

Publicato il 15/02/2022

N. 01085/2022REG.PROV.COLL.
N. 01405/2020 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 1405 del 2020, proposto da Arera - Autorita' di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Italgas Reti Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paola Tanferna, Aldo Travi, Eugenio Bruti Liberati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Paola Tanferna in Roma, via Maria Adelaide 8;

nei confronti

Csea - Cassa per i Servizi Energetici e Ambientali, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda) n. 02430/2019, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Italgas Reti Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 febbraio 2022 il Cons. Davide Ponte e uditi per le parti gli avvocati dello Stato Fabio Tortora, Aldo Travi e Eugenio Bruti Liberati;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con l'appello di cui in epigrafe l'Autorità odierna parte appellante impugnava la sentenza n. 1083 del 2019 del Tar Milano, di accoglimento dell'originario ricorso, proposto dalla società Italgas, originaria ricorrente, avverso le due seguenti delibere dell'Autorità Garante per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico: delibera del 10 marzo 2016, n. 98/2016/R/gas, avente ad oggetto "rideterminazione delle tariffe di riconoscimento per i servizi di distribuzione e misura del gas, per gli anni 2009-2014" per la parte concernente la rideterminazione delle tariffe di riferimento per gli anni 2009-2014 rispetto alla società ricorrente; delibera del 10 marzo 2016, n. 99/2016/R/gas, avente ad oggetto "determinazione delle tariffe di riferimento definitive per i servizi di distribuzione e misura del gas, per l'anno 2015" per la parte concernente la determina definitiva della tariffa rispetto alla società ricorrente per l'anno 2015; delibera del 9 ottobre 2018, n. 494/2018/E/gas, comunicata via p.e.c. il 18 ottobre 2018 con nota prot. Z9564, avente ad oggetto "chiusura dell'indagine conoscitiva in materia di investimenti delle imprese regolate ai sensi delle deliberazioni dell'Autorità 177/2016/E/gas e 220/2017/R/gas, relativamente ai dati e alle informazioni comunicati all'Autorità dalle società Italgas e

Napoletanagas” limitatamente alle previsioni di tale deliberazione concernenti il mancato riconoscimento della extraremunerazione degli investimenti effettuati dalla ricorrente, con riferimento alle annualità 2009 e 2010.

Il ricorso in primo grado di Italgas era stato articolato su due motivi: con il primo, lamentando in particolare il difetto di istruttoria e di motivazione, la società aveva contestato la possibilità di far discendere dall’esito negativo di una verifica a campione, su di una parte, l’azzeramento di tutti gli investimenti incentivati dichiarati dalla società; con il secondo aveva contestato più nello specifico l’esito stesso della verifica a campione, sostenendo che buona parte delle difficoltà incontrate nella predisposizione della documentazione idonea a giustificare la tariffa premiale fosse da imputare a disservizi del Comune di Roma e dei suoi municipi. All’esito del giudizio di prime cure il Tar accoglieva il ricorso ritenendo i provvedimenti impugnati illegittimi per difetto di motivazione e di istruttoria; pertanto, li annullava, “fatti salvi gli eventuali ulteriori provvedimenti che l’Autorità riterrà di adottare nel rispetto dei principi affermati”.

Nel ricostruire in fatto e nei documenti la vicenda, parte appellante formulava i seguenti motivi di appello:

- erroneità ed illogicità della sentenza appellata, violazione e falsa applicazione dell’art. 45 commi 3 e 5 della rtdg 2009-2012, erronea interpretazione delle previsioni che regolano il metodo di verifica a campione;
- erroneità ed illogicità della sentenza appellata sul presunto difetto di istruttoria e di motivazione.

La parte appellata si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto dell’appello.

Alla pubblica udienza del 3 febbraio 2022 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. Giova, preliminarmente, procedere alla ricostruzione del quadro

normativo in cui si collocano le deliberazioni impugnate.

