

Potere amministrativo implicito e atto amministrativo implicito: ammissibilità e condizioni di legittimità dell'uno e dell'altro

(Consiglio di Stato., Sez. VI, sentenza 2 maggio 2012, n. 2521)

Valeria Romano*

Come è noto, il principio di legalità impone non solo la indicazione dello scopo che l'autorità amministrativa deve perseguire ma anche la predeterminazione, in funzione di garanzia, del contenuto e delle condizioni dell'esercizio dell'attività. Nel caso degli atti regolamentari la legge, però, normalmente non indica nei dettagli il loro contenuto. La parziale deroga al principio di legalità sostanziale si giustifica in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema. Una predeterminazione legislativa rigida sarebbe di ostacolo al perseguimento di tali scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, dei poteri impliciti. La dequotazione del principio di legalità sostanziale – giustificata, come detto, dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori – impone, inoltre, il rafforzamento del principio di legalità procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari.

Con la massima riportata il Consiglio di Stato affronta il problema del rapporto tra principio di legalità amministrativa e poteri impliciti, con particolare riferimento all'attività delle Autorità amministrative indipendenti. La sentenza del maggio 2012 fornisce lo spunto per ricostruire la distinzione tra potere amministrativo implicito e atto implicito e per esaminare le questioni relative all'ammissibilità ed alle condizioni di legittimità dell'uno e dell'altro.

I poteri amministrativi impliciti possono essere definiti, in via di prima approssimazione, come poteri che, sebbene non attribuiti *expressis verbis* dalla legge alla P.A., risultino tuttavia necessari per il raggiungimento degli scopi che l'Amministrazione è chiamata a perseguire. I poteri amministrativi impliciti si connotano, dunque, per due caratteri: la non esplicita attribuzione in capo alla P.A. da parte di una fonte legislativa ed il nesso di strumentalità tra il loro concreto esercizio ed il conseguimento degli obiettivi che l'Amministrazione è chiamata a realizzare nell'ambito della sua attività di cura degli interessi pubblici. I poteri impliciti sono, dunque, poteri che, come evidenziato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 4 del 1957, si "accompagnano" ai poteri espressamente riconosciuti dalla legge alla Pubblica Amministrazione. La nozione di atto amministrativo implicito si differenzia da quella, appena

(*) Dottore in Giurisprudenza, già praticante forense presso l'Avvocatura dello Stato.

tracciata, di potere amministrativo implicito. L'atto amministrativo implicito si configura come una manifestazione indiretta della volontà della P.A. La volontà dell'Amministrazione può, infatti, estrinsecarsi sia in un atto provvedimento formale sia attraverso un provvedimento in forma orale ovvero mediante comportamenti e *facta concludentia*. L'atto amministrativo implicito può, altresì, essere definito come un atto logicamente collegato ad un provvedimento presupposto il quale si pone a monte di quello implicito. L'attitudine dell'atto implicito a porsi come una manifestazione indiretta della volontà della P.A. vale a distinguere la figura dell'atto amministrativo implicito dalla figura del silenzio dell'Amministrazione. Detto altrimenti, il silenzio della P.A. si sostanzia in un'inerzia, un'astensione dall'esercizio del potere da parte dell'Amministrazione; l'atto amministrativo implicito, viceversa, si configura come un comportamento attivo della P.A. consistente in una manifestazione di volontà sebbene implicita. Per meglio chiarire le nozioni di potere implicito ed atto amministrativo implicito può essere utile fornire alcuni esempi. La giurisprudenza ha riconosciuto ipotesi di atti amministrativi impliciti nei seguenti casi: l'autorizzazione all'acquisto *ex art. 13 della L. n. 127 del 1997* valeva come implicito riconoscimento dell'ente; l'utilizzazione consapevole dell'attività del privato vale come dichiarazione implicita dell'*utiliter coeptum* in relazione all'azione di arricchimento; la comunicazione del parere negativo reso dalla commissione edilizia sull'istanza di concessione edilizia vale come implicito diniego dell'istanza di concessione. È possibile, traendo spunto dalla casistica giurisprudenziale, fornire alcuni esempi anche in relazione ai poteri impliciti. Si è ritenuto che la legge n. 84 del 1992 riconoscendo esplicitamente al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti il potere di vigilanza sull'Autorità portuale (art.12) abbia implicitamente riconosciuto al Ministero stesso il potere di rimuovere gli organi direttivi dell'Autorità portuale (1).

Esaminate le nozioni di poteri amministrativi impliciti e atti amministrativi impliciti e forniti alcuni esempi dell'uno e dell'altro, può concludersi che l'aggettivo implicito che accompagna il termine potere sta ad indicare "non tipizzato dalla legge", mentre l'aggettivo implicito che accompagna la locuzione atto amministrativo qualifica la forma dell'atto quando questo è assunto tacitamente o emanato in forma orale. Passiamo ora alla questione della legittimità dei poteri amministrativi impliciti e degli atti amministrativi impliciti.

Il problema dell'ammissibilità dei poteri amministrativi impliciti riguarda, come emerge dalla sentenza in rassegna, la questione della loro compatibilità con il principio di legalità. Come a tutti noto, il principio di legalità ha referenti costituzionali agli articoli 97, 95, 24, 103 della Carta Fondamentale oltre ad essere sancito all'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo (L. n.

(1) T.A.R.Puglia - Bari - Sezione I, 9 luglio 2009 n. 1803, in *Foro amm. TAR* 2009, 7-8, 2225.

241/1990). L'art. 97 della Costituzione, in particolare, pone una riserva di legge relativa in materia di "organizzazione degli uffici". Pur avendo ad oggetto immediato l'organizzazione della Pubblica Amministrazione, il principio di legalità copre non soltanto l'organizzazione dell'Amministrazione come apparato, ma anche il complessivo espletamento dell'attività amministrativa. L'interpretazione secondo la quale il principio di legalità non riguarda la sola organizzazione della P.A., ma impone all'Amministrazione l'osservanza della legge nell'esercizio delle sue funzioni trova conferma agli articoli 24 e 103 della Costituzione che, sottoponendo al sindacato giurisdizionale l'attività della Pubblica Amministrazione, impongono ad essa l'osservanza della legge nella sua azione di cura dell'interesse pubblico.

Ciò detto in via generale, bisogna valutare la compatibilità del principio di legalità con l'esercizio di poteri impliciti da parte della P.A. Il problema può essere riassunto nei seguenti termini: tanto più rigorosamente è interpretato il principio di legalità tanto più ridotti saranno i margini per riconoscere l'ammissibilità dei poteri amministrativi impliciti nel nostro ordinamento. Occorre, dunque, soffermarsi sulle diverse tesi interpretative del principio di legalità. Il principio in parola è stato interpretato in tre diverse accezioni: debolissimo, formale e sostanziale (2). Nella sua accezione debolissima il principio di legalità deve essere inteso come divieto imposto alla P.A. di agire in senso difforme dalle disposizioni di legge che ne regolano l'*agere*. In senso formale il principio di legalità esprime la necessità di un fondamento normativo per gli atti e l'attività della P.A. In senso sostanziale il principio in parola impone all'Amministrazione di agire in conformità alla legge. Tale ultima accezione è stata fatta propria dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 115 del 2011 (3). L'adesione all'accezione debolissima, formale o sostanziale del principio di legalità si riflette, come detto, sulla questione dell'ammissibilità dell'esercizio di poteri amministrativi impliciti da parte della Pubblica Amministrazione.

Sulla compatibilità dei poteri impliciti con il principio in parola si sono consolidate due opposte teorie. Secondo un primo orientamento, i poteri amministrativi impliciti sono inammissibili. La tesi in parola muove dalla premessa per cui il principio di legalità implica che la legge non si limiti a stabilire i fini che la P.A. deve perseguire, ma disciplini anche i mezzi con i quali raggiungerli, ossia i poteri che possono essere esercitati per il raggiungimento degli scopi affidati all'Amministrazione. L'argomento è tratto dall'art. 1 della legge 241 del 1990 a norma del quale la P.A. non solo persegue i fini stabiliti dalla legge, ma agisce secondo le *modalità* previste dalla legge

(2) ROBERTO GAROFOLI - GIULIA FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Neldiritto editore, ottobre 2012.

(3) Corte Costituzionale, 7 aprile 2011, n. 115 in *Il civilista* 2011, 6, 17.

laddove per modalità si intendono gli strumenti e, quindi, i poteri stabiliti dalla legge. Secondo la tesi in esame, dunque, i poteri amministrativi sono tipici tanto nei presupposti quanto negli effetti del loro esercizio. Dall'affermazione della tipicità dei poteri della Pubblica Amministrativa deriva la logica conseguenza dell'inammissibilità di poteri impliciti, non tipizzati. A sostegno della tesi della tipicità dei poteri della Pubblica Amministrazione si sostiene, inoltre, che ove si opinasse in senso contrario l'Amministrazione sarebbe libera di adottare qualunque mezzo idoneo a perseguire i fini legislativi con la conseguente esposizione del privato a rischi di arbitri da parte della P.A. La tipicità dei presupposti e degli effetti dell'esercizio del potere della Pubblica Amministrazione si traduce, dunque, secondo la teoria in parola, in un rafforzamento delle garanzie del privato nei confronti dell'Amministrazione. Si nega, pertanto, cittadinanza nel nostro ordinamento ai poteri amministrativi impliciti nell'esigenza di mettere a riparo il cittadino dai rischi di indebite compressioni della sua sfera giuridica conseguenti all'esercizio di poteri non direttamente disciplinati dal Legislatore.

