezionamento del sistema regolatorio, ma il lavoro sin qui compiuto appare largamente apprezzabile e può costituire sotto svariati profili un modello da seguire nella riforma da poco avviata della regolazione del settore dei rifiuti. Il che naturalmente non

* Relazione tenuta all'incontro di studio svoltosi presso l'ARERA in data 25 novembre 2019 (testo non definitivo, non destinato alla pubblicazione).

esclude che talune specifiche determinazioni tariffarie adottate dall’Autorità, o anche taluni degli orientamenti da essa seguiti nella sua prassi tariffaria, possano essere fatti oggetto di critiche.

Il mio compito oggi è di valutare gli elementi essenziali di tale modello dal punto di vista giuridico, considerando sia gli aspetti comuni agli altri ambiti in cui opera la regolazione tariffaria dell’Autorità sia le specificità del settore idrico, avendo particolare riguardo ai profili che, nell’esperienza di questi anni, sono emersi come maggiormente problematici.

E’ bene mettere subito in evidenza che, se sul piano tecnico-economico la regolazione tariffaria del servizio idrico integrato presenta significative peculiarità rispetto a quelle inerenti a gas naturale e ad elettricità, viceversa sotto il profilo legale le analogie nella disciplina da applicare appaiono largamente prevalenti rispetto alle varianti.

Ciò vale anzitutto per il principio di fondo di tutta la regolazione tariffaria dell’Autorità: il principio di *cost reflectivity* o di *full cost recovery* – il principio secondo cui le tariffe devono rispecchiare i costi di investimento e di esercizio del gestore, sempre che si tratti di costi efficienti.

Emerge talvolta nel dibattito – anche in atti giudiziari (non dell’Autorità) – il convincimento che il *full cost recovery* sia una regola specifica del settore idrico.

E’ possibile che questo convincimento derivi dal fatto che con riguardo al servizio idrico integrato la regola dell’aderenza delle tariffe ai costi è stata formulata in modo particolarmente chiaro ed esplicito dal legislatore europeo e da quello nazionale¹; ed è anche possibile che giochi qui la circostanza che, nel settore dell’acqua, del *full cost recovery* si è lungamente - e problematicamente - parlato in questi anni in relazione alla sua non agevole conciliabilità con gli esiti del (già sopra citato) referendum del 2011.

Ma la realtà è che il principio in questione, sia pure variamente formulato, vale in linea di principio per tutti i servizi di interesse economico generale sottoposti a regolazione tariffaria², è un corollario necessario del principio di economicità delle

¹ V. al riguardo l’art. 9, comma 1, della direttiva 2000/60/CE e la Comunicazione della Commissione COM(2000) 477 del 26 luglio 2000, recante *Politiche di tariffazione per una gestione più sostenibile delle riserve idriche*; nonché, a livello nazionale, l’art. 154, comma 1, del d.lgs. 152/2006 e l’art. 10, comma 14, lett. d), d.l. 13 maggio 2011, n. 70.

² V. ad esempio, in tal senso, Cons. Stato, VI, 9/9/2019, n. 6108.

gestioni enunciato nella legge n. 481/1995 ed è del resto esplicitamente richiamato anche dalle norme relative ad elettricità e gas³.

L'unica specificità del settore idrico rispetto a tale principio generale attiene proprio, com'è noto, al vincolo che deriva in capo al regolatore nazionale dall'esito del referendum del 2011: un vincolo che, come ha chiarito il giudice amministrativo, riconoscendo con molto equilibrio la legittimità dell'impostazione definita al riguardo dall'Autorità con le sue prime delibere sul metodo tariffario (e in particolare con la delibera 585/2012), si risolve in concreto nel divieto di inserire in tariffa una garanzia predefinita del rendimento del capitale investito e nell'obbligo di assicurare la copertura (anche) di tale costo ma *non più* di tale copertura⁴.

A prescindere da questa – ovviamente rilevante – peculiarità, la regola della *cost reflectivity*, con tutti i suoi più specifici corollari, si applica al settore idrico in termini di per sé non troppo dissimili, sul piano legale, da quelli propri degli ambiti dell'elettricità e del gas.

Il che implica, tra l'altro, che molte delle indicazioni che la nostra giurisprudenza ha dato in questi anni sul modo in cui tale regola deve essere applicata valgono in generale, a prescindere dal settore specifico al quale si riferiscono.