1.1 In generale, la legge attribuisce all’Autorità il potere di stabilire ed aggiornare, in relazione all’andamento del mercato, la tariffa base, i parametri e gli altri elementi di riferimento per determinare le tariffe, nonché le modalità per il recupero dei costi sostenuti nell’interesse generale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti (art. 1 e 2, comma 12, lettera e) e commi 17, 18 e 19, legge n. 481/95; art. 23 del d.lgs. n. 164/00).

1.2 La fattispecie controversa si inserisce nell’ambito del c.d. terzo periodo regolatorio (RTDG 2009-2012 allegato A della deliberazione 159/2008 /R/gas) e attiene in particolare al tasso di extra-remunerazione del capitale investito, pari al 2% e per un periodo di 8 anni, previsto, per gli investimenti realizzati nel periodo 2009-2013, all’art. 45, comma 3 della RTDG 2009-2012.

1.3 In particolare è previsto un sistema premiale della particolare efficienza dimostrata dall’esercente nel condurre e portare a compimento investimenti che rivestano una particolare importanza nel settore. In dettaglio, l’art. 45, rubricato *“Tasso di variazione collegato ai nuovi investimenti”*, al comma 3 prevede che: *“Alle tipologie di seguito elencate di nuovi investimenti, entrati in esercizio successivamente al 31 dicembre 2008, è riconosciuta la maggiorazione del tasso di remunerazione del capitale investito pari al 2% per un periodo di otto anni: a) ammodernamento dei sistemi di odorizzazione presso le cabine REMI; b) sostituzione delle condotte in ghisa con giunti di canapa e piombo”*. La fattispecie in esame riguarda in particolare quest’ultima ipotesi, relativa alla sostituzione delle condotte.

In termini operativi, il comma 5 dello stesso articolo 45 prevede quanto segue: *“L’Autorità verifica, anche mediante visite ispettive a campione: a) l’effettiva realizzazione degli investimenti di cui al presente articolo e la corrispondenza degli investimenti comunicati ai sensi del comma 45.1, con i costi effettivamente sostenuti; b)*

la corrispondenza del valore degli incrementi patrimoniali di cui al comma 45.1, lettera a) con quelli risultanti dai bilanci certificati; c) la pertinenza e la corretta imputazione degli incrementi patrimoniali di cui alla precedente lettera b) rispetto alle attività svolte”.

1.4 Con riferimento al sistema di incentivazione previsto dal regolatore per gli investimenti, in particolare diretti alla sostituzione delle condotte in ghisa con giunti di canapa e piombo, va condiviso l'inquadramento secondo cui la ratio della regolazione premiale si muove nell'ottica del rafforzare il perseguimento della sicurezza del servizio di distribuzione del gas, che deve garantire la salvaguardia delle persone e delle cose dai danni derivanti da esplosioni, da scoppi e da incendi provocati dal gas distribuito.

In tale ottica, la sostituzione delle condotte è stata quindi valutata come uno di quegli interventi per i quali al distributore potesse essere riconosciuto un incentivo (tasso di extra-remunerazione del 2% per otto anni sulle sostituzioni effettuate dal 2009 al 2013) sulla base dei relativi dati inseriti nel sistema RAB GAS.

La disciplina sopra richiamata espressamente prevede che l'Autorità verifichi, anche mediante visite ispettive a campione, l'effettiva realizzazione degli investimenti di cui alla medesima disciplina. In tale contesto risultano essenziali, ai fini dell'ottenimento ovvero del mantenimento del beneficio, i seguenti elementi: - l'effettiva realizzazione degli investimenti (quindi aver sostituito la condotta nel periodo 2009-2013); - la riconducibilità dei costi (tassa di **occupazione suolo pubblico** per l'apertura dei cantieri, c.d. **COSAP; mano d'opera, materiali, scavo, pavimentazione e simili**) agli investimenti incentivabili; - la corretta contabilizzazione dei suddetti costi e quindi la riscontrabilità nei bilanci certificati (e più in generale dalla complessiva documentazione contabile, dalla quale, dunque, deve essere possibile estrarre il singolo dato relativo alla commessa de qua).