Secondo un opposto indirizzo interpretativo, adottato dalla massima in rassegna, i poteri amministrativi impliciti devono, invece, essere considerati ammissibili. Secondo l'interpretazione del principio di legalità fornita dall'orientamento in parola tale principio impone che l'attività amministrativa persegua fini determinati dalla legge. Ciò equivale ad affermare che la Pubblica amministrazione non può stabilire essa stessa i fini da perseguire, ma li riceve dal Legislatore. La tesi in esame finisce, dunque, per riconoscere l'ammissibilità di poteri impliciti allorché il loro esercizio si qualifichi come necessario per il raggiungimento degli obiettivi il cui perseguimento è affidato all'Amministrazione dalla legge. La tesi in esame riconosce, inoltre, l'esercitabilità di poteri impliciti in un'ottica di valorizzazione del principio dell'efficacia e buon andamento dell'azione amministrativa. La teoria che ammette l'esercitabilità di poteri impliciti da parte della P.A. attribuisce prevalenza alle esigenze di efficacia dell'azione amministrativa rispetto a quella di fornire adeguate garanzie al privato contro l'esposizione della sua sfera giuridica a poteri amministrativi non previsti dalla legge. La tesi valorizza un'interpretazione della P.A. come Amministrazione orientata al risultato o *performance-oriented*. Oltre alla valorizzazione delle esigenze di assicurare buon andamento ed efficacia dell'azione della P.A., la tesi che ammette l'esercitabilità dei poteri impliciti sostiene che negandone la cittadinanza nel nostro ordinamento si determinerebbe un'ingessamento dell'azione amministrativa. Un ulteriore argomento fa leva sull'impossibilità per il Legislatore di tipizzare in via preventiva ogni potere e ogni strumento per il perseguimento dei fini della P.A.

La tesi favorevole all'ammissibilità dei poteri impliciti è stata fatta propria, già prima della sentenza in commento, dalla giurisprudenza del Consi-

glio di Stato nella sentenza n. 5827 del 2005, Sez. VI (4). Nel caso risolto con la pronuncia appena citata, i Giudici di palazzo Spada hanno vagliato la legittimità dell'operato dell'Autorità garante per il gas e l'energia che aveva imposto ai cittadini utenti finali di assicurarsi contro i rischi legati all'uso del gas naturale. Nel riconoscere l'ammissibilità dei poteri amministrativi impliciti, il Consiglio di Stato ha spiegato come il loro esercizio rientri nella generale facoltà dell'Amministrazione di autoprogrammarsi. Il riconoscimento dell'ammissibilità dei poteri amministrativi impliciti della P.A. si inquadra, dunque, nell'interpretazione dell'azione della P.A. come teologicamente orientata al conseguimento dei risultati assegnati dalla legge all'Amministrazione. Un orientamento in linea con quello assunto dalla sentenza n. 5827 del 2005 è stato fatto proprio dai giudici amministrativi di merito. Il Tar Puglia ha, infatti, ammesso i poteri amministrativi impliciti sostenendo la loro esercitabilità da parte delle Amministrazioni il cui operato deve essere funzionalizzato al raggiungimento degli scopi istituzionali (sentenza n. 1806 del 2009 già citata).

Tanto chiarito in merito all'ammissibilità dei poteri amministrativi impliciti, bisogna affrontare la diversa questione dell'ammissibilità degli atti amministrativi impliciti. Tale questione si pone su un piano diverso che non riguarda la compatibilità della figura con il principio di legalità, ma involge la questione se l'atto amministrativo implicito rientri tra le possibili forme di estrinsecazione degli atti della P.A. In senso affermativo circa l'ammissibilità degli atti amministrativi impliciti si sono espressi i giudici di palazzo Spada sin dal 1923. Nella sentenza 24.05 del 1923 la V Sez. del Consiglio di Stato ha ammesso la possibilità per la P.A. di esprimere la sua volontà attraverso atti amministrativi impliciti o sottintesi argomentando tale possibilità in base al generale principio di libertà delle forme degli atti amministrativi. A conferma della non necessaria estrinsecazione della volontà della P.A. in un atto amministrativo formale può essere richiamata la nota sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale (5). Con la pronuncia appena citata e con la successiva n. 191 del 2006 (6), il Giudice delle Leggi, nel vagliare la legittimità degli artt. 33 e 34 del d.lgs 80/1998, ha affermato che l'esercizio del potere della P.A. può avvenire mediante l'emanazione di provvedimenti formali ovvero attraverso "comportamenti amministrativi" che, sebbene non destinati a sfociare nell'adozione di un provvedimento formale, sono legati a doppio filo con l'esercizio del potere della P.A. Dai "comportamenti amministrativi" la Corte distingue i "meri comportamenti" della P.A. che, non rappresentando un'estrinsecazione del potere dell'Amministrazione, radicano la giurisdizione

(4) Consiglio di Stato, sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827, in *Foro amm. CDS* 2005, 10, 3022.

(5) Corte costituzionale, 6 luglio 2004 n. 204 in *Foro amm. CDS* 2004, 1895, 2475 (nota di: SATTA; GALLO; SICLARI)

(6) Corte costituzionale, 11 maggio 2006, n. 191 in *Giur. it.* 2006, 8-9, 1729.

del G.O. Ai fini della presente trattazione rileva l'assunto sostenuto dal Giudice delle Leggi della possibilità per l'Amministrazione di esercitare potere di cui è titolare anche in modo tacito o mediante comportamenti.

L'ammissibilità degli atti amministrativi impliciti è stata altresì posta in discussione in relazione alla loro compatibilità con i principi del giusto procedimento positivizzati nella legge 241 del 1990. In particolare, le norme con le quali è sembrato essere incompatibile la figura dell'atto amministrativo implicito sono quelle contenute agli articoli. 3, 2, 21 *septies* e 10 *bis* della L. 241/1990. Con riguardo all'art. 3 della legge sul procedimento amministrativo è stato sostenuto dai fautori della tesi dell'inammissibilità degli atti amministrativi impliciti che tali atti sarebbero privi di motivazione. È stato ribattuto dai sostenitori della tesi dell'ammissibilità degli atti amministrativi impliciti che la motivazione dell'atto sottinteso è ricavabile dall'atto presupposto cui l'atto implicito è collegato da logica consequenzialità. I detrattori dell'ammissibilità degli atti amministrativi impliciti hanno, inoltre, sostenuto l'incompatibilità di tali atti con il dettato dell'art. 2 della Legge 241/1990 che prescrive che il procedimento si concluda con un provvedimento espresso. Sul punto è stato obiettato che l'atto implicito si sostanzia una manifestazione di volontà espressa sebbene in forma indiretta, tacita ovvero orale. È stato, poi, argomentato che, in base alla disposizione dell'art. 21 *septies*, l'atto amministrativo implicito dovrebbe essere considerato nullo per difetto di volontà e forma. Anche tale argomento è stato criticato. È stato, infatti, rilevato che l'atto amministrativo implicito è un atto fornito di un contenuto volitivo ricavabile dall'atto presupposto. Solo quando la legge prescriva un forma *ad substantiam* potrà concludersi per la nullità strutturale dell'atto implicito. I fautori della tesi dell'inammissibilità degli atti amministrativi impliciti hanno infine argomentato la loro dubbia conformità all'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di cui all'art. 10 *bis* della legge 241 del 1990. I sostenitori della tesi dell'ammissibilità degli atti amministrativi impliciti hanno fugato il paventato dubbio sostenendo un'interpretazione funzionale dell'art. 10 *bis* che consente di escludere la rilevanza invalidante dei vizi di forma e procedura ogniqualvolta si dimostri che il contenuto dispositivo dell'atto amministrativo implicito non avrebbe potuto essere diverso da quello di fatto adottato.

Fornita risposta affermativa al quesito dell'ammissibilità dei poteri amministrativi impliciti e degli atti amministrativi impliciti, è possibile indagare la questione delle condizioni di legittimità degli uni e degli altri. Quanto ai poteri amministrativi impliciti la giurisprudenza ha isolato due condizioni affinché il potere implicito possa essere legittimamente esercitato. Il primo requisito è l'individuazione nella legge dello scopo-fine che la P.A. deve perseguire ed alla cui realizzazione deve essere funzionalizzato l'esercizio del potere implicito. Il secondo requisito, in compensazione delle minori garanzie che il privato vanta di fronte all'esercizio di un potere implicito rispetto a

quelle di cui gode nel caso di esercizio di poteri tipici, è rappresentato dal rafforzamento delle garanzie procedimentali e partecipative riconosciute agli interessati ed ai controinteressati rispetto all'esercizio del potere. Diverse le condizioni di legittimità degli atti amministrativi impliciti. Le condizioni affinché un atto amministrativo implicito possa essere considerato legittimo sono le seguenti: il collegamento di logica consequenzialità implicazione con l'atto presupposto, inequivocabilità della manifestazione indiretta della volontà della P.A., la mancata previsione legislativa di una forma *ad substantiam* per l'atto implicito, l'atto amministrativo implicito deve essere rientrante della sfera di competenza dell'organo che ha emendato il provvedimento presupposto.

Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 2 maggio 2012, n. 2521 - Pres. Giuseppe Severini, Est. Vincenzo Lopilato - Autorità per l'energia elettrica ed il gas (Avv. Stato) c. Toscana Energia S.p.A. (avv.ti Giuseppe Caia e Mario Sanino), più altri.

(Omissis)

FATTO e DIRITTO

1.– Con gli atti di appello, indicati in epigrafe, sono state impugnate quattro sentenze del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sezione terza, con le quali sono stati decisi ricorsi aventi ad oggetto talune deliberazioni dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (d'ora in avanti Autorità) relative alle modalità di determinazione delle tariffe nel settore della distribuzione del gas naturale.

2.– Con sentenza 11 ottobre 2010, n. 6912 sono stati accolti in parte tre ricorsi proposti da: Aspem s.p.a., Aemme Linea distribuzione s.r.l., Dgn, Distribuzione gas naturale s.r.l., Prealpi gas s.r.l. Con sentenza 11 ottobre 2010, n. 6914 è stato accolto in parte il ricorso proposto da Gas plus reti s.r.l.

