

Roma, 21 febbraio 2012

Spett.le
Autorità ATO 2
Via Cesare Pascarella, 31
00153 Roma

Oggetto: parere sulle decisioni che la Conferenza dei Sindaci e dei Presidenti dell'ATO2 deve adottare a seguito del referendum abrogativo dell'art. 154, comma 1, del D.Lgs. 152/2006

1. Richiesta del parere

La Segreteria Tecnica Operativa dell'Autorità ATO 2 mi chiede un parere che supporti la Conferenza dei Sindaci e dei Presidenti dell'ATO2 sulle decisioni da adottare a seguito ed in relazione ai seguenti eventi:

- A) pubblicazione, con D.p.R. 18 luglio 2011, n.116, dell'esito del referendum con effetti abrogativi dell'art. 154, comma 1, del D.Lgs. 152/2006 limitatamente alla parte "*dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito*";
- B) mancata pubblicazione di un aggiornamento del metodo tariffario che tenga conto del risultato del referendum;
- C) obbligo contrattuale di revisionare la tariffa nel primo trimestre 2012 e obbligo di incrementare gli investimenti per adeguare le infrastrutture alla normativa vigente.

* * *

2. Normativa vigente in materia di determinazione della tariffa del servizio idrico integrato.

Al fine di esaminare la portata e gli effetti del referendum, occorre preliminarmente illustrare la normativa vigente in materia di determinazione delle tariffe idriche.

Il referendum ha riguardato l'art. 154 del Codice dell'ambiente – D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 – che al primo comma detta i criteri di determinazione della tariffa idrica, secondo la seguente formulazione: *La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è 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 – parte abrogata a seguito del referendum] e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'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".*

Tuttavia, tali criteri costituivano la cornice legislativa per l'intervento regolatorio del Ministero dell'Ambiente, previsto dal secondo comma del medesimo art. 154, che avrebbe dovuto definire, mediante decreto, le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua.

Tale decreto non è mai stato attuato, con la conseguenza che, dall'entrata in vigore del Codice dell'ambiente a tutt'oggi, ha trovato applicazione la norma transitoria di cui all'art. 170, terzo comma, del D.Lgs. 156/2006, la quale dispone espressamente che *“fino all'emanazione del decreto di cui all'articolo 154, comma 2, continua ad applicarsi il decreto ministeriale 1° agosto 1996”*.

Il decreto ministeriale 1 agosto 1996 contiene il cd. “metodo normalizzato”, definito in applicazione della normativa precedente all'emanazione del Codice dell'Ambiente.

Anche esso contempla espressamente, come si vedrà meglio più avanti, tra le voci da riconoscere in tariffa, la “remunerazione del capitale investito”.

Questo il quadro normativo fino all'intervento referendario che, come detto, ha espunto dal riportato art. 154 il criterio *“dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito”*.

Successivamente, è stata istituita, dall'art. 10 del decreto legge n. 70/2011, convertito nella legge 106/2011, *“l'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua”* cui sono stati attribuiti tra gli altri, i compiti di:

- predisporre *“il metodo tariffario per la determinazione, con riguardo a ciascuna delle quote in cui tale corrispettivo si articola, della tariffa del servizio idrico integrato, sulla base della valutazione dei costi e dei benefici dell'utilizzo delle risorse idriche e tenendo conto, in conformità ai principi sanciti dalla normativa comunitaria, sia del costo finanziario della fornitura del servizio che dei relativi costi ambientali e*

delle risorse, affinché siano pienamente attuati il principio del recupero dei costi ed il principio «chi inquina paga», e con esclusione di ogni onere derivante dal funzionamento dell'Agenzia;

- *intervenire, “nel caso di inutile decorso dei termini previsti dalla legge per l'adozione degli atti di definizione della tariffa da parte delle autorità al riguardo competenti, come individuate dalla legislazione regionale in conformità a linee guida approvate con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare previa intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata”, provvedendo nell'esercizio del potere sostitutivo, su istanza delle amministrazioni o delle parti interessate, entro sessanta giorni, previa diffida all'autorità competente ad adempiere entro il termine di venti giorni;*
- approvare le tariffe predisposte dalle autorità competenti.

Senonchè, ad ulteriore modifica di un quadro normativo non semplice, è recentemente intervenuto il decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011 n. 214 che, all'art. 21 comma 13, ha disposto la soppressione di alcune Agenzie nazionali, tra cui l'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua.