2. Vorrei ora considerare più da vicino tali indicazioni, prendendo in esame alcuni temi che mi sembrano particolarmente problematici e rilevanti.

Il primo tema, che è forse il più delicato, attiene alla selezione da parte del regolatore dei costi efficienti – gli unici, com'è ben noto, e come si è già sopra ricordato, che il principio del *full cost recovery* impone di coprire con la tariffa.

Com'è stato da tempo evidenziato in dottrina⁵, l'individuazione dei costi efficienti o del metodo attraverso cui selezionarli comporta per il regolatore valutazioni e scelte

³ V. ad esempio, per il gas naturale, l'art. 13, par. 1, del Regolamento (UE) 715/2009.

⁴ V. in tal senso Cons. Stato, VI, n. 2481/2017; Tar Lombardia, II, n. 780/2014.

⁵ V., tra gli altri, A. TRAVI, *La (diretta o indiretta) regolazione dei prezzi: presupposti e limiti di ammissibilità nei mercati liberalizzati. Stimolo all'efficienza e principio di aderenza ai costi*, in E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, in part. 182 s.; B. TONOLETTI, *Accesso alle infrastrutture e riconoscimento dei costi nei mercati dell'energia*, in *Munus*, 2017, in part. 13 ss.; D. SIMEOLI, *Tariffe e prezzi di riferimento*, in G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *Quali regole per il mercato del gas?*, *Annuario di diritto dell'energia*, 2014, 147 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, 184 ss..

tecnico-discrezionali molto complesse, anche per la difficoltà di conciliare l'obiettivo di promuovere l'efficienza delle gestioni con la necessità di tenere conto del fatto che operatori di dimensioni diverse possono avere, e anzi di norma hanno, strutture di costo significativamente differenti.

La giurisprudenza, dopo qualche iniziale incertezza, ha riconosciuto al riguardo all'Autorità margini di manovra piuttosto ampi, ammettendo tra l'altro esplicitamente che essa possa utilizzare metodologie e tecniche di carattere previsionale – volte ovviamente a costringere o comunque a indurre i gestori ad intervenire sulla loro organizzazione per rendere più efficienti i loro costi - anziché meramente ricognitive di dati storici e consolidati⁶, ma le ha posto due limiti rilevanti.

Il primo di tali limiti è costituito dal principio di ragionevolezza tecnica: ogni scelta tariffaria e dunque ogni meccanismo di scrematura dei costi inefficienti – e di stimolo a gestioni più efficienti - può essere sottoposto dal giudice amministrativo ad un vaglio penetrante per accertare l'attendibilità del metodo prescelto dall'Autorità e la ragionevolezza sul piano tecnico degli esiti derivanti dal medesimo⁷. Ed è opportuno sottolineare che oggi il sindacato del giudice sulle scelte tariffarie del regolatore appare destinato a divenire ancora più incisivo, dato che in tempi recenti il Consiglio di Stato ha manifestato una chiara ed apprezzabile tendenza a disporre in proposito specifici approfondimenti istruttori, nella forma della consulenza tecnica o della verifica (affidata a strutture universitarie o comunque a soggetti terzi rispetto all'Autorità)⁸.

Il secondo limite alla discrezionalità tecnica esercitabile dall'Autorità rispetto all'individuazione dei costi efficienti è costituito dal fatto che, secondo il giudice amministrativo, in nessun caso le determinazioni tariffarie possono spingersi sino a deprimere i margini di ricavo conseguibili dagli operatori, così da assumere una valenza latamente ablatoria⁹.

⁶ V. in tal senso Cons. Stato, VI, n. 4825/2016.

⁷ Si veda in proposito, tra le molte pronunce significative, Tar Lombardia, n. 1010/2014; Tar Lombardia, II, n. 881/2019.

⁸ Si vedano ad esempio, al riguardo, le recenti ordinanze del Cons. Stato, sez. VI, n. 7430/2019 e n. 2884/2019.

⁹ V. ancora Cons. Stato, VI, n. 4825/2016.

E', quest'ultimo, un limite assoluto, estremo, che sembra indirettamente richiamare il principio (anch'esso enunciato dalla legge) per il quale la tariffa deve garantire l'equilibrio economico-finanziario della gestione¹⁰.

E allora è bene rilevare che non è a mio avviso condivisibile la tesi, talora sostenuta dall'Autorità, secondo cui il principio di *full cost recovery* in realtà imporrebbe non il recupero integrale di tutti i costi efficienti ma solo il recupero degli stessi nella misura occorrente per assicurare l'equilibrio economico-finanziario della gestione.