Con sentenza 11 ottobre 2010, n. 6915 sono stati accolti in parte tre ricorsi proposti da: Assogas – Associazione nazionale industriali privati gas e servizi collaterali, Erogasmet s.p.a., Italcogim reti s.p.a., Condotte Nord s.p.a.

Con sentenza 11 ottobre 2010, n. 6916 è stato accolto il ricorso proposto da Toscana Energia s.p.a.

Gli atti impugnati più rilevanti sono riportati nella parte che precede l'analisi delle singole censure (punto 6.3.)

3.– Le sentenze sopra indicate sono state impuginate – con quattro separati atti di appello recanti, rispettivamente, i numeri 469, 472, 468, 467 – dall'Autorità per i motivi che verranno indicati nel prosieguo.

3.1.– Assogas – Associazione nazionale industriali privati gas e servizi collaterali, Erogasmet s.p.a., Italcogim reti s.p.a., Condotte Nord s.p.a. hanno proposto appello avverso la sentenza n. 6915 del 2010.

3.2.– Gas plus reti s.r.l. ha proposto appello avverso la sentenza n. 6914 del 2010.

4.– I sei atti di appello, sopra indicati, attesa la connessione oggettiva e soggettiva, possono essere riuniti per essere decisi con un'unica sentenza.

5.– In via preliminare, deve rilevarsi che, con atto del 15 febbraio 2012, Toscana Energia s.p.a. ha rinunciato al ricorso di primo grado e agli effetti della sentenza n. 6916 del 2010,

con la conseguenza che la stessa deve essere annullata senza rinvio.

La decisione in esame ha, pertanto, ad oggetto i rimanenti cinque appelli introdotti con i ricorsi dell'Autorità, recanti numeri 469, 472 e 468 del 2011, e delle società private, recanti numeri 426 e 468 del 2011.

6.– In via preliminare è necessario indicare: i) i principi generali applicabili ai servizi pubblici di rete; ii) il quadro normativo di riferimento nel settore della distribuzione del gas naturale; iii) le deliberazioni, rilevanti in tale settore, adottate dall'Autorità; vi) gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa, con riferimento alle modalità del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti.

6.1– I settori dei servizi pubblici di rete, nell'ambito dei quali, come si dirà oltre, si inserisce il servizio di distribuzione del gas naturale, sono oggetto, su impulso del diritto europeo, di ampie misure di liberalizzazione. Lo Stato interviene nel settore introducendo norme volte ad eliminare i possibili ostacoli all'ingresso nel mercato di nuovi operatori economici mediante, tra l'altro, l'eliminazione di diritti speciali ed esclusivi alle imprese pubbliche, la semplificazione procedimentale nonché la segmentazione del mercato.

In attesa del completamento di tali processi, è necessario, però, che lo Stato intervenga anche allo scopo di prevedere misure di regolazione – diverse da quelle sopra indicate – finalizzate ad assicurare che il sistema sia idoneo a tutelare i consumatori e a garantire la stessa efficienza delle prestazioni. In questa prospettiva si giustificano, anche nell'ottica europea, l'imposizione di obblighi di servizio in capo alle imprese, pubbliche o private, che possono avere diversa natura ma che hanno l'obiettivo di evitare che la mancanza del necessario pluralismo di operatori rischi di risolversi in un fallimento del mercato a danno dei consumatori.

In tale contesto, assumono un ruolo fondamentale le Autorità amministrative di regolazione alle quali la legge attribuisce non solo compiti di attuazione delle misure di liberalizzazione ma anche funzioni di regolazione del comportamento degli operatori economici allo scopo di limitare la loro libertà d'impresa nella determinazione, tra l'altro, del contenuto dei contratti stipulati. Tali interventi non devono, però, risolversi in misure eccessivamente rigide e complesse né in misure che impediscono agli operatori stessi di perseguire gli scopi economici che connotano la loro attività.

Negli ambiti caratterizzati da particolare tecnicismo, quale è quello del gas naturale, le leggi di settore attribuiscono alle Autorità, per assicurare il perseguimento degli obiettivi sopra indicati, non solo poteri amministrativi individuali ma anche poteri regolamentari. Come è noto, il principio di legalità impone non solo la indicazione dello scopo che l'autorità amministrativa deve perseguire ma anche la predeterminazione, in funzione di garanzia, del contenuto e delle condizioni dell'esercizio dell'attività. Nel caso degli atti regolamentari la legge, però, normalmente non indica nei dettagli il loro contenuto. La parziale deroga al principio di legalità sostanziale si giustifica in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema. Una predeterminazione legislativa rigida sarebbe di ostacolo al perseguimento di tali scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, dei poteri impliciti. La dequotazione del principio di legalità sostanziale – giustificata, come detto, dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori – impone, inoltre, il rafforzamento del principio di legalità procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari (Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2006, n. 7972).

6.2.– Questi principi sono stati attuati nel settore del gas naturale mediante l'adozione della legge 14 novembre 1995, n. 481 (*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*) e, soprattutto, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 (*Attuazione della direttiva 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della L. 17 maggio 1999, n. 144*).

L'art. 1 del d.lgs. n. 164 del 2000 – la cui rubrica reca «*Liberalizzazione del mercato interno del gas naturale*» – ha previsto che, «*nei limiti delle disposizioni del presente decreto, le attività di importazione, esportazione, trasporto e dispacciamento, distribuzione e vendita di gas naturale, in qualunque sua forma e comunque utilizzato, sono libere*».

In questa sede viene in rilievo la disciplina della distribuzione del gas naturale che è definita dal citato decreto «*trasporto di gas naturale attraverso reti di gasdotti locali per la consegna ai clienti*» (art. 2, comma 1, lettera n). L'attività di distribuzione del gas naturale, non destinata direttamente al pubblico ma indirizzata al venditore, è espressamente qualificata quale servizio pubblico (art. 14, primo comma).

L'art. 23 della stessa legge prevede che le tariffe che possono applicare le imprese che operano nel settore della distribuzione del gas vengono definite dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas secondo la disciplina già introdotta dalla legge 14 novembre 1995, n. 481 (*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*). In particolare, tale legge stabilisce, innanzitutto, che per tariffe si intendono «*i prezzi massimi unitari dei servizi al netto delle imposte*» (art. 2, comma 17) e che l'Autorità ha il compito di stabilire, «*in relazione all'andamento del mercato*», la tariffa base, «*i parametri e gli altri elementi di riferimento*» in applicazione del metodo del *price-cap*, «*inteso come limite massimo della variazione di prezzo vincolata per un periodo pluriennale*» (art. 2, commi 12, lettera e, e 18, della legge n. 481 del 1995). Nel complesso è necessario dare vita ad «*sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti*» (art. 1, comma 1, della predetta legge).

Dalla lettura combinata del complesso delle disposizioni sopra indicate si desume che le finalità normative del sistema di determinazione tariffaria affidato all'Autorità sono quelle di: i) promuovere la tutela degli interessi di utenti e consumatori (art. 1, comma 1, della legge n. 481 del 1995); ii) assicurare «*la qualità, l'efficienza del servizio e l'adeguata diffusione del medesimo sul territorio nazionale*» (art. 2, comma 12, lettera e, della legge n. 481 del 1995); iii) garantire «*una congrua remunerazione del capitale investito*» (art. 23, comma 2, ultimo inciso, della legge n. 164 del 2000) e, in particolare, «*remunerare iniziative volte ad innalzare l'efficienza di utilizzo dell'energia e a promuovere l'uso delle fonti rinnovabili, la qualità, la ricerca e l'innovazione finalizzata al miglioramento del servizio*» (art. 23, comma 4, della legge da ultimo citata).

Da quanto esposto risulta, dunque, che il legislatore ha dato attuazione ai principi generali prima esposti prevedendo, con norme imperative, misure che, anche attraverso l'intervento delle Autorità di regolazione, impongono obblighi di comportamento alle imprese che operano nel settore della distribuzione del gas nella definizione delle tariffe. Tali misure, come detto, si giustificano proprio in quanto il mercato rilevante non è completamente liberalizzato. È necessario, dunque, che lo Stato intervenga per assicurare la tutela dei consumatori e l'efficienza delle prestazioni.

6.3.– L'Autorità, a sua volta, ha dato attuazione a tali principi e norme mediante l'adozione di atti regolamentari volti a definire, in relazione a periodi temporali predefiniti, le modalità di regolazione tariffaria.

La regola generale seguita, pur nella diversità dei criteri, è stata quella di imporre un vincolo

sui ricavi di distribuzione (VRD), che definisce i costi massimi riconosciuti con riferimento alla gestione, agli ammortamenti e ai costi di capitale relativi all'attività di distribuzione, per la totalità dei clienti allacciati alla rete distributiva.

Il primo periodo di regolazione – dal 1° gennaio 2001 al 30 settembre 2004 – è stato disciplinato dalla deliberazione n. 237 del 2000. La modalità di definizione del vincolo dei ricavi, sia per la parte relativa al costo del capitale investito sia per la parte relativa ai costi di gestione, è avvenuta mediante l'applicazione del metodo parametrico. Secondo questo metodo il vincolo sui ricavi è pari alla somma delle componenti rappresentative dei costi riconosciuti di gestione (CGD) e di capitale (CCD). L'art. 4 della predetta delibera stabiliva, con formule matematiche, tecniche automatiche di definizione di tali costi. Questo metodo, non riconoscendo alle imprese i costi che fossero superiori a quelli risultanti dagli standards predefiniti, impediva alle imprese stesse di definire il costo del capitale investito sulla base dei dati concreti ancorati all'effettivo andamento dell'attività imprenditoriale. La predetta deliberazione ha anche introdotto il concetto di ambito tariffario costituito dall'insieme delle località servite attraverso più impianti di distribuzione.