La nuova normativa – occorre evidenziare – non ha abrogato le disposizioni di istituzione dell'Agenzia e di assegnazione delle relative funzioni, ma ha semplicemente disposto la soppressione dell'ente e la sua incorporazione da parte di altro soggetto.

Più precisamente, la tabella allegata al decreto, che individua le amministrazioni competenti per il passaggio di funzioni, collega alla soppressione dell'Agenzia per le risorse idriche, quale "amministrazione interessata", il Ministero dell'Ambiente e, quale "ente incorporante", l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas.

Inoltre, il successivo comma 19 precisa che *"Con riguardo all'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, sono trasferite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, che vengono esercitate con i medesimi poteri attribuiti all'Autorità stessa dalla legge 14 novembre 1995, n. 481. Le funzioni da trasferire sono individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto"*.

Pertanto, deve ritenersi che tra le funzioni da trasferire all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, sulla base del decreto che il Presidente del Consiglio dei Ministri adotterà su proposta del Ministro dell'ambiente, debba esservi anche quella specifica di predisposizione del metodo tariffario, in ragione della mancata abrogazione di tale funzione già in capo all'Agenzia idrica, della previsione del trasferimento delle funzioni attinenti alla regolazione e del richiamo ai poteri di cui alla legge 481/1995 che comprende anche la funzione

di stabilire i parametri e gli altri elementi di riferimento per determinare le tariffe¹.

3. La disciplina convenzionale della tariffa del servizio idrico.

L'attuale gestione di ACEA ATO2 è retta dalla convenzione del 6 agosto 2002, basata su un *“programma degli interventi necessari all'adeguamento del sistema idrico accompagnato dal relativo piano finanziario”* con criteri che *“assicurano il raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario della gestione coerentemente a quanto disposto dagli articoli 11 e 13 della legge 36/94”* (all'epoca vigente).

In relazione all'oggetto del presente parere, assumono rilevanza:

- l'art. 12, primo comma, della convenzione, il quale stabilisce che: *“La tariffa e le relative articolazioni come di seguito riportate sono state determinate dall'Autorità di Ambito secondo le disposizioni dell'articolo 13 della L.36/94 e del Metodo Normalizzato per la determinazione della tariffa di riferimento di cui al Decreto Ministro dei Lavori Pubblici del 1 agosto 1996 e successivi aggiornamenti, più oltre Metodo Normalizzato, coerentemente alle indicazioni contenute nel Piano con particolare riferimento all'ivi contenuto Piano degli interventi e connesso Piano finanziario;*

- l'art. 12, settimo ed ottavo comma, della convenzione, laddove prevedono che: *“Le tariffe possono, su determinazione dell'Autorità di Ambito, variare a seguito di:*

¹ L'Autorità per l'energia elettrica e il gas, con delibera GOP 63/11 del 29 dicembre 2011, ha precisato che, in mancanza del suddetto d.p.c.m., non risulta praticabile una immediata operatività delle funzioni di regolazione e controllo attribuite all'Autorità; inoltre, con successiva delibera del 2 febbraio 2012, n. 29/2012, ha istituito un Gruppo di lavoro per lo svolgimento di attività preparatorie e ricognitive relative alle nuove funzioni di regolazione e controllo dei servizi idrici.

- disposizioni legislative che modifichino le prescrizioni relative ai livelli di qualità del prodotto e del servizio o ove siano disposte variazioni al Metodo Normalizzato;
- alle verifiche triennali di cui al punto 8 dell'articolo 8 del Metodo Normalizzato;
- al verificarsi dei significativi scostamenti, di cui in particolare quelli previsti nelle lettere a), b) e c) dell'articolo 8 del Metodo Normalizzato, tra le previsioni del Piano e l'andamento reale della gestione;
- variazioni delle previsioni del Piano che comportino l'adeguamento del Piano stesso ai sensi del successivo articolo 18.

Le parti convengono, come prescritto dal comma b dell'articolo 11 della L. 36/94, che la quantificazione e la valutazione degli elementi e dei costi che compongono le voci necessarie alla determinazione e le successive variazioni della tariffa dovranno essere sempre effettuate con criteri idonei a garantire il raggiungimento ed il mantenimento dell'equilibrio economico e finanziario della gestione di cui alla presente convenzione”.