Tale tesi sembra in realtà contrastare tanto con il dettato normativo quanto con i principi di legalità e di ragionevolezza.

Dal primo punto di vista, deve osservarsi che l'art. 3, comma 1, lett. d) del D.P.C.M. 20 luglio 2012 prevede che l'Autorità debba predisporre il metodo tariffario sulla base del riconoscimento dei costi efficienti di investimento e di esercizio sostenuti dai gestori, senza in alcun modo consentire o comunque prevedere una scrematura di costi che siano stati riconosciuti come efficienti.

D'altra parte, e soprattutto, attribuire all'Autorità il potere di non riconoscere pienamente in tariffa un costo che essa stessa ha individuato come efficiente equivarrebbe ad assegnarle, appunto in violazione dei citati principi di legalità e di ragionevolezza, una potestà del tutto arbitraria: in base a quale oggettivo criterio tecnico, infatti, potrebbe essere negata la copertura tariffaria di un costo efficiente?

3. Un secondo tema rilevante, che si è posto frequentemente nella prassi e in giurisprudenza, concerne il modo in cui l'Autorità deve accertare l'effettiva esistenza dei costi dichiarati dall'operatore e la loro pertinenza rispetto alla gestione soggetta a tariffa.

Al riguardo, la giurisprudenza ha più volte sottolineato che l'onere della prova dell'esistenza e della pertinenza dei costi grava sui gestori interessati, cosicché, se tale prova non è fornita, il gestore non può ottenere il riconoscimento tariffario di quel costo¹¹.

¹⁰ V., in termini generali, l'art. 117, c.1, lett. a), d.lgs. 267/2000, su cui in dottrina S. TORRICELLI, *L'art. 117 D.Lgs. n. 267/2000 e i limiti alla politica tariffaria degli enti locali*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2018, 109 ss..

¹¹ V., tra le altre, TAR Lombardia, Milano, III, 11/10/2010, n. 6912; TAR Lombardia, Milano, III, 23/2/2015, n. 541; Cons. Stato, VI, 16/6/2016, n. 2661.

Più incerto, e oggetto di indicazioni contrastanti da parte dei giudici amministrativi, è se l’Autorità, laddove ritenga che la documentazione prodotta dal gestore sia inadeguata o comunque insufficiente a fornire quella prova, debba o meno richiedere esplicitamente e puntualmente al medesimo la documentazione che reputa mancante. Mentre il Tar Lombardia si è infatti espresso, al riguardo, in senso affermativo, richiamando a tale scopo anche i principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento¹², il Consiglio di Stato ha invece ritenuto che il gestore dovrebbe essere in grado di individuare autonomamente i documenti da inviare a comprova dei suoi costi, con la conseguenza che non vi sarebbe ragione perché l’Autorità, laddove ravvisi delle carenze nella documentazione prodotta, debba attivare un contraddittorio con il medesimo¹³.

Ben si comprendono le ragioni della preferenza dell’Autorità per questa seconda soluzione, che riduce significativamente gli oneri istruttori e motivazionali su di essa gravanti. Tuttavia, non può non sorprendere che tale preferenza sia stata sin qui avallata dal Consiglio di Stato: non si vede, infatti, come sia possibile ritenere che un regolatore – oltretutto indipendente, e dunque soggetto, com’è ben noto, ad una legalità procedimentale rafforzata¹⁴ - possa essere esonerato dall’obbligo di indicare con precisione in relazione a quali specifiche carenze documentali la tariffa proposta dal gestore e dall’ente d’ambito non può essere approvata. Tanto più se si considerano le rilevanti conseguenze che potrebbero derivare da tale decisione dell’Autorità – attinenti in particolare alla possibile determinazione d’ufficio della tariffa, di cui subito si dirà – sembrerebbe del tutto ragionevole attendersi che all’Autorità venga richiesto di instaurare proprio quel contraddittorio procedimentale che il Consiglio di Stato, nella pronuncia sopra citata, ha ritenuto non necessario.

Tale conclusione appare del resto l’unica coerente con la regola sancita dall’art. 10-bis della legge 241/90 e con la logica ad essa sottesa di consentire ai privati di

¹² V. TAR Lombardia, II, n.23/9/2016, n. 1702, in cui si è affermato che, anche alla luce dell’art. 97 Cost., l’Autorità “avrebbe dovuto orientare la propria attività in senso maggiormente collaborativo, indicando, nel corso del procedimento di approvazione tariffaria, quali dati e documenti, necessari ai fini della determinazione ordinaria”, avrebbero dovuto esserle inviati.