Con la deliberazione n. 87 del 2003 l'Autorità – al fine di dare esecuzione a talune decisioni del Consiglio di Stato e del Tribunale amministrativo della Lombardia che avevano rilevato le esposte criticità del metodo parametrico – ha introdotto, quale alternativa, il metodo del costo storico rivalutato. Quest'ultimo si fonda su un regime individuale e non presuntivo che consente alle imprese di determinare, qualora dispongano di regolare documentazione contabile, il capitale investito tenendo conto dei costi effettivamente e concretamente sostenuti secondo calcoli definiti nel dettaglio dalla predetta deliberazione.

Il secondo periodo di regolazione – dal 1° ottobre 2004 al 30 settembre 2008 – è stato disciplinato dalla deliberazione 29 settembre 2004, n. 170 che ha lasciato invariato il sistema di calcolo alternativo sopra descritto.

Il terzo periodo di regolazione comprende gli anni 2009-2012 ed è disciplinato dalla deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas n. 159 del 2008, «Testo unico della regolazione della qualità e delle tariffe dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2009-2012 (TUDG): approvazione della Parte II “Regolazione tariffaria dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2009-2012 (RTDG). Disposizioni transitorie per l'anno 2009». Tale delibera, oggetto di impugnazione nel giudizio di primo grado, è stata poi modificata e integrata, per quanto interessa in questa sede, dalle deliberazioni: n. 197 del 2008 (su cui si veda anche punto 6.3.); numeri 22, 164, 197 e 206 (su cui si veda anche punto 6.3.) del 2009.

Con tale deliberazione è stato generalizzato il metodo del costo storico escludendosi la possibilità di utilizzare in alternativa il metodo parametrico. La ragione principale di questo nuovo sistema – che contempla anche altre innovazioni, alcune delle quali verranno esaminate nel prosieguo – è stata quella di eliminare un meccanismo ibrido che, consentendo agli operatori del settore, la scelta tra due diverse modalità di definizione delle tariffe introduceva nel sistema elementi di complessità. La maggiore certezza derivante dal nuovo sistema in ordine alle modalità di definizione dei costi e più in generale di determinazione delle tariffe consente, inoltre, di semplificare le procedure ed eliminare possibili ostacoli all'ingresso nel mercato della vendita. L'esistenza, infatti, di un sistema unitario e improntato il più possibile a criteri non complessi di calcolo dei costi rappresenta un fattore di incentivo per gli operatori ad entrare nel mercato con consequenziale beneficio anche per i clienti finali.

Il sistema tariffario per il terzo periodo prevede, inoltre, la determinazione di una tariffa obbligatoria, applicata ai clienti finali, ed una tariffa di riferimento che definisce il ricavo am-

messo per ciascuna impresa distributrice a copertura del costo riconosciuto.

Con riguardo alla delibera n. 159 del 2008 l'Autorità ha anche emanato la Relazione di analisi della regolazione (d'ora in avanti Relazione AIR).

L'Autorità ha, inoltre, adottato delibere di attuazione, anch'esse oggetto di impugnazione, delle riportate prescrizioni. In particolare: con le deliberazioni n. 79 e n. 197 del 2009 sono state approvate le tariffe dei servizi di distribuzione e misura del gas per l'anno 2009; con deliberazione n. 206 del 2009 sono state aggiornate le tariffe per l'anno 2010.

6.4.– Gli atti dell'Autorità, sin qui riportati, sono normalmente espressione di valutazioni tecniche e conseguentemente suscettibili di sindacato giurisdizionale, in applicazione di criteri intrinseci al settore che viene in rilievo, esclusivamente nel caso in cui l'Autorità abbia effettuato scelte che si pongono in contrasto con quello che può essere definito principio di ragionevolezza tecnica. Non è sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile. Non è consentito, infatti, al giudice amministrativo – in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri – sostituire proprie valutazioni a quelle effettuate dall'Autorità. In definitiva, è, pertanto, necessario che le parti interessate deducano l'esistenza di specifiche figure sintomatiche dell'eccesso di potere mediante le quali dimostrare che la determinazione assunta dall'Autorità si pone in contrasto con il suddetto principio di ragionevolezza tecnica.

7.– Chiarito ciò, si possono esaminare dapprima i motivi posti a base degli atti di appello dell'Autorità e poi quelli contenuti negli atti di appello delle società private.

Si seguirà il seguente ordine di esposizione: a) contenuto dell'atto impugnato; b) indicazione dei motivi di impugnazione nel giudizio di primo grado e motivazione della sentenza del Tar; c) motivi di appello; d) esame dei motivi.

8.– La prima questione posta dall'Autorità appellante, con i tre ricorsi numeri 469, 472 e 468 del 2011, attiene all'applicazione di una maggiorazione nel caso di determinazione d'ufficio della tariffa.

8.1.– La delibera n. 159 del 2008 prevede, all'art. 7.5., che l'Autorità procede alla determinazione d'ufficio della tariffa di riferimento, nel caso in cui: a) non venga presentata la richiesta; b) non sia stato sottoscritto il modulo di richiesta da parte del legale rappresentante; c) non sia stata trasmessa la dichiarazione di cui al precedente comma 7.3, lettera a) (e cioè «una dichiarazione di veridicità dei dati trasmessi e di corrispondenza con i valori, desumibili dalla documentazione contabile dell'impresa, tenuta ai sensi di legge, sottoscritta dal legale rappresentante»); d) non siano forniti, in tutto o in parte, i dati necessari per la determinazione delle componenti tariffarie a copertura dei costi di capitale centralizzato; e) non siano stati forniti, in tutto o in parte, i dati necessari per la determinazione delle componenti a copertura dei costi di capitale di località.

L'art. 7.6. stabilisce che nei casi sopra indicati si procede alla determinazione d'ufficio della tariffa di riferimento, *«limitatamente alle componenti per le quali non si dispone della documentazione completa, sulla base del valore della quota parte del vincolo calcolato per l'anno termico 2007-2008 a copertura dei costi di capitale, corretto per le variazioni relative all'anno 2007, al netto dei costi di capitale relativi ai cespiti centralizzati ed effettuando una decurtazione a forfait del 10% sul risultato così ottenuto con efficacia fino all'esercizio in cui saranno resi disponibili i dati relativi ai costi sostenuti per lo svolgimento del servizio»*.

8.2.– Il primo giudice, con le medesime argomentazioni nelle tre sentenze rese sui predetti ricorsi, accogliendo le censure prospettate dalle società ricorrenti, ha ritenuto che *«la circostanza dell'omessa trasmissione dei dati necessari per la determinazione del valore del capitale investito da parte delle imprese distributrici, non può intaccare in alcun modo l'obbligo dell'Auto-*

rità di pervenire comunque ad un valore di tariffa aderente alla realtà economica del contesto operativo in cui l'impresa inadempiente svolge la propria attività, attivando tutti i poteri istruttori di cui essa dispone». Si è conseguentemente affermato che la previsione regolamentare «si atteggia a sanzione surrettizia volta a colpire il comportamento inadempiente della ricorrente, senza che la sua comminazione sia assistita dalle apposite garanzie procedurali (...) e senza, peraltro, alcuna considerazione circa la imputabilità del comportamento sanzionato».

8.3.– Secondo l'appellante la sentenza è errata in quanto la previsione della decurtazione del 10% sarebbe finalizzata ad evitare «*comportamenti distorti*». È necessario evitare, si afferma, che «*la determinazione d'ufficio, effettuata sulla base del valore ottenuto applicando il metodo parametrico in vigore nel secondo periodo regolatorio e concepita come un rimedio eccezionale ad un inadempimento di parte, da eccezione si tramuti in regola*». Si aggiunge che la decurtazione del 10% intende evitare che «*per le imprese sia economicamente più conveniente rimanere inerti o formulare una proposta incompleta, così da beneficiare della tariffa d'ufficio determinata in base al metodo parametrico non più in vigore, piuttosto che presentare una richiesta di tariffa di riferimento alla luce del nuovo quadro regolatorio e dunque dei costi effettivi sostenuti*». Infine, si deduce che la decurtazione, contrariamente a quanto affermato dal Tar, non avrebbe carattere sanzionatorio ma sarebbe «*espressione del potere tariffario*».

8.4.– Il motivo è fondato.

La ragione principale che ha giustificato la revisione, per il terzo periodo regolatorio, delle modalità di determinazione tariffaria è, come già rilevato, rappresentata dalla necessità di prevedere un sistema unitario idoneo a superare le incertezze applicative del precedente periodo determinate dal riconoscimento della facoltà di scelta del metodo rimessa alla stessa impresa. Inoltre, si è voluto, proprio per venire incontro a talune criticità prospettate dagli stessi operatori, che il sistema unico del costo storico rivalutato si fondasse su criteri di definizione delle tariffe concreti ed aderenti alle specifiche realtà aziendali.

In questo contesto risulta conforme al principio di ragionevolezza tecnica avere previsto che nei casi in cui non sia possibile, per la mancanza di documentazione completa, determinare la tariffa con il metodo individuale si debba procedere d'ufficio al calcolo dei costi sostenuti dalle imprese applicando ad essi una decurtazione forfettaria del 10%. La previsione di tale modalità di determinazione della tariffa è quella di differenziare, in modo rilevante, i due metodi in esame ed evitare che si possa, sia pure indirettamente, consentire alle imprese, come avveniva nel precedente periodo regolatorio, di scegliere se mettere a disposizione la contabilità consentendo l'applicazione del criterio del costo storico rivalutato ovvero tenere un comportamento passivo ed ottenere l'applicazione dei criteri presuntivi.

L'esistenza di un meccanismo, quale quello prefigurato dall'Autorità, consente, pertanto, che rimanga centrale il metodo individuale, con conseguenti vantaggi, come già rilevato, sul piano della semplificazione procedimentale, della tutela della concorrenza e dei benefici per gli stessi consumatori.