- l'art. 18, secondo cui “Il Gestore ha preso atto che l'Autorità di Ambito nel Piano ha individuato in via preliminare, coerentemente agli obiettivi qualitativi e quantitativi e alle modalità del servizio, le opere, impianti ed interventi sull'attuale sistema infrastrutturale del S.I.I. utili e necessari al raggiungimento di detti obiettivi; essi sono dettagliati nel Piano degli interventi, contenuto nel Piano stesso e saranno realizzati con le modalità e le risorse descritte nel capitolo 17 del Disciplinare Tecnico”.

In sintesi, quindi, le prescrizioni desumibili dalle predette disposizioni sono così sintetizzabili:

- l'affidamento presuppone il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario della gestione;
- la tariffa è determinata applicando il Metodo Normalizzato di cui al Decreto Ministro dei Lavori Pubblici del 1 agosto 1996,

coerentemente alle indicazioni contenute nel Piano degli interventi e connesso Piano finanziario;

- variazioni della tariffa, in vigore del rapporto sono possibili, sostanzialmente per intervenute variazioni al Metodo Normalizzato o per significativi scostamenti tra le previsioni del Piano e l'andamento reale della gestione;
- in ogni caso, dovrà essere sempre garantito il raggiungimento ed il mantenimento dell'equilibrio economico e finanziario della gestione.

I principi ora indicati - in base ai quali la gestione del servizio idrico integrato deve rispettare il vincolo dell'equilibrio economico-finanziario e la tariffa deve coprire tutti i costi necessari alla gestione operativa del servizio e alla realizzazione degli investimenti funzionali al servizio stesso, come previsti dal Piano - trova conferma in numerose disposizioni normative:

- l'art. 149 del Codice dell'Ambiente, non toccato dalla consultazione referendaria, che pone al centro della gestione il piano economico finanziario, il quale deve prevedere "l'andamento dei costi di gestione e di investimento" e deve "garantire il raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario";
- l'art. 9 della direttiva CE 2000/60, secondo cui le legislazioni nazionali devono basarsi sul principio del recupero dei costi del servizio;
- sul piano generale dei servizi pubblici, l'art. 117 del testo unico enti locali (D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267), in base al quale le tariffe dei

servizi pubblici devono assicurare *“l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione”*.

4. Effetti del referendum abrogativo.

Il descritto quadro legislativo e convenzionale consente di svolgere le necessarie considerazioni sugli effetti del referendum abrogativo con particolare riguardo alla convenzione in essere con Acea ATO2.

L'art. 154 del testo unico ambiente, oggetto di parziale abrogazione referendaria, non ha ancora trovato applicazione.

Come visto, la sua attuazione era demandata ad un decreto del Ministero dell'Ambiente, in attesa del quale ha continuato ad applicarsi la norma transitoria contenuta nello stesso Codice dell'ambiente di rinvio al decreto ministeriale 1° agosto 1996.

Inoltre, la norma oggetto di intervento referendario ha per destinatari innanzitutto i soggetti regolatori delle tariffe a livello nazionale, non direttamente le singole Autorità d'ambito.

Ed infatti, a norma dell'art. 154 del D.Lgs. 152/2006, secondo comma, spetta al Ministero dell'Ambiente definire con decreto le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua.

La successiva normativa incide, in modo tutt'altro che lineare, sull'iter di determinazione delle tariffe, prevedendo la seguente ripartizione:

- all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas competerà, sulla base di quanto disporrà l'emanando decreto della Presidenza del Consiglio, la

predisposizione del metodo tariffario per la determinazione della tariffa;

- al Ministero dell'ambiente spetta proporre il citato decreto di trasferimento delle funzioni;
- alle Autorità, come saranno individuate dalla legislazione regionale², competerà la concreta definizione delle tariffe.

Può quindi ritenersi, sul piano generale, che l'eliminazione dalle componenti della tariffa del criterio "*dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito*" è destinata ad incidere sull'esercizio del potere amministrativo di determinazione della nuova tariffa, da esercitarsi secondo la sequenza procedimentale sopra descritta.