¹³ V. Cons. Stato, VI, 27/11/2017, n. 5522.

¹⁴ In dottrina v. al riguardo, tra i molti, M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, p. 189 ss.. In giurisprudenza v., tra le altre, Cons. Stato, VI, 20 aprile 2006, 2201; Cons. Stato, VI, 29 maggio 2006, n. 3272; Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; Cons. Stato, VI, 2 marzo 2010, n. 1215. E v. anche Corte Cost., 7 aprile 2017, n. 69.

interloquire puntualmente con l'amministrazione sulle ragioni che ad avviso della stessa ostano all'accoglimento di una determinata istanza. Né sembra significativo, in senso contrario, che l'Autorità sia qui chiamata, di norma e salvo il caso della determinazione d'ufficio della tariffa, non a determinare la stessa ma ad approvarla¹⁵: ciò che conta è che un privato possa essere destinatario di un provvedimento negativo, rispetto al quale l'amministrazione competente deve essere tenuta a indicargli con chiarezza le ragioni specifiche su cui esso dovrebbe fondarsi¹⁶.

4. Considerazioni in parte analoghe valgono per il tema – appena richiamato – delle determinazioni tariffarie d'ufficio, sul quale pure è emerso in giurisprudenza un evidente, e non ancora risolto, contrasto di orientamenti interpretativi tra Tar Lombardia e Consiglio di Stato.

E' ben noto che, laddove il gestore e/o l'ente d'ambito non provvedano ad inviare la proposta tariffaria oppure la documentazione necessaria a supportarla, l'Autorità deve determinare d'ufficio, in via provvisoria, la tariffa “sulla base delle informazioni disponibili”¹⁷.

Questo potere/dovere di determinare d'ufficio la tariffa, che l'ARERA ha più puntualmente disciplinato nelle delibere che hanno via via definito il metodo tariffario¹⁸, è stato oggetto di vari contenziosi tra l'Autorità, gli enti d'ambito e gli operatori, nell'ambito dei quali si è appunto manifestata la rilevata diversità di indirizzo tra giudice di primo grado e giudice d'appello.

E, infatti, mentre il primo, in diverse pronunce¹⁹, ha ritenuto che laddove l'onere di comprova documentale della proposta tariffaria non sia stato pienamente adempiuto dal gestore, l'Autorità deve anzitutto verificare se è comunque possibile definire d'ufficio la tariffa sulla base dei costi effettivi e, solo ove ciò risulti impossibile, deve determinarla applicando un parametro forfettario²⁰, viceversa il Consiglio di Stato si è sin qui espresso

¹⁵ Tale aspetto è invece enfatizzato da Cons. Stato, VI, n. n. 5522/2017.

¹⁶ Per un orientamento sostanzialmente coincidente, sia pure con riferimento ad una fattispecie in parte peculiare, v., di recente, TAR Lombardia, Milano, II, 18/11/2019, n. 2430 (in particolare il par. 13.5).

¹⁷ Così prevede l'art. 3, comma 1, lett. f), del D.P.C-M. 20 luglio 2012. V. anche l'art. 10, c. 14, d.l. 70/2011.

¹⁸ V., tra le altre, le delibere n. 347/2012, n. 88/2013 e 664/2015.

¹⁹ V. in particolare Tar Lombardia, Milano, II, 23/09/2016, n. 1702; Tar Lombardia, Milano, II, 04/10/2016, n. 1798; nonché T.A.R. Lombardia, Milano, II, 29/06/2018, n. 1619.

²⁰ Si tratta di un c.d. moltiplicatore theta 0,9 applicato alla tariffa dell'anno precedente.

nel senso che l’Autorità potrebbe senz’altro, in caso di incompletezza della documentazione, determinare forfettariamente la tariffa²¹.

Anche in questo caso sono dell’avviso che la soluzione accolta dal TAR Lombardia sia più convincente.

Come sottolineato nelle sentenze citate, a favore della stessa militano infatti sia considerazioni di ordine testuale sia un – rilevante – argomento di ordine sistematico.