Per le ragioni sin qui esposte non si tratta, pertanto, di una sanzione ma di una modalità di determinazione officiosa della tariffa che rinviene la sua giustificazione nell'esigenza di consentire lo stesso funzionamento del nuovo sistema tariffario. Né varrebbe obiettare, come hanno fatto le società appellate, che la prescrizione in esame violerebbe il principio di legalità una volta che si ritiene che, per le ragioni esposte, tale principio trovi una applicazione modulata sulla specificità del potere regolatorio.

È bene aggiungere che se le imprese dovessero subire dei pregiudizi economici in ragione dell'applicazione di tale metodo per comportamenti tenuti da terzi il sistema conosce gli stru-

menti di tutela che possono essere azionati per rimediare all'eventuale danno subito.

9.– La seconda questione posta dall'Autorità, con ricorsi n. 468 e n. 469 del 2011, attiene alla modalità di determinazione d'ufficio della tariffa con riguardo agli ambiti tariffari.

9.1.– Le deliberazioni n. 197 e n. 206 del 2009 prevedono che la tariffa si determina d'ufficio, secondo le modalità sopra indicate, non solo limitatamente alle località per le quali la società di distribuzione non dispone della documentazione completa ma anche per tutte le altre località servite.

9.2.– Il primo giudice ha accolto i motivi di censura rilevando *«il carattere del tutto sproporzionato del dispositivo nella misura un cui consente che, a fronte di un'indagine avente ad oggetto i dati relativi ad alcune soltanto delle località in cui gli operatori esercitano il pubblico servizio di distribuzione del gas naturale, qualora le risposte fornite anche per una sola località non vengano ritenute soddisfacenti, l'AEEG possa approvare in via definitiva la tariffa d'ufficio per tutte le località servite dall' esercente. Per tale via, si arriva ad estendere il meccanismo anche a quelle località per le quali non è stata invece effettuata alcuna verifica e per le quali si adduce, in forza di una presunzione disancorata da parametri concretamente raffrontabili, la sussistenza di errori di rilevazione ed incongruenze»*.

9.3.– Secondo l'appellante la scelta dell'Autorità di prevedere un meccanismo campionario per la determinazione della tariffa d'ufficio è una scelta necessaria *«senza la quale vi sarebbe la paralisi della regolazione tariffaria»*. Si aggiunge che *«in assenza di una proposta tariffaria completa, presentata dall'unico soggetto in grado di procurarsi la molteplicità dei dati contabili relative alle varie località servite, l'Autorità non è in grado di acquisire tali dati, che peraltro vanno moltiplicati per le centinaia di località raggiunte dai vari distributori che possono rilevarsi inadempienti»*.

9.4.– Il motivo non è fondato.

La previsione di procedere alla generalizzata determinazione d'ufficio delle tariffe anche in relazione a località per quali le imprese non hanno posto in essere alcun comportamento contrario alle regole generali di disciplina della loro azione rappresenta una misura regolatoria che contrasta con la stessa scelta di fondo di determinare le tariffe alle luce dei dati concreti forniti dalle imprese stesse. In questo caso, diversamente da quanto esposto in relazione al motivo precedente, si tratta di una modalità di determinazione delle tariffe non supportata da una ragione giustificativa conforme al canone della ragionevolezza tecnica. Infatti, il meccanismo di determinazione officiosa, con applicazione della maggiorazione, rinviene la propria *ratio* giustificativa nel comportamento del singolo operatore. Non è, dunque, possibile, avendo riguardo agli stessi criteri stabiliti dall'Autorità, estendere tale forma di determinazione a fattispecie in relazione alle quali manca lo stesso presupposto generale che giustifica la deroga all'applicazione del metodo generale individuale.

10.– La terza questione posta dall'Autorità appellante, con i ricorsi numeri 468 e 469 del 2011, attiene al previsto meccanismo di gradualità nell'applicazione dei nuovi criteri.

10.1.– L'art. 17.1 della delibera n. 159 del 2008 prevede che qualora a seguito della valutazione del capitale investito netto *«risulti una variazione, positiva o negativa, del valore del medesimo capitale investito netto aggregato a livello nazionale per tutte le imprese distributrici di gas naturale, superiore al 5% del valore riconosciuto alle medesime imprese con riferimento all'anno termico 2007-2008, corretto applicando la variazione relativa del deflatore per gli investimenti fissi lordi e per tenere conto delle variazioni del capitale investito netto intervenute nell'anno 2007, è attivato un meccanismo di gradualità»*. L'art. 17.2. stabilisce le modalità tecniche di correzione del valore del capitale investito netto.

10.2.– Il primo giudice, accogliendo i motivi di ricorso, ha dichiarato illegittima tale deliberazione

nella parte in cui fa riferimento ad una percentuale calcolata sul valore aggregato e non individuale. Tale meccanismo è stato ritenuto irragionevole in quanto *«può verificarsi l'ipotesi che una determinata impresa di distribuzione, pur registrando una sensibile diminuzione del capitale investito (ammettiamo di molto superiore al 5%), qualora la variazione, riferita a livello aggregato nazionale a tutte le società fosse inferiore alla soglia del 5%, non possa giovare del meccanismo in questione (anche se ciò comportasse gravi ripercussioni sull'ammontare dei ricavi attesi)»*.

10.2.– Secondo l'Autorità tale motivazione sarebbe erronea. Per dimostrarlo si riporta testualmente la parte della relazione AIR. Si aggiunge poi che l'Autorità avrebbe accolto le deduzioni delle principali associazioni di categoria volte ad ottenere *«l'introduzione di un meccanismo che recuperi entro il 2012 il mancato ricavo connesso ad un meccanismo di gradualità introdotto per il riconoscimento degli ammortamenti»*, disponendo che *«il minore ammortamento riconosciuto in tariffa si sostanzia in un allungamento della vita utile del cespite ai fini regolatori»*.

10.3.– La censura è inammissibile per genericità.

In via preliminare deve essere esaminato il rilievo dell'Amministrazione, prospettato nella memoria del 9 febbraio 2012, secondo cui non sussisterebbe più l'interesse delle società a far valere la illegittimità della deliberazione in quanto è *«stata registrata a livello nazionale una variazione del capitale investito superiore al 5%»*. La mancata dimostrazione che dall'avvenuta dichiarazione di illegittimità della delibera non deriva neanche un vantaggio, sia pure indiretto, in capo alle società e soprattutto la circostanza che le difese delle società hanno ribadito la permanenza dell'interesse conduce a ritenere non meritevole di condivisione il rilievo dell'Amministrazione. Chiarito ciò, la genericità del motivo è conseguenza del fatto che l'Autorità si è limitata a richiamare il contenuto della relazione AIR la quale, a sua volta, non ha introdotto elementi rilevanti rispetto a quanto già risulta dalla lettura della disposizione regolatoria. Non si comprendono, pertanto, le ragioni per le quali la sentenza impugnata, che indica i motivi dell'accoglimento, sarebbe, sul punto, erronea.

11.– La quarta questione posta dall'Autorità appellante, con i ricorsi numeri 468, 469 e 472 del 2011, attiene al cosiddetto effetto volume.

11.1.– Si impugnano le nuove delibere di determinazione delle tariffe n. 79 e n. 197 del 2009 nella parte in cui non contemplano più il meccanismo che consente di tenere conto del cosiddetto effetto volume relativamente all'andamento climatico sfavorevole.

11.2.– Il primo giudice, accogliendo sul punto le censure prospettate dalle società, ha ritenuto che *«la delibera n. 170/04 prevedeva un meccanismo di bilanciamento per recuperare negli anni successivi la quota parte dei costi operativi che non erano stati interamente coperti in un determinato anno a causa dell'andamento climatico sfavorevole per le imprese di distribuzione. L'andamento dei ricavi dell'attività di distribuzione aveva come parametro di riferimento il volume di gas distribuito dall'operatore due anni prima: se il volume era uguale, l'ammontare dei ricavi della distribuzione rimaneva in linea (fatte salve le altre variabili applicabili); se il volume era maggiore o inferiore, l'entità dei ricavi variava nella stessa misura»*. La mancata previsione di tale recupero lederebbe il legittimo affidamento delle società in ordine a *«situazioni maturate e concluse nel periodo temporale governato dalla previgente disciplina»*.

11.3.– Secondo l'Autorità appellante il giudice di primo grado sarebbe incorso in un errore. In particolare, si assume che le tariffe si determinano ponendo a base di riferimento i dati contabili dei costi relativi ai due anni precedenti. Ne consegue che *«lo stesso anno assume quindi una duplice rilevanza temporale, in quanto anno per il quale calcolare le tariffe e in quanto anno i cui dati di costo costituiscono la base di calcolo per le tariffe di distribuzione di due anni successivi»*. Nel 2007, utilizzato per calcolare le tariffe del 2009, primo anno del terzo

periodo regolatorio, si è registrato un *«inverno anormalmente caldo, con conseguente riduzione dei volumi di gas distribuiti dalle imprese e dei connessi ricavi»*. Si aggiunge che *«sebbene il 2007 ricada nell'ambito di applicazione della nuova regola tariffaria RTDG le imprese chiedono l'applicazione di un istituto previgente, il c.d. effetto volume, che nella RTDG è stato incorporato nel parametro di rischiosità beta»*. In conclusione, secondo l'Amministrazione, l'*«Autorità non ha affatto cambiato le regole adottate nel precedente periodo regolatorio ma si è limitata ad applicare le nuove regole tariffarie»*.

11.4.– Il motivo è fondato.

L'Autorità, nel dettare le nuove disposizioni regolatorie, non ha tenuto conto dell'effetto volume riferito all'anno 2007 (*recte*: 2008) secondo i precedenti meccanismi in quanto ha determinato le tariffe alla luce del nuovo parametro di rischiosità elaborato dal regolatore.

Nella parte motiva del RTDG si afferma che si intende *«non accogliere le istanze relative ai mancati ricavi del secondo periodo regolatorio, conseguenti all'andamento climatico sfavorevole, in quanto tale rischio è implicitamente intercettato nella valutazione dei parametri di rischiosità che concorrono alla definizione della remunerazione del capitale investito»*.