La stessa sentenza della Corte Costituzionale di ammissione del quesito (sentenza n. 26 del 12 gennaio 2011) conclude ricordando che "*la normativa residua, immediatamente applicabile è data proprio dall'art. 154 del d.lgs. n. 152 del 2006, persistendo 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 dei costi e secondo il principio "chi inquina paga"».*

Pertanto, la Corte, sia pure nei limiti di delibazione propri della sola ammissibilità del referendum e senza una valutazione di merito della normativa, ha evidenziato comunque come l'abrogazione non introduca automaticamente una nuova tariffa ma renda direttamente

² In questo complesso quadro normativo, va infatti ricordato che l'art. 2, comma 186 bis, della legge 26 marzo 2010, n. 42 ha soppresso le Autorità d'ambito territoriale, demandandone la riorganizzazione alla potestà legislativa regionale (soppressione ritenuta costituzionalmente legittima con sentenza della Corte Costituzionale n. 128 del 4 aprile 2011).

applicabile, senza necessità di ulteriori interventi legislativi, l'art. 154 del Codice dell'ambiente ovvero la norma che fissa i criteri per l'esercizio del potere statale di determinazione della tariffa.

In altri termini, quando la Corte si è pronunciata sull'immediata applicabilità della disciplina residua ha inteso statuire l'ammissibilità del referendum, precisando che, in caso di accoglimento del quesito, non si sarebbe prodotto un vuoto legislativo, residuando una norma immediatamente applicabile: ciò non toglie che la norma "immediatamente applicabile" non fissa di per sé la tariffa e non ha per destinatarie le Autorità d'ambito, ma è rivolta all'Amministrazione (all'epoca il Ministero dell'Ambiente) avente il potere di definire le componenti di costo della tariffa.

Ne deriva che l'esito della consultazione non può essere trasferito *tout court* alla tariffa applicata in forza della vigente convenzione, divendo invece un vincolo nella (nuova) procedura di determinazione della tariffa.

A queste considerazioni, sulla natura e sulla portata dell'art. 154 oggetto di quesito, si aggiungono quelle relative alle illustrate prescrizioni contenute nella convenzione vigente tra le parti.

Come sopra ricostruito, infatti, le condizioni economiche dell'attuale affidamento sono basate sull'applicazione del "Metodo Normalizzato" di cui al d.m. del 1 agosto 1996, coerentemente alle indicazioni contenute nel Piano degli interventi e connesso Piano finanziario.

Pertanto, come previsto dalla stessa convenzione, variazioni della tariffa, in vigenza del rapporto, sono possibili, sostanzialmente, per

intervenute variazioni al Metodo Normalizzato o per significativi scostamenti tra le previsioni del Piano e l'andamento reale della gestione, sempre garantendo il raggiungimento ed il mantenimento dell'equilibrio economico e finanziario della gestione.

Nel caso di specie, a rigore, sembra non ricorrere né l'uno né l'altro presupposto.

Il metodo normalizzato non è stato direttamente interessato dalla consultazione referendaria e, per quanto attiene alla coerenza tra tariffa e Piano degli investimenti, questa, se assicurata dall'attuale metodo, verrebbe ad essere incrinata proprio dalla modifica degli elementi di calcolo.

Al tempo stesso, non può trascurarsi che lo stesso Metodo Normalizzato di cui d.m. 1 agosto 1996, transitoriamente applicato, contiene, in misura fissa e predeterminata, *“la componente per la remunerazione del capitale investito”* ovvero la voce della tariffa espunta, a seguito della consultazione ed abrogazione referendaria, dalle componenti *“a regime”* della tariffa.

Si rende quindi necessario definire con chiarezza il contenuto della locuzione *“remunerazione del capitale investito”*.

La remunerazione del capitale investito non rappresenta solo il profitto dell'impresa che gestisce il servizio, ma ricomprende anche il costo del capitale necessario al finanziamento degli investimenti (in tal senso si è espressa anche la Commissione nazionale per la

vigilanza sulle risorse idriche in data 12 ottobre 2011, in relazione alle conseguenze del referendum³).

L'art 154 del Codice dell'ambiente, come visto, è stato abrogato soltanto nella parte in cui prevedeva che in tariffa potesse essere ribaltata l'adeguata remunerazione del capitale investito. La parte restante della norma, tuttora vigente, e l'intera normativa di settore e sui servizi pubblici in generale, come illustrato, prevedono espressamente che attraverso la tariffa sia assicurata la piena copertura dei costi.

Atteso che l'obbligo di mantenere l'equilibrio economico-finanziario, ai sensi del richiamato art. 149, comma 4, del D.lgs 152/2006, non può venir meno e che la remunerazione del capitale è (anche) un costo, un'immediata applicazione dell'esito referendario al "*metodo normalizzato*", in attesa dell'organica e quanto mai necessaria disciplina della materia, consisterebbe nel distinguere, ai fini del riconoscimento in tariffa, tra la quota di utile e quella di costo finanziario presenti nella voce "remunerazione del capitale investito". Il metodo normalizzato per il calcolo della tariffa idrica prevede, al momento, una remunerazione dei capitali investiti nella gestione idrica pari al 7% annuo del valore capitale impiegato.