In particolare, la soluzione che impone all’Autorità di accertare anzitutto la possibilità di determinare d’ufficio la tariffa (ma) in forza dei costi effettivi appare quella più coerente con il dato normativo, poiché l’art. 3, comma 1, lett. f), del D.P.C.M. 20 luglio 2012 prevede che in caso di inadempimento dell’obbligo di trasmissione dei dati, l’Autorità, dopo avere intimato l’osservanza del medesimo, “*provvede in ogni caso alla determinazione in via provvisoria delle tariffe sulla base delle informazioni disponibili, ...*”²².

Tale previsione sembra in effetti significare, come ritenuto dal TAR Lombardia, che “*il metodo di determinazione forfettaria costituisce soluzione di extrema ratio, percorribile solo nel caso in cui i dati disponibili non consentano di ricostruire i costi sostenuti per l’erogazione del servizio*”²³ e che il regolatore debba *in primis* valutare se, nonostante le rilevate carenze documentali, è possibile fondare la tariffa sui costi reali di gestione.

Tale soluzione, d’altra parte, come pure è stato evidenziato dal TAR, è quella che meglio “*si concilia con i principi generali sottesi alla materia tariffaria. Si è visto infatti che in base alla normativa statale e comunitaria, le tariffe devono essere funzionali alla copertura dei costi sostenuti ai fini dell’erogazione del servizio. Pertanto, la necessità di assicurare la chiusura del sistema e di evitare comportamenti opportunistici degli operatori può giustificare l’applicazione di un metodo di determinazione basato su indici forfettari solo quando le informazioni in possesso dell’AEEGSI siano insufficienti al rilevamento dei costi*”²⁴.

Secondo tale – a mio avviso condivisibile - linea interpretativa, è il principio generale di *cost reflectivity* – di necessaria aderenza della tariffa ai costi efficienti del

²¹ V. in tal senso v. la già citata Cons. Stato, VI, n. 5522/2017; nonché Cons. Stato, VI, 27/11/2017, n. 5534.

²² Sottolineatura aggiunta.

²³ Così TAR Lombardia, n. 1702/2016, cit..

²⁴ V. ancora TAR Lombardia, n. 1702/2016, cit..

servizio - ad implicare che il regolatore debba considerare l'applicazione del coefficiente tariffario come una soluzione estrema, a cui ricorrere non in presenza di meri inadempimenti formali ma solo quando la documentazione fornita dal gestore non consente in nessun modo di stabilire quali siano i costi effettivamente sostenuti dal gestore.

Ad essa il Consiglio di Stato, nelle pronunce sopra richiamate, oppone una lettura fondamentalmente formalistica, basata solo sulla formulazione delle delibere dell'Autorità che, come sopra ricordato, hanno più dettagliatamente disciplinato il procedimento di determinazione d'ufficio delle tariffe e sulla discrezionalità tecnica spettante in materia al regolatore²⁵, senza ritenere necessario considerare la coerenza tra tale interpretazione e il principio di aderenza delle tariffe ai costi.

Non si può quindi che auspicare un ripensamento del Consiglio di Stato su questo profilo, nei fatti molto rilevante, della disciplina delle tariffe del servizio idrico integrato.

5. Le considerazioni che precedono non miravano certamente a ricostruire in modo organico tutti i complessi problemi di ordine giuridico che si pongono in sede di applicazione della regolazione delle tariffe idriche, ma soltanto a fornire alcune indicazioni in merito a taluni aspetti emersi come particolarmente significativi nella prassi regolatoria e giudiziale di questi anni.

Come si è visto, si tratta di aspetti sia di carattere sostanziale che di ordine procedurale, rispetto ai quali assumono un accentuato rilievo i principi generali del nostro ordinamento relativi ovviamente alla materia tariffaria, ma anche al rapporto, nel procedimento amministrativo, tra le amministrazioni decidenti e i privati destinatari delle loro decisioni.

Centrale è in particolare il principio del *full cost recovery*, che costituisce la vera stella polare delle determinazioni tariffarie e che, pur lasciando al regolatore significativi margini di manovra nel suo sforzo di rendere più efficienti le gestioni dei servizi rientranti nelle sue competenze, comporta peraltro per esso dei limiti non valicabili.

E' fisiologico che l'Autorità, apprezzabilmente impegnata a realizzare i suoi obiettivi di pubblico interesse, possa talora considerare con insofferenza tali limiti: ma

²⁵ V. Cons. Stato, VI, n. 5522/2017, cit.

essi esistono, ed è ovviamente compito della giurisprudenza esplicitarli, cogliendo con pienezza le implicazioni di quel principio, e farli valere laddove non siano stati in concreto rispettati.