Nella relazione AIR si afferma che il rischio climatico è stato già *«implicitamente intercettato nella valutazione dei parametri di rischiosità che concorrono alla definizione della remunerazione del capitale investito»*.

Da quanto esposto risulta, pertanto, che l'Autorità ha inteso disciplinare diversamente, in linea con il nuovo meccanismo di determinazione delle tariffe, le modalità di incidenza degli effetti climatici. La decisione di non prendere in considerazione, applicando le regole previgenti, l'andamento climatico sfavorevole è conseguenza, pertanto, della esistenza di una diversa modalità di calcolo dei fattori di rischio che possono incidere sullo svolgimento dell'attività di impresa. Al fine di evitare incertezze in sede di esecuzione della presente decisione è bene chiarire che l'Autorità – in coerenza, del resto, con quanto dalla stessa affermato – dovrà riconoscere alle imprese la remunerazione del capitale alla luce del nuovo criterio in sostituzione del vecchio criterio non più contemplato nelle disposizioni di disciplina del terzo periodo regolatorio.

12.– La quinta questione posta dall'Autorità appellante, con i ricorsi numeri 468, 469 e 472 del 2011, attiene alle modalità di determinazione del tasso di riduzione annuale dei costi unitari.

12.1.– L'art. 41.1 della delibera n. 158 del 2008 prevede che *«nel corso del periodo di regolazione 1° gennaio 2009 – 31 dicembre 2012 l'Autorità aggiorna, entro il 15 dicembre dell'anno precedente a quello di efficacia, le componenti a copertura dei costi operativi, applicando, tra l'altro, «il tasso di riduzione annuale dei costi unitari riconosciuti»*. L'art. 41.2. determina, nel dettaglio, le percentuali del tasso di riduzione parametrato esclusivamente alla luce della classe dimensionale delle imprese distributrici.

12.2.– Il primo giudice ha accolto i motivi di ricorso affermando che *«sia dirimente rilevare il profilo di illogicità consistente nel determinare una percentuale di recupero di produttività costante per l'intera durata del periodo regolatorio, determinando esso un valore numerico progressivo non conciliabile con il fisiologico contrarsi dei livelli di efficienza man mano che il recupero di produttività raggiunge un punto di equilibrio in cui non c'è più spazio per significativi miglioramenti»*.

12.3.– Secondo l'Amministrazione, se è innegabile, come affermato dal primo giudice, che la possibilità di procedere a recuperi di produttività decresce nel tempo, tuttavia *«il carattere decrescente dei recuperi di produttività si registra soltanto se si adotta un approccio di analisi statico, poiché nel tempo, in un'ottica dinamica, subentrano vari fattori, in particolare quelli riconducibili all'evoluzione tecnologica, ma anche quelli connessi alle evoluzioni normative,*

regolamentari, di cambiamento del mercato del lavoro, che fanno sì che anche le imprese sufficientemente efficienti in un determinato periodo possano o debbano procedere all'efficiamento dei propri costi nel periodo successivo».

12.4.– Il motivo non è fondato.

Il sistema del *price cap* costituisce un utile strumento per stimolare il recupero di efficienza degli operatori economici del settore: la riduzione, infatti, dei costi unitari che vengono riconosciuti alle imprese rappresenta per esse uno stimolo ad innescare meccanismi virtuosi di aumento dell'efficienza.

Questo Consiglio di Stato, con sentenza V, 29 maggio 2006, n. 3274, ha già avuto modo di affermare che quello in esame è «*uno strumento essenziale per stimolare il recupero di efficienza, incentivando le imprese ad attivare azioni di riduzione dei costi con obiettivi ed effetti anche superiori al tasso prefissato dall'Autorità, al fine di trattenere i maggiori recuperi di produttività all'interno dell'azienda stessa a titolo di profitto*». Nella stessa sentenza si rileva, però, in linea con quanto ritenuto dal primo giudice e con orientamento che la Sezione condivide, che «*costituisce fatto notorio la circostanza che i risparmi derivanti dal miglioramento di efficienza vanno diminuendo con gli anni fino addirittura ad esaurirsi*», con la conseguenza che il recupero di produttività deve essere decrescente.

Nella fattispecie in esame non risulta che l'Autorità abbia svolto una istruttoria volta ad accertare quale sia il corretto livello di progressiva diminuzione della produttività in relazione ai decrescenti margini di recupero di efficienza. In questo caso il difetto di istruttoria rappresenta, alla luce di quanto affermato, un indice sintomatico della violazione del principio di ragionevolezza tecnica della scelta effettuata.

Né ad una conclusione diversa si può pervenire prendendo in esame, come sostenuto nell'atto di appello, fattori riconducibili all'evoluzione tecnologica o ai cambiamenti del sistema normativo e del mercato del lavoro. Si tratta, infatti, di fattori che, se pure sono in grado di consentire un miglioramento del recupero di efficienza, hanno una valenza ipotetica che in quanto tale da sola non è sufficiente a giustificare, sul piano della razionalità tecnica, la previsione di una riduzione costante dei costi.

13.– La prima questione posta dalle Società appellanti, con i ricorsi numeri 302 e 426 del 2011, riguarda le modalità di determinazione dei costi dei cespiti acquisiti nell'ambito di processi di aggregazione societaria.

13.1.– L'art. 13 RTDG – la cui rubrica reca «*disposizione per casi particolari di indisponibilità delle informazioni per la ricostruzione dei dati storici stratificati*» – prevede, al comma, 2, nel testo modificato dalla delibera n. 29 del 2009, che il costo storico «*per cespiti in esercizio al 31 dicembre 2006, acquisiti fino al 31 dicembre 2003 in occasione di processi di aggregazione societaria, quali acquisizioni di rami d'impresa, fusioni o incorporazioni*» qualora non siano disponibili le informazioni per ricostruire i dati storici stratificati di cui al già citato comma 12.1 «*è pari al costo originario di prima iscrizione desumibile dalle fonti contabili obbligatorie dell'impresa distributrice che ha acquisito il ramo o che risulta dalla fusione o dall'incorporazione*», opportunamente corretto secondo le disposizioni contenute nei successivi commi da 2 a 6.

Il comma 1-ter della stessa disposizione regolatoria stabilisce che il costo storico, per cespiti in esercizio al 31 dicembre 2006, conferiti al momento della costituzione di aziende speciali e di società per azioni, qualora non siano disponibili le informazioni per ricostruire i dati storici stratificati come riportati nelle fonti contabili giuridiche dei soggetti che precedentemente gestivano il servizio, «*è pari al costo originario di prima iscrizione desumibile dalle fonti contabili obbligatorie dell'impresa distributrice che risulta dal medesimo atto di costituzione*».

13.2.– Le società ricorrenti in primo grado, con argomentazioni analoghe, hanno sostenuto che sia discriminatorio, con violazione delle regole della concorrenza, consentire soltanto ad alcune imprese di utilizzare i valori di perizia dei cespiti per la costruzione del costo storico rivalutato. Né sarebbe ragionevole avere previsto lo sbarramento temporale al 2003 in quanto a quella data il metodo del costo storico rivalutato era soltanto facoltativo permanendo la possibilità per l'impresa di ricorrere anche al metodo parametrico. La delibera di modifica del 2009 avrebbe accentuato la valenza discriminatoria della previsione riconoscendo la possibilità di ricorrere a questo metodo, senza alcun limite temporale, alle aziende speciali e alle società derivanti da trasformazioni di aziende speciali.

In particolare, Assogas ha poi censurato l'asserita indeterminatezza e arbitrarietà dei criteri introdotti dall'art. 13 della RTDG.

13.3.– Il primo giudice ha rigettato, con entrambe le sentenze, le censure prospettate dalle società ricorrenti.

In primo luogo, si sottolinea che anche il valore dei cespiti acquisiti nell'ambito di processi di aggregazione societaria avvenuti fino al 2003 è determinato in base ai dati storici stratificati come risultanti dalle fonti contabili obbligatorie dei soggetti che precedentemente gestivano il servizio di distribuzione. Soltanto in via sussidiaria, laddove non siano disponibili le informazioni necessarie a determinare il costo storico rivalutato il valore dei cespiti è quello risultante dalle perizie giurate.

Inoltre, la previsione regolatoria, si sottolinea, sarebbe ragionevole in quanto soltanto con la pubblicazione della deliberazione n. 87/03, che ha introdotto l'applicazione del criterio del costo storico rivalutato, può presumersi che fosse a tutti nota l'esigenza di disporre di dati storici.

Con riguardo poi al motivo prospettato nel ricorso n. 426 del 2011 lo stesso è stato dichiarato inammissibile *«non avendo le ricorrenti esemplificato concretamente i termini di manifesta illogicità dei criteri introdotti; parimenti, può dirsi con riguardo alla doglianza secondo cui l'algoritmo per il calcolo sarebbe illogico»*.

13.4.– Le appellanti hanno censurato, con gli atti sopra indicati, le sentenze del Tribunale amministrativo ribadendo sostanzialmente le argomentazioni contenute nei ricorsi introduttivi del giudizio di primo grado.

Nell'atto di appello n. 426 si aggiunge che qualora non si ritenga di accogliere il motivo prospettato dovrebbe essere dichiarata illegittima la previsione regolamentare nella parte in cui concede soltanto ad alcuni operatori il diritto di potere optare per un sistema più favorevole di determinazione dei costi. Nello stesso atto si contesta la sentenza nella parte in cui sono stati dichiarati inammissibili i motivi proposti volti a dimostrare che gli algoritmi utilizzati per il calcolo delle tariffe sarebbero irragionevoli, atteso che la concretezza delle doglianze sarebbe dimostrata dalla perizia depositata.

Infine, le parti chiedono che venga ordinato all'Autorità di fornire i dati dai quali risultino gli operatori che hanno concretamente usufruito del meccanismo in esame.