1.5 Nel caso in esame l'Autorità, nell'ambito dell'attività di indagine conoscitiva avviata in relazione ai dati di investimento trasmessi dalle

imprese distributrici di gas, con nota prot. n. 5827 del 13 febbraio 2013 ha comunicato alla Italgas che, da un primo esame dei dati inseriti nella RAB GAS, era emerso che, negli anni 2009 e 2010, i costi unitari per metro di condotta sostituita o risanata risultavano superiori di oltre il 50% rispetto alla media.

1.6 All'esito dell'interlocuzione svolta con l'odierna appellata, sono stati adottati gli atti impugnati in prime cure.

L'Autorità ha proceduto, con la delibera 98/2016/R/gas a rideterminare d'ufficio le tariffe di riferimento per i servizi di distribuzione e misura del gas, relative agli anni 2009-2014. In particolare, non avendo la società prodotto la documentazione di riconciliazione dei singoli investimenti con i costi sostenuti, si è dunque proceduto ad azzerare il tasso di extraremuneratione. Con la successiva delibera 99/2016/R/gas, si è proceduto, con i medesimi criteri, a determinare le tariffe di riferimento definitive per l'anno 2015. Con la deliberazione 177/2016/E/gas, l'indagine avviata con la delibera 256/2014/E/gas in materia di investimenti delle imprese regolate è stata estesa agli investimenti dichiarati dalla società Italgas, atteso che, in data 1 luglio 2014, il Tribunale di Palermo ha disposto la misura di prevenzione patrimoniale dell'Amministrazione giudiziaria nei confronti di Italgas.

Con la delibera 9 ottobre 2018, 494/2018/E/gas, l'indagine estesa agli anni 2011-2013, è stata chiusa, con le seguenti conclusioni: per gli investimenti relativi agli anni 2009-2010, in particolare, l'esame della documentazione fornita, ha evidenziato una serie di elementi. In primo luogo, che le "nuove" rendicontazioni degli interventi incentivati non ricomprendevano esattamente gli stessi bollati indicati nei prospetti trasmessi all'Autorità nell'ambito della precedente istruttoria 14/2013/E/gas. In secondo luogo, che per numerosi documenti esaminati (circa 650 bollati su un totale di 1.760), la società ha ricalcolato l'importo della COSAP escludendo alcuni

lavori ritenuti non pertinenti al perimetro dell'incentivazione e riducendo esclusivamente il parametro (espresso in metri lineari) relativo al suolo pubblico occupato, omettendo di considerare la parte di canone relativa alle cd. 'attività strumentali di cantiere' (espressa in metri quadrati). In terzo luogo, che tra gli interventi esaminati, alcuni risultavano eseguiti al di fuori delle carreggiate stradali (ad esempio lavori di scavo trasversali alla carreggiata o di ripristino dei marciapiedi) inducendo a ritenere che gli stessi non fossero afferenti alla sostituzione delle condotte stradali. In quarto luogo, che alcune concessioni di occupazioni del suolo pubblico rilasciate dal Comune di Roma, che la Società ha classificato tra gli investimenti incentivati, riportavano come descrizione degli interventi "riparazione dispersione gas e ripristino", "riparazione fuga" o anche "riparazione gas"; l'Autorità ha ritenuto che tali attività non rientrassero nel perimetro degli investimenti incentivati ai fini tariffari e, più in generale, tra i costi di capitale, quanto piuttosto nei costi operativi di esercizio. In quinto luogo, che per circa 100 degli interventi rendicontati non è stata fornita la documentazione giustificativa o ne è stata fornita solo una parte rendendo, di fatto, impraticabile il riscontro cartografico dei lavori eseguiti. Infine, che per 38 degli interventi rendicontati, la sostituzione di un singolo tratto di condotta risultava attestata da più di un bollato con indicazione di date distinte di scavo e/o di ripristino.