Trattasi di previsione avente carattere forfetario e predeterminato; se si vuole eliminare dalla tariffa la parte di questa percentuale corrispondente all'utile di impresa, occorrerebbe verificare in concreto quali siano gli oneri finanziari sostenuti dal gestore per la

³ Anche essa soppressa dall'art. 21 del decreto legge 6.12.2011, n. 201, convertito in legge del 22 dicembre 2011, n. 214.

realizzazione degli investimenti e, al contempo, a che tassi il gestore può acquisire capitali sul mercato.

Effettuata tale verifica, tenuto conto che la fissazione della tariffa, come visto, è funzionalmente vincolata al rispetto del piano economico-finanziario, l'Autorità d'ambito potrebbe distinguere tra investimenti in corso di realizzazione o in corso di ammortamento e nuovi investimenti da realizzare.

Mentre sui primi non può dispiegare efficacia l'abrogazione referendaria (per le ragioni esposte, oltrechè per i principi del *tempus regit actum*, dell'affidamento, ecc.), per i secondi, l'Autorità d'ambito potrebbe riconoscere in tariffa la sola quota (rispetto al 7% fisso previsto dal metodo normalizzato) necessaria per far fronte agli oneri finanziari di reperimento del capitale.

Semprechè, naturalmente, tale quota sia inferiore alla suddetta aliquota del 7%.

Ciò dovrebbe valere per il lasso di tempo che intercorrerà fino all'adozione, sul piano nazionale, del nuovo metodo, e fatta sempre salva la possibilità di concordare con il gestore, in questo frangente di incertezza normativa, la sospensione temporanea degli investimenti non urgenti.

Lo stesso criterio va applicato alla revisione della tariffa.

Se la revisione concerne la verifica del triennio precedente è evidente che essa non può che basarsi sul metodo previsto in convenzione, sia perché l'abrogazione referendaria, in conformità al principio di cui

all'art. 11 delle preleggi, non ha effetto retroattivo⁴, sia perché, come illustrato, la tariffa applicata è strettamente correlata all'attuazione di un piano economico-finanziario.

5. Conclusioni

Sulla base delle esposte considerazioni, può ritenersi che:

- l'intervenuta abrogazione referendaria in *parte qua* dell'art. 154 del Codice dell'Ambiente non ha di per sé efficacia diretta ed immediata sulla tariffa applicata nella convenzione in corso con ACEA ATO2, atteso che essa interviene sui criteri cui dovrà uniformarsi la predisposizione del metodo tariffario da parte dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas;
- la fissazione della tariffa, nella convenzione in corso con ACEA ATO2, determinata in base alla norma transitoria di cui al d.m. 1 agosto 1996 (cd. "metodo normalizzato"), è funzionalmente vincolata al rispetto del piano economico-finanziario;
- poiché la voce della tariffa ("*remunerazione del capitale investito*"), oggetto di abrogazione referendaria, è presente, in misura fissa e predeterminata, anche nel "metodo normalizzato", appare opportuno che l'Autorità d'ambito, nel rispetto del piano economico finanziario sotteso alla gestione, non intervenga sulla componente della tariffa oggetto di

⁴ R. Guastini, *Le fonti del diritto - Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 324; A. Pizzorusso, *Anomalie e incongruenze della normativa costituzionale ed ordinaria in tema di referendum abrogativo*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Milano, 1998, 132.

abrogazione per quanto attiene al corrispettivo di investimenti già effettuati o in corso di realizzazione e comunque per la gestione pregressa;

- per quanto attiene, invece, a nuovi investimenti, fatta salva, nelle more della definizione del nuovo metodo tariffario, l'eventuale sospensione di quegli interventi che non abbiano carattere di assoluta urgenza, l'Autorità d'ambito può procedere a riconoscere in tariffa la sola quota di remunerazione del capitale investito necessaria per far fronte agli oneri finanziari di reperimento del capitale, sempre che sia inferiore all'aliquota fissa del 7% del capitale impiegato prevista dal metodo normalizzato.

* * * *

Resto a disposizione per eventuali chiarimenti e/o approfondimenti.

Avv. Marcello Cardi