Le parti ribadiscono la loro richiesta istruttoria volta ad ottenere i dati in possesso dell'Autorità relativi agli operatori che hanno usufruito del meccanismo di cui all'art. 13.

13.5.– I motivi di appello non sono fondati.

In via preliminare, è bene chiarire che, secondo quanto risulta dalle stesse delibere dell'Autorità, per processo di aggregazione societaria si intende l'acquisizione di rami di impresa da parte di altra impresa distributrice, la fusione di due o più imprese distributrici o l'incorporazione di un'impresa distributrice da parte di altra impresa distributrice.

Chiarito ciò, deve rilevarsi che il sistema di calcolo delle tariffe, prima dell'adozione della

deliberazione n. 87 del 2003, si fondava, come già sottolineato, sul solo meccanismo parametrico. Soltanto a seguito di tale deliberazione è stato introdotto, quale modalità alternativa, il sistema di determinazione individuale basato sui costi storici.

La ragione che giustifica la possibilità esclusivamente per le aggregazioni societarie avvenute anteriormente al 2003 di potere ricorrere, in assenza dei dati contabili, ad un sistema che di fatto si fonda sul valore industriale risultante da perizie è rappresentata, pertanto, dal fatto che prima del 2003 le imprese che avevano dato luogo a tali aggregazioni non potevano sapere che poi i dati contabili stratificati avrebbero dovuto essere posti a base della nuova determinazione delle tariffe. Ne consegue, come si afferma condivisibilmente, nella relazione AIR, che *«in occasione delle aggregazioni societarie successive alla pubblicazione della deliberazione n. 87/03 le parti ben avrebbero potuto concordare il trasferimento delle fonti contabili necessarie per una puntuale ricostruzione del valore degli asset a costi storici rivalutati, in coerenza con le disposizioni della medesima deliberazione n. 87 del 2003»*. La diversità di trattamento, lamentata dalle società appellanti, è, pertanto, giustificata dalla differente situazione in cui si trovano le imprese nella fase di passaggio dal vecchio sistema, basato sul solo metodo parametrico, al nuovo sistema, basato sui due metodi posti in una posizione di libera alternatività. Né vale obiettare che la previsione di tale facoltà di scelta impediva all'operatore economico di potere programmare la propria azione considerando quale unica possibilità di calcolo il ricorso al metodo del costo storico rivalutato. Sul punto è sufficiente rilevare che, una volta introdotta la possibilità di una duplice determinazione del capitale da remunerare, risponde ad un criterio di efficienza economica che ispira normalmente l'attività imprenditoriale quello di adoperarsi per avere la disponibilità dei dati storici. Ciò al fine poi di decidere quale fosse il meccanismo che, in concreto, si potesse risolvere in un maggiore vantaggio per l'impresa stessa. In definitiva, risulta non irragionevole la scelta dell'Autorità di ancorare ad un dato temporale che sancisce il passaggio da un sistema ad un altro la possibilità di valutare in maniera diversa i costi per i cespiti acquisiti in occasione di processi di aggregazione societaria.

Si tenga conto, inoltre, che, come correttamente indicato dal primo giudice, la modalità in esame di determinazione della tariffa in caso di aggregazioni societarie ha una valenza suppletiva operante soltanto nel caso in cui le imprese non dispongano degli elementi contabili in grado di consentire un calcolo secondo il metodo "ordinario".

Per quanto attiene, poi, alla censura con la quale si lamenta il riconoscimento in capo soltanto ad alcune imprese della facoltà del calcolo in esame è sufficiente rilevare come, una volta dimostrata la ragionevolezza della scelta tecnica, non assume valenza discriminatoria la previsione che consente esclusivamente agli operatori economici che hanno posto in essere le aggregazioni societarie nel periodo temporale considerato di effettuare il calcolo della tariffa secondo le modalità indicate.

Allo stesso modo provata la non illegittimità della previsione regolamentare nella parte in cui non include anche le società appellanti nel proprio campo di applicazione ne consegue che le stesse, anche a volere prescindere dalla natura generica delle censure rilevate dal primo giudice, non hanno interesse a contestare le modalità di calcolo concreto delle tariffe previste dalla disposizione regolatoria in esame.

Per quanto attiene, infine, alla richiesta istruttoria la stessa, a prescindere dalla sua rilevanza ai fini della decisione dell'appello, ha ad oggetto dati che sono stati successivamente consegnati alle ricorrenti dalla stessa Autorità.

14.– La seconda questione, posta soltanto con l'atto di appello n. 426 del 2011, attiene alle modalità di determinazione del valore iniziale delle immobilizzazioni centralizzate.

14.1.– L'art. 8 del RTDG, inserito nel capo relativo alla «*determinazione del valore iniziale delle immobilizzazioni centralizzate*», prevede, con riferimento agli «*immobili e fabbricati non industriali*», che: «*ai fini della fissazione dei livelli iniziali del capitale investito centralizzato per il terzo periodo di regolazione il valore delle immobilizzazioni nette relativo a immobili e fabbricati non industriali dell'impresa distributrice c esistenti al 31 dicembre 2006, è determinato secondo la seguente formula (...)*».

Il successivo art. 9, relativo ad «*altre immobilizzazioni materiali e immobilizzazioni immateriali*», prevede che «*ai fini della fissazione dei livelli iniziali del capitale investito centralizzato per il terzo periodo di regolazione, il valore netto relativo alle altre immobilizzazioni materiali e immobilizzazioni immateriali, dell'impresa distributrice c esistenti al 31 dicembre 2006, è determinato secondo la seguente formula (...)*».

14.2.– L'appellante riporta, in primo luogo, le seguenti censure prospettate in primo grado, rilevando come le stesse non hanno inteso censurare tout court né la metodologia prescelta dall'Autorità né tanto meno il valore preso a riferimento quale importo fisso da riconoscere ai distributori, ponendo invece l'attenzione sull'illegittimità della delibera nella parte in cui non considera che i valori riconosciuti a copertura di detti costi, ove riferiti a quelle aziende che, collocandosi in una classe dimensionale medio-piccola, beneficiano in misura ridotta del c.d. effetto scala, sono del tutto insufficienti a coprire i costi realmente sostenuti dalle stesse per fornire il servizio di distribuzione. Si sottolinea che il riconoscere in modo fisso la copertura di costi che per loro natura sono soggetti a economie di scala, rappresenta un indebito vantaggio per gli operatori di grandi dimensioni.

Per evitare tale effetto discriminatorio l'unica possibilità sarebbe quella di fare sì che le imprese di piccole e medie dimensioni (come definite nella tabella 4 dell'RTDG) abbiano una remunerazione superiore a quella delle imprese di grandi dimensioni.

14.3.– Il Tar ha rigettato i motivi di appello mettendo in rilievo come «*i costi di cui agli artt. 8 e 9 non sono costi operativi, ovvero di erogazione del servizio di distribuzione, ma sono costi di investimento che a differenza dei primi non sono soggetti ad un percorso di efficientamento e quindi sono sottratti dall'ambito di applicazione dell'X-factor*». Si è, pertanto, concluso rilevando che «*non è affatto arbitrario assumere per i costi di capitale valori forfettari efficienti (individuati, nella specie, nei costi medi di settore)*».

14.4.– La società appellante ha riproposto sostanzialmente i motivi prospettati nel ricorso di primo grado, sottolineando come il criterio adottato non sarebbe idoneo ad assicurare la corretta remunerazione dei beni e delle attività investite per le imprese di medie e piccole dimensioni.

14.5.– I motivi di appello non sono fondati.

Nella Relazione AIR viene indicato il percorso motivazionale che ha condotto all'adozione della misura regolatoria in esame.

Il capitale investito delle imprese distributrici è stato distinto in due categorie: capitale investito centralizzato e capitale investito di località.

Sono considerati immobilizzazioni di località relative al servizio di distribuzione i cespiti appartenenti, tra l'altro, alle seguenti tipologie: terreni sui quali insistono; fabbricati industriali; impianti principali e secondari, ecc..

Sono considerate immobilizzazioni centralizzate tutte le seguenti tipologie: immobili e fabbricati non industriali; altre immobilizzazioni materiali e immobilizzazioni immateriali, quali ad esempio sistemi di telegestione e telecontrollo, attrezzature, automezzi, sistemi informatici, mobili e arredi, licenze software.

Nel nostro caso vengono in rilievo queste categorie di immobilizzazioni.

In relazione ad esse, l'Autorità, si legge sempre nella Relazione, ha ritenuto, all'esito di una ampia consultazione con le imprese del settore e la valutazione anche di altri possibili metodi, *«preferibile uniformare i criteri per la valutazione dei costi unitari di capitale da riconoscere alle imprese e ha disposto l'adozione del costo medio di bilancio anche per la valutazione di immobili e fabbricati non industriali»*. Si aggiunge, ed è questo il dato che rileva in questa sede, che *«i valori di riferimento per l'anno 2006 sono stati determinati sulla base di un'analisi puntuale dei dati relativi a un campione di 82 imprese distributrici. Tale campione rappresenta circa il 27% delle imprese distributrici, a cui corrisponde un grado di copertura, in termini di punti di riconsegna serviti, pari a circa l'87%»*.

Alla luce di quanto esposto risulta che l'Autorità, stabilendo il valore "medio" degli immobili in esame, ha preso in esame nell'indagine anche le imprese di piccola e media dimensione. Non vengo in rilievo in questa sede, come riconosciuto dalla stessa appellante, il metodo prescelto, la scelta tecnica effettuata fondata su costi standard medi non risulta contraria al principio della ragionevolezza tecnica.

15.– La terza questione, posta soltanto con l'atto di appello n. 426 del 2011, attiene alle modalità di determinazione concreta delle tariffe per l'anno 2009.

15.1.– L'art. 6 del RTDG prevede quanto segue.