A fronte di tali risultanze l'Autorità concludeva nel senso che *“Le anomalie riscontrate dagli Uffici e le rettifiche di valore proposte dalla stessa Società, facendo emergere un quadro di complessiva inattendibilità della documentazione inviata, non integravano i presupposti per accogliere l'istanza tendente a ottenere il riconoscimento del maggior tasso di remunerazione degli investimenti incentivati relativi agli anni 2009-2010 avanzata il 6 maggio 2016.”* (par. 2.1.2. della relazione allegata alla delibera 494/2018/E/gas).

1.7 Per completezza, si precisa che, in relazione agli anni 2011-2013,

l'esame della documentazione prodotta ha condotto l'Autorità ai medesimi risultati di inattendibilità, come comunicato all'odierna appellata con nota ARERA prot. n. 19166 del 17 luglio 2019. Anche per questi anni, infatti *“la quota di investimenti incentivabili rappresentata dalla COSAP versata da Italgas al Comune di Roma nel periodo 2011-2013 non risulta adeguatamente riscontrabile per motivi sostanzialmente riconducibili all'inadeguata separazione a livello di documentazione giustificativa tra il valore degli investimenti incentivati e quelli ordinaria”*.

1.8 In definitiva, nella prospettazione dell'Autorità appellante, per tutti gli anni oggetto di indagine conoscitiva, non è risultato possibile ricondurre tali costi in modo oggettivo alla tipologia di investimento *“sostituzione delle condotte in ghisa con giunti in canapa e piombo”* a cui si applica la maggiorazione del tasso di remunerazione, secondo quanto previsto dalla RTDG 2009-2012. La conseguenza è stato l'azzeramento del tasso di extra-remunerazione di cui all'art. 45 predetto e la rideterminazione d'ufficio delle relative tariffe.

2. Così ricostruita la fattispecie, occorre passare all'esame dei vizi di appello dedotti.

L'appello è fondato in relazione ad entrambi i motivi.

3. Con il primo motivo di gravame l'Autorità lamenta l'erroneità ed illogicità della sentenza appellata, nonché la violazione della disciplina applicata, di cui in specie all'art. 45 commi 3 e 5 della rtdg 2009-2012, e l'erronea interpretazione delle previsioni che regolano il metodo di verifica a campione

3.1 Invero, a fronte della pacifica qualificazione dell'extra remunerazione come un beneficio peculiare riconosciuto sulla scorta di specifiche spese di investimento e miglioramento, non appare condivisibile la sostanziale inversione dell'onere della prova derivante dalla impostazione seguita dalla sentenza impugnata (come se la determinazione tariffaria avesse una

valenza sanzionatoria, il che non è) e dall'accoglimento delle tesi di parte ricorrente svolte in prime cure.

3.2 Piuttosto, a fronte dello svolgimento di una verifica a campione, nei termini dettati dalla stessa disciplina regolatoria (cfr. art. 45 comma 5), e del conseguentemente accertamento dell'inattendibilità delle voci oggetto di verifica, in termini seppur non totali ma significativi e generalizzati, è la parte che intende beneficiare della prevista rideterminazione delle tariffe in termini di extra remunerazione a dover dimostrare la correttezza totale dei dati richiesti. Dimostrazione che, alla luce delle chiare indicazioni fornite dall'Autorità e nei limiti di sindacato del presente giudizio di legittimità, non risulta essere stata fornita.

3.3 La verifica a campione, oltre alla generale ammissibilità sul piano logico - in specie dinanzi ad una vastità di elementi da esaminare -, è prevista dalla stessa normativa che prevede il beneficio invocato dalla società, in termini coerenti all'impostazione del rapporto in materia fra Autorità ed imprese del settore. Il riconoscimento dei benefici presuppone la dimostrazione degli interventi fatti, attraverso una serie di elementi che, per evidenti ragioni di non aggravamento delle procedure (nell'interesse anche delle stesse imprese richiedenti), sono soggetti ad un'attività di verifica a campione.