«Ai fini della determinazione delle tariffe di riferimento per l'anno 2009, i valori delle voci di costo sono: a) determinati sulla base dei dati riscontrati al 31 dicembre 2006; b) aggiornati per tenere conto dei nuovi investimenti effettuati nell'anno 2007; c) aggiornati per tenere conto dei contributi pubblici (...); d) aggiornati per tenere conto dei recuperi di produttività; e) aggiornati per tenere conto delle variazioni delle variabili di scala intervenute tra il 31 dicembre 2006 e il 31 dicembre 2008 (...); f) aggiornati per tenere conto delle variazioni del tasso d'inflazione e del deflatore degli investimenti fissi lordi relative al periodo 31 dicembre 2006 - 31 dicembre 2008, valutate sulla base dei più recenti dati disponibili».

15.2.– Le società hanno ritenuto l'illegittimità della disciplina di cui all'art. 6 il quale, nel recare i criteri per procedere alla determinazione delle tariffe di riferimento per l'anno 2009, non espliciterebbe le formule e gli algoritmi matematici in applicazione dei quali l'Autorità procederà alla definizione delle voci di costo. La mera elencazione dei criteri, si afferma, sarebbe del tutto inutile mentre la disciplina dettata dall'art. 6 sarebbe incompleta nella misura in cui, in violazione di quanto prescritto dall'art. 1, comma 1, della l. 14 novembre 1985, n. 481, non consente agli esercenti il servizio di distribuzione di elaborare, in modo autonomo e diretto, la propria proposta tariffaria. Tale censura, peraltro, non avrebbe perso di significato nemmeno in seguito alla determinazione delle tariffe di riferimento approvate con la delibera n. 197 del 2009 in quanto, ad oggi, l'Autorità non ha ancora ufficialmente reso pubbliche le formule e gli algoritmi utilizzati per procedere al calcolo delle tariffe. Tali deficienze impediscono agli operatori del settore, sempre secondo l'appellante, di potere programmare la propria attività.

15.3.– Il primo giudice ha ritenuto la censura inammissibile *«per sopravvenuta carenza di interesse, poiché nell'ambito della relazione AIR sono state rese note le formule di determinazione e aggiornamento delle tariffe (v. par. 21.45-21.61 e 28)»*.

15.4.– Con l'appello vengono riproposti gli stessi motivi dichiarati inammissibili dal primo giudice. Secondo l'appellante, ed è questo l'aspetto che rileva in questa, non si è potuto procedere alla determinazione concreta delle tariffe neanche applicando i criteri contenuti nella relazione AIR in quanto gli stessi sarebbero divergenti rispetto a quelli indicati dall'Autorità nelle delibere tariffarie.

15.5.– Il motivo di appello è inammissibile.

Come correttamente messo in rilievo nella sentenza impugnata l'Autorità ha indicato, nella relazione AIR, le ragioni che hanno condotto alle modalità di determinazione delle tariffe per l'anno di riferimento. L'eventuale contestazione di tali ragioni deve, pertanto, essere fatta valere mediante puntuale indicazione delle ragioni della non correttezza di quanto risulta dalla predetta relazione.

16.– Con la quarta questione posta, con atto di appello n. 426 del 2011, è stato impugnato il capo II della sentenza n. 6915 del 2010 nella parte in cui non sono state accolte le censure formulate avverso l'art. 15 della RTDG.

Il motivo di appello è stata oggetto di espressa rinuncia con memoria del 22 settembre 2011 a seguito della pubblicazione da parte del primo giudice dell'ordinanza collegiale n. 1112 del 2011 di correzione di errore materiale di un aspetto che aveva costituito oggetto, per fini cautelativi, anche del presente motivo di appello.

17.– La quinta questione, posta con il ricorso n. 302 del 2011, attiene alle modalità di determinazione dei costi e in particolare dei costi di esercizio.

17.1.– La disciplina generale è contenuta negli articoli 10, 12 e 13 di cui non si riporta, per brevità, il contenuto.

17.2.– La società ha impugnato, nel giudizio di primo grado, tali statuizioni ritenendo la loro illegittimità nella parte in cui taluni costi sostenuti per la realizzazione degli impianti (come gli allacciamenti) non sarebbero iscritti a libro cespiti ma quali costi dell'esercizio. Specularmente i contributi percepiti per i medesimi allacciamenti sarebbero stati contabilizzati come ricavi del medesimo esercizio. Si assume che il principio di ragionevolezza imporrebbe che i costi sostenuti dall'esercente e relativi contributi da lui percepiti vengano valorizzati in termini omogenei: e quindi, o si considerano, ai fini della determinazione del capitale investito, anche i costi sostenuti e rappresentati nel conto economico (anziché registrati nel libro cespiti); ovvero non resta che computare i contributi entro e non oltre la capienza dei costi capitalizzati.

17.3.– Il primo giudice ha rigettato il motivo di ricorso premettendo che, secondo le determinazioni dell'Autorità, possono concorrere alla determinazione del capitale investito solo i costi capitalizzati e non quelli in "conto esercizio". A questa stregua, «non pare affatto irragionevole ma del tutto conseguente che i contributi siano conteggiati, in ogni caso, ai fini della loro detrazione». Si rileva, inoltre, come, «non si comprende perché la società ricorrente ritenga (invero senza adeguata esemplificazione delle ragioni giuridiche a sostegno) che occorra computare i contributi entro e non oltre la "capienza" dei costi contabilizzati».

17.4.– La società ha impugnato tale sentenza ribadendo le argomentazioni prospettate nel giudizio di primo grado.

17.5.– Il motivo non è fondato.

La scelta dell'Autorità di non trattare in maniera omogenea, in alcuni casi, i contributi e l'attività cui gli stessi si indirizzano non risulta, considerata la diversità degli ambiti e dei criteri valutativi, contraria al principio di ragionevolezza tecnica. Il trattamento giuridico del contributo come ricavo dell'impresa non implica necessariamente che il referente oggettivo del contributo debba essere considerato costo di esercizio. L'eventuale sindacato su una tale determinazione, in mancanza ancora una volta di elementi dotati di un livello maggiore di concretezza da parte dell'appellante, si risolverebbe in una non consentita invadenza di sfere di competenza dell'Autorità.

18.– L'ultima questione, posta con il ricorso n. 302 del 2011, riguarda l'applicazione del criterio di gradualità anche agli ammortamenti.

18.1.– L'art. 17 del RTDG, il cui contenuto è stato già riportato, disciplina tale meccanismo. La delibera n. 79 del 2009, oggetto di impugnazione, nel determinare la tariffa obbligatoria

applicando il meccanismo di gradualità di cui all'articolo 17 della RTDG ai costi di capitale, ha espressamente incluso «gli ammortamenti».

18.2.– Tale statuizione è stata ritenuta illegittima in quanto l'estensione del meccanismo di gradualità alla quota tariffaria destinata a coprire i costi aziendali rappresentati dagli ammortamenti, sarebbe contraria ai principi di legge che sanciscono la necessità che il sistema tariffario garantisca gli equilibri economici e finanziari dei soggetti esercenti il servizio.

In particolare, si assume che non è possibile applicare un medesimo meccanismo di gradualità al parametro rappresentato dalla remunerazione dei capitali investiti ed a quello della valorizzazione degli ammortamenti.

18.3.– Il primo giudice ha ritenuto non fondato il motivo di ricorso. Si è affermato, infatti, che, con la delibera n. 197 del 2009, è stato disposto, venendo incontro alle richieste avanzate dagli operatori del settore, un allungamento della vita utile del cespite ai fini regolatori. Ne consegue, si sottolinea, che *«l'impresa è in grado di ammortizzare l'intero valore del bene, senza perdere nulla nel valore del capitale, risultando scongiurato qualunque pregiudizio economico»*.

18.4.– Con l'atto di appello si riprendono i motivi indicati nel ricorso di primo grado.

18.5.– La censura è infondata.

La delibera n. 79 del 2009 ha determinato la tariffa obbligatoria *«applicando il meccanismo di gradualità ai costi di capitale, inclusi gli ammortamenti»*.

L'Autorità ha inteso, pertanto, applicare tale meccanismo, nel passaggio dal vecchio al nuovo sistema, rispondente alla *ratio* già illustrata, anche agli ammortamenti. L'inclusione nella valutazione dei costi di capitale anche degli ammortamenti non risulta contraria al principio della ragionevolezza tecnica e soprattutto non impedisce di per sé *«una congrua remunerazione del capitale investito»*. Né l'appellante ha indicato specifici motivi volti a dimostrare come, in concreto, la previsione impugnata si risolve in una violazione delle regole che presiedono alle modalità di determinazione delle tariffe.

Si tenga conto, inoltre, che le associazioni di categoria hanno chiesto l'introduzione di *«un meccanismo che recuperi entro il 2012 il mancato ricavo connesso al meccanismo di gradualità introdotto per il riconoscimento degli ammortamenti»*.

La delibera n. 197 del 2009 ha accolto parzialmente la richiesta prescrivendo che *«il minor ammortamento riconosciuto in tariffa si sostanzia in un allungamento della vita utile ai fini regolatori»*.

19.– Per tutte le ragioni sin qui esposte sono accolti, in parte, gli appelli proposti dall'Autorità mentre sono rigettati gli appelli proposti dalle società indicate in epigrafe.

10.– La natura della controversia giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, riuniti i giudizi:

a) preso atto della rinuncia al ricorso di primo grado e agli effetti della sentenza 11 ottobre 2010, n. 6916 del Tribunale amministrativo regionale della Lombardia, la annulla senza rinvio;

b) accoglie, nei limiti indicati nella motivazione, gli appelli, indicati in epigrafe, proposti dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas;

c) rigetta l'appello, indicato in epigrafe, proposto da Assogas – Associazione nazionale industriali privati gas e servizi collaterali, Erogasmet s.p.a., Italcogim reti s.p.a., Condotte Nord s.p.a.;

d) rigetta all'appello, indicato in epigrafe, proposto da Gas plus reti s.r.l.

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2012.