3.4 Nel caso in cui, come nella specie, tale verifica fornisca rilevanti elementi negativi, è pienamente coerente alla logica di sistema, alla relativa disciplina ed alla natura stessa dei benefici, il riconoscimento dell'onere della prova a carico del richiedente il beneficio e, ove tale prova non sia fornita, la perdita o comunque il mancato riconoscimento della tariffa premiale.

3.5 In sostanza, appare pienamente logico e coerente un sistema che in via ordinaria semplifichi la procedura, con la responsabilizzazione della prospettazione proveniente dall'impresa e la verifica a campione, ma che,

dinanzi al sorgere di elementi di inattendibilità di tale prospettazione, imponga l'ordinaria dimostrazione, in capo alla stessa parte richiedente la piena e completa dimostrazione dei presupposti in apparenza carenti.

Come ancora di recente ribadito dalla Corte costituzionale (cfr. ad es. sentenza 13 gennaio 2021 n. 2), sono ragionevoli le disposizioni autorizzative di forme di controllo semplicemente a campione, anche a fini di semplificazione, ferma restando la doverosità — in linea di principio — dei controlli e della dimostrazione degli elementi presupposti dalla singola disciplina di riferimento, specie laddove attributiva di benefici.

4. Le considerazioni sin qui svolte comportano la fondatezza anche del secondo motivo di appello, con cui l'Autorità appellante contesta l'erroneità ed illogicità della sentenza appellata sul presunto difetto di istruttoria e di motivazione.

4.1 Infatti, se per un verso la verifica istruttoria è stata avviata a campione, in termini coerenti alla disciplina di riferimento ed alla connessa logica predetta, per un altro verso la stessa attività istruttoria è poi proseguita in termini approfonditi, nei termini sopra riassunti ed emergenti dalle produzioni in atti.

4.2 Al riguardo, l'istruttoria si è protratta per diverso tempo, ai sensi della delibera 14/2013/E/gas nonché con la 494/2018/E/gas. In tale ambito l'Autorità ha riesaminato la documentazione prodotta ed acquisita, confermando la conclusione di inattendibilità. In particolare, nei termini evidenziati in sede di appello., con riferimento ai valori della COSAP, la società non ha specificato se debbano essere ridotti in quota parte anche i relativi costi degli interventi; la quota ridotta riguarda il canone di occupazione e non il canone di occupazione per attività strumentali di cantiere, funzione dei metri quadri di suolo pubblico occupato, nonostante quest'ultima parte rappresenti la quota maggioritaria dell'importo della COSAP; risultano conteggiati tra i costi della COSAP anche interventi

eseguiti al di fuori delle carreggiate stradali; 85 concessioni di occupazione di suolo pubblico hanno riguardo ad interventi che non rientrano nel perimetro degli investimenti incentivabili; per 100 concessioni, non è stata fornita la documentazione tecnica a supporto; per 38 concessioni, gli interventi eseguiti risultano attestati da più di un bollato, rendendo necessari ulteriori chiarimenti.

4.3 A fronte di tali elementi di accertata inattendibilità e carenza, l'esito impugnato appare coerente alle risultanze documentali. Nè a diverse conclusioni hanno portato gli elementi peritali prodotti da parte originaria ricorrente (cfr. relazione di E&Y trasmessa in data 13 giugno 2018), presi in debita considerazione da parte dell'Autorità, nel senso che la contabilizzazione dei costi COSAP è corretta e riguarda anche gli investimenti incentivati, senza che tuttavia, si possa distinguere la quota parte relativa a quest'ultimi e quella relativi agli investimenti ordinari.

4.4 Emerge in definitiva l'inattendibilità complessiva della documentazione, dinanzi alla quale si deve ribadire come non sarebbe coerente con la logica e la funzione (anche deterrente) della verifica a campione, per come prevista, l'invocata, da ultimo in sede di memoria difensiva di parte appellata, possibilità di remunerazione parziale in luogo dell'integrale azzeramento.

5. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello è fondato e va pertanto accolto; per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso di primo grado deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi, alla luce della complessità del quadro regolatorio, per compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo

grado.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2022

con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente FF

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Davide Ponte

IL PRESIDENTE

Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO