

Investimenti nel servizio di distribuzione del gas e prerogative regolatorie di ARERA alla luce degli orientamenti recenti del giudice amministrativo^(*)

Con le sentenze nn. 1228, 1229, 1230 e 1231 del 23 maggio 2023 il T.a.r. Lombardia - Milano, Giudice amministrativo competente funzionalmente sui provvedimenti dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA) ha segnato un momento molto importante nella riaffermazione della natura e dei poteri delle Autorità indipendenti, ritenendo legittime le deliberazioni nn. 525 e 528/2022/R/gas di ARERA che avevano disapplicato una legge nazionale (e in particolare l'art. 114 *ter* D.L. 34 del 19 maggio 2020 che aveva aggiunto un comma, il 4 *bis*, all'art. 23 del D.lgs. 164/2000).

Il T.a.r. ribadisce con forza, e senza nemmeno il ricorso al rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TUE (peraltro facoltativo per il Giudice di prima istanza), innanzitutto l'indipendenza delle Autorità nazionali di regolamentazione, un'indipendenza che viene affermata a livello europeo in modo più chiaro e più pieno di quanto facciano la nostra Costituzione e le nostre leggi nazionali. E nella lente dell'indipendenza si ingrandiscono e si riaffermano le prerogative dell'Autorità nazionale di regolamentazione, chiaramente espresse dalle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE, che sottolineano il valore della cooperazione tra Organi dello Stato, tutti protesi verso quello che è il cd. "effetto utile" dell'azione amministrativa, come bene supremo da tutelare, al di là di ogni steccato.

Tali pronunce hanno, peraltro, avuto successivamente anche una conferma da parte dello stesso legislatore, che è "ritornato sui suoi passi", cosa che ha confermato ulteriormente la bontà dell'azione dell'ANR e quell'anelito verso l'effetto utile, in quanto con decreto legge n. 69 del 13 giugno 2023, all'art. 22, comma 1, è stata prima proposta l'abrogazione del comma 4 *bis* (1) (ovvero quello introdotto proprio dall'art. 114 *ter* del D.L. 34 del 19 maggio 2020) e poi è stato reintrodotta, ma in modo assolutamente diverso nel contenuto in sede di conversione con la L. 10 agosto 2023 n. 103.

Intervento di Paolo del Vecchio

Avvocato dello Stato

Direttore della Direzione legale di Arera

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La cd. "tassa sul tubo" (art. 6 l.r. 2/2002) - 3. La questione del 2023 - 4. Articolo 114 ter D.L. 34/2020 conv. in L. 77/2020 e sent. 2924/22 del Consiglio di Stato - 5. La disapplicazione dell'art. 114 ter D.L. 34/2020 con le delibere nn. 525/2022/R/gas e 528/2022/R/gas. Il contenzioso e le varie censure - 6. La difesa dell'Autorità. In particolare sulla "riserva di amministrazione" - 7. I tre tipi di "indipendenza" delle

(1) Anche sulla scorta di un caso: EU Pilot in Commission, 2022/10193/ENER.

(*) Intervento nell'ambito della seconda giornata di studi organizzata dall'Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa in collaborazione con l'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA) dal titolo "Il ruolo di ARERA al tempo della crisi energetica" presso la Sala di Pompeo del Consiglio di Stato il 6 novembre 2023.

ANR - 8. Le sentenze del Tar Lombardia del 23 maggio 2023 nn. 1228, 1229, 1230 e 1231 - 9. Conclusioni.

1. Premessa.

Innanzitutto rivolgo un sentito ringraziamento al Presidente Maruotti ed all'Ufficio Studi presieduto dal Presidente Carmine Volpe e coordinato dal Presidente Nicola Durante e dal Consigliere Vincenzo Neri per l'organizzazione in Consiglio di Stato di questa seconda giornata dedicata all'energia (la prima, ricordo, si tenne a maggio 2022 sotto la presidenza del compianto Franco Frattini).

È un momento di particolare importanza per l'energia ed è sempre più necessario mettere a confronto le realtà tecniche con quelle giuridiche, in quanto mai come in questi ultimi anni risultano essere assolutamente connesse. Due mondi che si parlano sempre di più. E in questo confronto assume un ruolo fondamentale il giudice amministrativo, proprio perché complementare rispetto all'attività dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (di seguito anche solo ARERA).

Spesso tale complementarietà è stata messa in discussione, in particolare da chi, partendo dalla discussione sulla natura delle Autorità indipendenti, è arrivato persino a sostenere la natura giurisdizionale delle Autorità (si pensi alla questione di legittimità costituzionale rimessa alla Corte dall'Autorità garante per la concorrenza e il mercato - di seguito anche solo AGCM - conclusasi poi con la sent. 13/2019).

Un tema, quello della natura delle *Authorities*, molto arato in dottrina e che ho potuto verificare, molto più modestamente, sul campo, avendo avuto la *chance* di guidare prima il servizio giuridico dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) e ora quello dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA), in due momenti storici particolarmente densi e delicati per entrambe le Autorità.

Il primo, quello delle comunicazioni, nel periodo delle famose questioni della "tariffazione a 28 giorni", della questione Mediaset - Vivendi, del cd. *beauty contest*, del nuovo regolamento sul diritto d'autore; il secondo, quello dell'energia, in anni "difficili" caratterizzati dall'aumento dei costi delle materie prime, dalle guerre che influenzano le importazioni e dal passaggio dal mercato dell'energia tutelato a quello libero.

Ebbene in entrambe le esperienze vissute, ho notato che il ruolo del Giudice amministrativo si è sempre rivelato di estrema importanza, proprio per il supporto che riesce a garantire sia all'attività di regolazione che a quella di *enforcement* dell'Autorità. Ricordo in particolare quanto sia stato importante il ruolo del Tar del Lazio nel contenzioso sulla tariffazione a 28 giorni. Una complementarietà con l'attività dell'Autorità fatta di conferme, riforme o anche correzioni dei provvedimenti adottati, in quel temperamento di interessi assolutamente indispensabile per coniugare interesse pubblico e mercato.

D'altronde la nascita delle Autorità (l'erompere per usare la notissima espressione di Predieri) segnò il passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore, uno Stato quest'ultimo che assegnava alle Autorità amministrative indipendenti un ruolo strategico.

Dopo di me ci saranno interventi che tratteranno proprio della delicata funzione di regolazione. ARERA si divide tra la funzione di regolazione e quella di *enforcement*. In particolare quest'ultima si sta implementando negli ultimi tempi e ne abbiamo avuto esempi concreti proprio di recente, in occasione della valutazione delle clausole inserite dagli operatori nei contratti a seguito del D.L. cd. "aiuti bis" oppure nelle tante pieghe del passaggio dal mercato tutelato al mercato libero.

Il tema di cui vi parlerò è (e non poteva non essere) un tema a metà tra diritto e regolazione perché è un tema che ha visto l'Autorità "sotto i riflettori" per una attività né consueta né frequente, e cioè quella consistente nella disapplicazione di una legge nazionale da parte di un'Autorità indipendente.

2. La cd. "tassa sul tubo" (art. 6 L.r. 2/2002).

Per trovare un "precedente" nell'esperienza di ARERA siamo dovuti risalire al 2002, cioè alla famosa cd. "tassa sul tubo", una tassa introdotta dall'art. 6 della L.r. n. 2 del 2002 della Regione siciliana, anche se in quel caso si trattava di una questione completamente diversa, perché era un tributo introdotto per alimentare un fondo che doveva prevenire eventuali impatti ambientali provocati dalla costruzione di gasdotti sul territorio siciliano (1). Ed anche in quel caso ci furono una serie di reazioni, poiché in realtà questa cosa comportava poi anche un incremento di costi che andavano chiaramente a incidere sul distributore Snam Rete Gas prima e sull'utenza finale poi.

L'Autorità fece una segnalazione al Parlamento (del. 113/02), una al Governo (del. 96/02) ed una alla Commissione europea (del. 112/02). Ed, infine, procedette alla disapplicazione della citata previsione di legge regionale, con delibera n. 120 del 2002, nella quale si manifestava la contrarietà alla cd. tassa sul tubo, in quanto la stessa si poneva in violazione dell'art. 3, comma 2, direttiva n. 98/30/CE (direttiva che autorizzava gli Stati membri ad imporre ai gestori obblighi di servizio pubblico anche a tutela dell'ambiente purchè fossero "*chiaramente definiti, trasparenti, non discriminatori e verificabili*") e con gli artt. 23, 26 e 28 Trattato CE che vietano "*l'imposizione di dazi doganali e di tasse equivalenti*".

(1) Il tributo aveva "*lo scopo di finanziare investimenti finalizzati a ridurre e prevenire il potenziale danno ambientale derivante dalle condotte installate sul territorio della regione siciliana*", il cui gettito "*è destinato a finanziare iniziative volte alla salvaguardia, alla tutela e al miglioramento della qualità dell'ambiente con particolare riguardo alle aree interessate dalla presenza delle condotte*" (art. 6, comma 1).

Detta delibera fu impugnata dinanzi al Tar Lombardia proprio da Snam, ma il ricorso fu rigettato (con sent. n. 130/03).

Contemporaneamente, però ci fu anche un ricorso della Commissione europea alla Corte di giustizia che accertò l'incompatibilità di quella norma con l'articolo 23 del Trattato di funzionamento dell'Unione europea, motivando sul divieto di introduzione di nuove tasse (2).

3. La questione del 2023.

Il caso venuto in trattazione nel 2023 ha riguardato il servizio di distribuzione gas, attività di servizio pubblico particolarmente importante, che vede interessata una filiera di soggetti che va dai produttori ai distributori, ai venditori, ai clienti finali all'utenza e quindi un percorso particolarmente lungo. Percorso disciplinato dall'articolo 23 del decreto legislativo 164 del 2000.

Tale norma attribuisce ad ARERA la determinazione della tariffa di distribuzione, con la quale si assicura una congrua remunerazione del capitale investito, così come specificatamente espresso dal quarto comma dell'articolo 23 in cui si dice proprio che l'Autorità dispone anche transitoriamente appositi strumenti di perequazione.

La tariffa, nella sostanza, riconosceva i costi di investimento, ma "fino ad un certo punto": questo limite, questo "tetto" poi era modulabile a seconda dei casi, con un riconoscimento più ampio per le aree in corso di metanizzazione, vale a dire quei territori cd. "in avviamento", dove vi era la necessità di remunerare meglio e di più alcuni costi di investimento. In quei casi il comma 4 consentiva tale maggiore riconoscimento.

L'Autorità, sulla scorta di quanto disposto dalla legge, è intervenuta in vari momenti sulla questione, con alcune delibere particolarmente importanti, la 573 del 2013 e soprattutto la 704 del 2016, stabilendo il cd. "tetto" al riconoscimento dei costi, assicurando sempre la "congrua remunerazione del capitale investito" (prevista dal comma 2 dell'art. 23).

In particolare la delibera n. 704 del 2016 "scontentava" Comuni ed imprese di distribuzione della fascia climatica F (Comuni montani del Trentino e comuni interessati ai processi di metanizzazione del Mezzogiorno, quali quelli nelle zone cilentane) ed è stata impugnata innanzi al Tar Lombardia.

Tali Comuni risultavano accomunati dall'esigenza di un maggiore riconoscimento dei costi, senza essere necessariamente soggetti al tetto e miravano ad un riconoscimento integrale degli stessi, prescindendo anche dall'eventuale analisi costi-benefici.

Da ciò, quindi, i ricorsi avverso le citate delibere dinanzi al Tar Lombardia che, con quattro sentenze del 2018 (3), ha respinto i ricorsi, ribadendo la

(2) CGUE, sez. II, sent. 21 giugno 2007, C-173/05.

(3) Sentt. 1200, 1201, 1202 e 1203 del 2018 del T.a.r. Lombardia - Milano.

legittimità delle scelte che erano state fatte dall’Autorità. Dette sentenze sono state poi appellate e il Consiglio di Stato, appunto, ha confermato in tre casi su quattro (4), le decisioni del Tar Lombardia, affermando, quindi, il principio secondo cui non si può avere “una metanizzazione ad ogni costo” e soprattutto che la metanizzazione non può rappresentare l’unico obiettivo, di fronte al quale devono recedere tutti gli altri elementi di temperamento, cioè le valutazioni reali, e in particolare la ponderazione sul riconoscimento dei costi stessi.

Non si può, in altre parole, riconoscere a quei Comuni o imprese di distribuzione quanto speso in modo pieno, senza alcun limite, sol per il fatto che hanno metanizzato aree nuove (le cd. aree in avviamento).

Nelle more di tali giudizi, il cd. “tetto” è stato confermato dall’Autorità con la delibera 570 del 2019 (che ha approvato le tariffe 2020 - 2025), prevedendo, in linea con quello che si faceva precedentemente, l’analisi costi benefici sia nei criteri dei bandi di gara sia per i riconoscimenti successivi, perché questo temperamento doveva avvenire *ex ante* che *ex post* ai fini del riconoscimento effettivo.

4. Articolo 114 ter D.L. 34/2020 conv. in L. 77/2020 e sent. 2924/22 del Consiglio di Stato.

Con il decreto legge n. 34 del 2020, tristemente noto per tanti altri motivi (perché era uno dei decreti legge della pandemia) è stato introdotto, con la tecnica della novella, all’art. 114 *ter*, un nuovo comma, il 4 *bis*, all’art. 23 del D.lgs. 164/2000. Con tale comma il Legislatore ha, di fatto, “sovrascritto” i giudicati delle sentenze del Consiglio di Stato sopra citate, prevedendo per Comuni e imprese di distribuzione di cui alla zona climatica F una sorta di presunzione assoluta di efficienza e convenienza economica di ogni investimento (a prescindere dall’analisi costi - benefici), garantendo loro un integrale riconoscimento.

Come se l’estensione e i potenziamenti di rete degli impianti esistenti nei Comuni in corso di metanizzazione o già metanizzati, si considerassero efficienti e già valutati positivamente da sé ai fini dell’analisi costi e benefici (rendendo superflua quest’ultima attività). E con una palese invasione di campo sulle attribuzioni dell’Autorità da parte del potere legislativo, attribuzioni che oltre tutto avevano ricevuto un vaglio di legittimità dal doppio grado di giurisdizione del giudice amministrativo.

E ciò prescindendo anche dal fatto che appariva alquanto paradossale che un intervento del genere fosse previsto in una decretazione d’urgenza sulla pandemia, pur non avendo alcun nesso specifico con i temi della salute e della pandemia stessa e che, oltretutto, comportava un aggravio di costi per l’Erario,

(4) Sentt. 778, 779 e 780/2020 del Consiglio di Stato.

in quanto andava a prevedere un riconoscimento integrale di costi di investimento, senza applicazione del “price cap”, in un momento in cui forse vi era un’esigenza di attenzione alla spesa pubblica.

Con una segnalazione, la 406 del 2020 a Parlamento e Governo, ARERA aveva già, nell’immediatezza della novella, denunciato il fatto che venivano soppresse delle prerogative delle Autorità indipendenti. E con la segnalazione 1832 del 2022 anche AGCM ha denunciato i fatti al Parlamento e al Governo per anticoncorrenzialità, ribadendo anche l’impatto negativo sotto il profilo ambientale.

A seguito della novella del 2020 rimaneva pendente l’ultimo giudizio in appello (dei 4 di cui al Tar Lombardia sopra citati avverso la delibera 704 del 2016). Tre sentenze d’appello avevano già confermato le decisioni del Giudice di primo grado, ma tutto ciò avveniva prima del D.L. 34/2020. Nel predisporre la difesa per resistere al quarto appello (proposto dal Comune di Renon) l’Autorità ha formulato una serie di eccezioni ed ha posto alcune questioni: in particolare una questione di legittimità costituzionale e un’altra questione di compatibilità con le direttive europee con contestuale richiesta di rimessione delle questioni all’una o all’altra Corte.

Dinanzi a tali questioni, l’Avvocatura generale dello Stato non ha potuto che rilevare un potenziale conflitto nel caso in cui si fosse verificata una (o entrambe) le rimessioni e quindi, ha dovuto declinare il patrocinio.

L’Autorità, preso atto di ciò, ha affidato la difesa a legali del libero foro, ai sensi di quanto prevede in questi casi l’art. 5 T.U. 1611/33, ribadendo entrambe le suddette questioni. Il Consiglio di Stato, con sentenza 2924 del 2022, ha dichiarato l’improcedibilità dell’appello, sulla scorta dell’intervenuta modifica legislativa, senza entrare nel merito della stessa e senza considerare se quell’intervento legislativo fosse in contrasto con norme costituzionali o europee.

Il Consiglio di Stato, però, ha dato in un passaggio molto interessante il “gancio” per la successiva disapplicazione da parte dell’Autorità, aprendo ad eventuali forme di contestazione del portato normativo da parte di ARERA: *“La novella legislativa in via astratta è applicabile alla controversia dedotta in giudizio. La sua concreta applicazione è comunque soggetta alla valutazione della potestà regolatoria dell’Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente che potrà stabilire le modalità esecutive di quanto previsto e, se del caso, di contestarne il portato giuridico nelle forme previste”*. Quindi, pur partendo dal nuovo dato normativo (senza contestarlo nel merito), il Consiglio di Stato ha posto in primo piano la potestà regolatoria e quindi le prerogative dell’Autorità indipendente sia nella concreta applicazione della norma che nella eventuale contestazione della stessa *“nelle forme previste”*.

5. *La disapplicazione dell'art. 114 ter D.L. 34/2020 con le delibere 525/2022/R/gas e 528/2022/R/gas. Il contenzioso e le varie censure.*

L'Autorità, quindi, ha colto questo passaggio della sentenza. n. 2924/22 per contestare il portato giuridico di quella normativa sopravvenuta, nelle forme della disapplicazione della legge, forte anche del precedente sopra menzionato del 2002.

Tale disapplicazione trovava giustificazione anche nel particolare momento storico, caratterizzato dalla crisi dei prezzi del gas naturale e dal conflitto russo - ucraino, alla luce dei quali l'art. 114 *ter* sembrava ancora più irragionevole: infatti da un lato incentivava la realizzazione di nuove metanizzazioni e sviluppi di rete slegati da ogni valutazione in termini di costi - benefici a fronte di uno scenario internazionale in cui il gas naturale diveniva una risorsa potenzialmente scarsa e dall'altro determinava un incremento tariffario che andava a stressare ulteriormente possibili dinamiche rialziste dei prezzi a svantaggio dei consumatori finali.

Conseguentemente l'Autorità ha espresso il proprio orientamento a disapplicare l'art. 114 *ter*, in quanto con tale norma il Legislatore si era sostituito all'Autorità, comprimendone in modo inedito (e indebito) le prerogative, le quali oltre ad essere previste dallo stesso Legislatore nazionale (dalla L. 481/945 e dallo stesso art. 23 d.lgs. 164/00) trovano il loro fondamento in alcuni principi del diritto dell'Unione europea e in particolare negli articoli 39 e 41 della direttive 2009/73/CE, che, come confermato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, riservano tali competenze all'Autorità di regolamentazione.

La disapplicazione è stata attuata mediante due delibere, la 525/2022 che ha riguardato il cd. tetto agli investimenti ai fini dei riconoscimenti tariffari relativi alle località considerate e la delibera 528/2022 che ha disciplinato i criteri di valutazione dei bandi di gara, subordinando il riconoscimento tariffario degli investimenti agli esiti dell'analisi costi - benefici.

Tali delibere sono state impugnate in otto casi e, anche in tali frangenti, l'Avvocatura ha dovuto declinare il patrocinio di ARERA, in virtù delle questioni sollevate in sede di difesa sempre attinenti alla legittimità costituzionale ed europea. La difesa è stata, pertanto, affidata a vari studi legali di chiara fama.

In particolari i ricorsi avevano quattro punti di caduta:

- a) che non vi sarebbe alcuna antinomia tra l'art. 114 *ter* e la Direttiva 2009/73/CE in quanto la norma italiana sarebbe espressione di un indirizzo politico generale;
- b) che ARERA non avrebbe alcuna "riserva di amministrazione" nel valutare l'efficienza degli investimenti;
- c) dubbi sulla natura *self-executing* della direttiva europea;
- d) un'asserita lesione di un "legittimo affidamento" sorto a seguito della novella del 2020.

6. La difesa dell’Autorità. In particolare sulla “riserva di amministrazione”.

In realtà su tutte le censure sono state svolte adeguate controdeduzioni.

Sulla natura non innovativa dell’intervento legislativo, v’è da dire che l’art. 114 *ter* non solo non ha natura innovativa, ma sovrascrive i precedenti giudicati del Giudice amministrativo e presenta evidenti profili di incostituzionalità, come si diceva sopra, in particolare di contrasto con gli artt. 3, 24, 97, 101, 113 della Costituzione. Una sorta di legge-provvedimento inserita in decreto d’urgenza per materia completamente diversa.

Ma è sulla “riserva di amministrazione” di ARERA che si è “giocata” la partita più importante della difesa. Su tale questione il Consiglio di Stato già nel 2022 si era pronunciato in termini: “*Si premette in linea generale che ARERA esercita in subiecta materia (determinazione delle tariffe) competenze riservate ed esclusive, come pure correttamente messo in evidenza nella sentenza di primo grado. Si veda al riguardo quanto previsto dall’art. 41 della direttiva 2009/73/CE in materia di mercato interno del gas naturale*” (5).

È proprio sulla questione di compatibilità “europea” che si apre il fronte più critico per la novella del 2020, in quanto gli articoli 39 e 41 della direttiva 2009/73/CE affermano l’indipendenza dell’Autorità, ma un’indipendenza addirittura “rafforzata” cioè tesa in alcune particolari materie, a garantire l’imparzialità e la non discriminazione, nell’ambito della regolazione.

L’articolo 39, al paragrafo quattro, prevede che vada garantita “*l’indipendenza dell’autorità di regolamentazione ... affinché essa eserciti i suoi poteri con imparzialità e trasparenza*” e al paragrafo 5) lettera a) che: “*... inoltre gli Stati membri sono tenuti a tutelare l’indipendenza dell’autorità di regolamentazione e di garantire a queste ultime di poter prendere decisioni autonome, in maniera indipendente da qualsiasi organo politico*”.

Tra queste decisioni rientrano anche quelle in materia tariffaria di cui all’art. 41, paragrafo 1, lettera a) della medesima direttiva 2009/73/CE, in base alla quale spetta all’autorità di regolamentazione “*stabilire o approvare, in base a criteri trasparenti, tariffe di trasporto o di distribuzione o le relative metodologie di calcolo*”.

D’altronde la stessa Corte di giustizia (6), in una importantissima decisione del settembre 2021, ha rilevato che “*... l’articolo 37, paragrafo 6, lettere a) e b) della direttiva 2009/73, dal canto loro, conferiscono in particolare all’Autorità nazionale di regolamentazione (ANR) la competenza per fissare o per approvare quantomeno le metodologie utilizzate per calcolare o per stabilire le condizioni di connessione o di accesso alle reti nazionali, comprese le tariffe applicabili, nonché le condizioni della prestazione di servizi di bi-*

(5) Cons. Stato n. 265/2022.

(6) Commissione c/ Germania, C-718/18, sentenza del 2 settembre 2021.

lanciamento. L'espressione "quantomeno", letta alla luce rispettivamente del considerando 36 della direttiva 2009/72 e del considerando 32 della direttiva 2009/73 indica che la determinazione delle metodologie per calcolare o per stabilire le condizioni di connessione e di accesso alle reti nazionali, comprese le tariffe applicabili, rientra nelle competenze riservate direttamente alle ANR da tali direttive".

Sulla questione della natura *self-executing* delle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE non sembrano esservi dubbi. La portata di tale efficacia diretta è tale che neppure gli orientamenti generali di governo possono travalicare tale competenza. Ed anche l'Adunanza Plenaria si è espressa in termini, in quanto *"ritiene che l'obbligo di non applicare la legge anticomunitaria gravi in capo all'apparato amministrativo, anche nei casi in cui il contrasto riguardi una direttiva self-executing. In termini generali, va, anzitutto, osservato che la sussistenza di un dovere di non applicazione da parte della P.A. rappresenta un approdo ormai consolidato nell'ambito della giurisprudenza sia europea sia nazionale"* (7).

La Plenaria, quindi, allarga il campo della disapplicazione non solo alla contrarietà ai regolamenti europei, ma anche alle direttive e il Tar Lombardia ha respinto anche tale censura, ritenendo pacificamente che sia la dir. 2009/72 che la dir. 2009/73 fossero direttamente applicabili.

7. I tre tipi di "indipendenza" delle ANR.

Sempre nella medesima pronuncia, la Corte di Giustizia traccia tre tipi di indipendenza: una prima forma, forse la più importante, di indipendenza è *"l'indipendenza piena rispetto ai soggetti economici e ai soggetti pubblici, siano essi organi amministrativi o organi politici, e in quest'ultimo caso titolari del potere esecutivo o di quello legislativo, è funzionale a garantire che le decisioni prese dalle ANR siano realmente imparziali e non discriminatorie, escludendo la possibilità di un trattamento privilegiato delle imprese e degli interessi economici collegati al governo, alla maggioranza o comunque al potere politico. Inoltre la rigorosa separazione rispetto al potere politico consente alle ANR di inserire la loro azione in una prospettiva a lungo termine che è necessaria per realizzare gli obiettivi delle direttive 2009/72 e 2009/73. Ne consegue che un'interpretazione dell'art. 37, paragrafo 1, lettera a) e paragrafo 6, lettere a) e b) della direttiva 2009/72 nonché dell'art. 41, paragrafo 1, lettera a) e paragrafo 6, lettere a) e b) della direttiva 2009/73, nel senso che un governo nazionale può fissare o approvare le metodologie di calcolo delle tariffe di accesso alla rete e dei servizi di bilanciamento da utilizzare da parte delle ANR, vanificherebbe gli obiettivi perseguiti dalle direttive"* (punti 103-113).

(7) Adunanza Plenaria nn. 17 e 18/2021.

Ed ancora “l’articolo 35 paragrafo 4, lettera a) e paragrafo 5, lettera a) della direttiva 2009/72 nonché l’articolo 39, paragrafo 4, lettera a) della direttiva 2009/73 prevedono che le ANR esercitino la loro competenza in modo indipendente da qualsiasi ente pubblico o da qualsiasi organo politico...” e sull’indipendenza la Corte la definisce uno “*status che garantisce all’organo interessato la possibilità di agire in piena libertà rispetto agli organismi nei confronti dei quali deve essere garantita l’indipendenza di tale organo, al riparo da qualsiasi istruzione e influenza esterna (v. in tal senso, sentenza 11 giugno 2020, Prezident Slovenskej Republiky, C-378/19, EU:C:2020:462, punti 32 e 33)*”.

Ma l’indipendenza non si esplica solo nei rapporti col Legislatore o con l’Esecutivo, ma anche nei rapporti interni ossia tra Autorità indipendenti e in ciò appare esemplificativa la recentissima sentenza del 4 luglio 2023 resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Meta c. Bundeskartellamt*, che in un significativo passaggio ha statuito che “... *gli Stati membri, ivi incluse le loro autorità amministrative, devono rispettarci ed assistersi reciprocamente nell’adempimento dei compiti derivanti dai Trattati... e astenersi da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell’Unione*” (8).

Vi è poi un’altra forma di indipendenza, più risalente ma nel contempo anche una forma estremamente caratterizzante per le ANR, e cioè quella dell’indipendenza dell’ANR dai regolati ben prevista dalla direttiva 2003/55/CE.

8. *Le sentenze del Tar Lombardia del 23 maggio 2023 nn. 1228, 1229, 1230 e 1231.*

Le sentenze del Tar Lombardia del 23 maggio 2023 nn. 1228, 1229, 1230 e 1231 hanno respinto i ricorsi, seguendo le trame del ragionamento della difesa.

In primis quello relativo alla innovatività della legge nel caso di specie: non solo non c’è, ma vi è una chiara ed evidente sovrascrittura dei giudicati intervenuti in precedenza. Sovrascrittura fatta con una vera e propria legge-provvedimento. Con tutti i limiti connessi, anche di dubbia legittimità costituzionale: contrasto con l’art. 3 per quanto riguarda la disparità di trattamento che si creava con gli altri comuni italiani, sottoposti al cd. “tetto”; con l’articolo 77 per quanto riguarda i requisiti del decreto legge, quindi, la necessità e l’urgenza, posto che in questo caso non c’era effettivamente necessità e urgenza; con l’articolo 97 della Costituzione, quindi, per quanto riguarda l’imparzialità e il buon andamento; con i vari articoli che riguardano anche le funzioni giurisdizionali, come gli articoli 101 e 113 e via dicendo.

(8) Sent. 4 luglio 2023, *Meta c. Bundeskartellamt* e, in tal senso, sentenze del 7 novembre 2013, *UPC Nederland*, C-518/11, EU:C:2013:709, punto 59, nonché dell’1 agosto 2022, *Sea Watch*, C-14/21 e C-15/21, EU:C:2022:604, punto 156.

Sul secondo motivo, il Tar ha riconosciuto appieno la cd. “riserva di amministrazione” in capo all’Autorità, sulla falsariga di quanto aveva già fatto il Consiglio di Stato con una sentenza molto interessante, la 265 del 2022 sopra citata prendendo in considerazione proprio la direttiva 2009/73/CE, e in particolare sulla scorta di quanto disposto dagli articoli 39 e 41 che impongono agli Stati membri, e a tutte le articolazioni istituzionali, il divieto di interferire con l’esercizio delle competenze riservate alle autorità nazionali di regolamentazione, tra le quali rientra la fissazione delle tariffe di distribuzione o le relative metodologie di calcolo.

Una competenza con “riserva rafforzata”, come si diceva sopra.

Su tale punto il Tar ha richiamato una giurisprudenza della Corte di Giustizia che da tempi non sospetti ha sempre attribuito all’amministrazione il potere - dovere di disapplicare. Si ricordi, a tale proposito, la giurisprudenza *CIF* (9), secondo cui tutti gli organi dello Stato hanno il dovere di disapplicare all’occorrenza la normativa nazionale che contrasta con i principi unionali. Tale dovere trae origine proprio dal principio di leale cooperazione sancito dall’art. 4, paragrafo 3 TUE. Lo Stato agisce disapplicando (o meglio reagisce) disapplicando, in quanto pone in essere ogni azione idonea a garantire l’effetto utile dei principi e delle norme dell’Unione europea. Pertanto in un caso come quello in esame, nel momento in cui vi è stato un intervento legislativo sopravvenuto, volto ad interferire ed a pregiudicare la regolazione tariffaria riservata dall’ordinamento dell’Unione all’Autorità nazionale di regolazione, quest’ultima ha il potere - dovere di disapplicare la norma e porre quell’intervento legislativo fuori dal sistema.

Pertanto appare particolarmente importante tale passaggio, in quanto rende in modo “plastico” proprio quanto accaduto: l’Autorità di regolazione non è intervenuta esercitando un potere “improprio”, ma è dovuta intervenire proprio perché era stato violato, con l’improprio intervento legislativo, quel clima di leale cooperazione tra gli Organi dello Stato.

Quindi la disapplicazione è stata necessitata da ciò: dal dover garantire nuovamente quell’effetto utile, quel giusto contemperamento di competenze che non poteva portare un altro potere dello Stato ad ingerirsi in una sfera di competenza non propria.

E potrebbe rincararsi la dose, aggiungendo che vieppiù non poteva, anche perché quella competenza riservata all’ANR era stata anche ribadita ed avallata dalle pronunce del Giudice amministrativo, che si era espresso per la legittimità dell’azione dell’ANR.

Allora sovrascrivere quei giudicati ha rappresentato una doppia violazione: quella generale ed “europea” dettata dal dovere di cooperazione di cui

(9) Sentenza CGUE 9 settembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante Concorrenza e Mercato*, C-198/01.

sopra e quella nazionale data dal fatto che sulla materia specifica erano intervenuti i Giudici competenti per giurisdizione.

Ed è proprio qui che probabilmente si radica quella competenza riservata di cui vi parlavo prima, perché la metodologia di calcolo o lo stabilire le condizioni di connessione rappresentano chiaramente competenze riservate soltanto all'Autorità di regolazione.

Questi casi di interferenza del governo o del potere legislativo sull'attività delle Autorità non sono nuovi: basti pensare alla sentenza *GS Media* in materia di comunicazioni (10): anche in quel caso la Corte di giustizia ritenne assolutamente illegittima l'interferenza del governo e del potere legislativo sulle competenze di concessione di licenze audiovisive. Vi era stata, anche in quel caso, una sorta di invasione nella sfera di indipendenza dell'Autorità.

Le quattro pronunce in esame appaiono vieppiù interessanti perché hanno deciso direttamente le questioni, senza rimettere la questione di compatibilità alla Corte di giustizia.

È vero che i Tar hanno, ai sensi dell'art. 267 TUE, solo la facoltà di rimettere, ma dalla motivazione appare una convinzione del Giudice tale da non lasciare spazio a dubbi.

Si è evitata quella sorta di “ineluttabilità del rinvio” che negli ultimi caratterizza molti contenziosi, un rinvio talvolta operato per finalità incomprensibili, posto che spesso una vera questione da portare a Lussemburgo non c'è.

Ora, mentre per i Tar il Trattato parla di facoltà, il tema si pone soprattutto nei casi di Giudice di ultima istanza, come Consiglio di Stato o Corte di Cassazione, per i quali l'art. 267 sopra citato prevede un obbligo di rinvio: ebbene il mio personale auspicio è che si superi quella fase di “giustizia difensiva” e tale obbligo venga per il futuro esercitato, tramite il filtro della motivazione. Mi spiego. Se il Consiglio di Stato (o la Cassazione) analizza e motiva la questione di compatibilità con il diritto europeo e ritiene di non rimetterla alla Corte di Giustizia, non viene meno ai propri doveri e quindi all'obbligo previsto dall'art. 267. Valuta, motiva anche perché non rinvia e giudica. Magari la questione è stata già trattata e vi è giurisprudenza consolidata sul punto (11) ovvero la risposta al quesito non lascia dubbi interpretativi. Quale responsabilità potrebbe mai esservi per un magistrato o un collegio che operi così? Potrebbe mai ipotizzarsi un'azione di responsabilità o una procedura di infrazione in casi del genere? Al più responsabilità vi saranno quando, a fronte di un obbligo, il Consiglio di Stato (o la Cassazione) non offra alcuna motivazione ad un mancato rinvio ovvero non esamini proprio la questione.

Nel contempo si rimodula anche la sfera della situazione giuridica soggettiva del ricorrente, in quanto a quell'obbligo di cui all'art. 267 non neces-

(10) Sent. *GS Media*, 8 settembre 2016, C-160/15.

(11) Sent. *CILFIT*, 6 ottobre 1982, C-283/81.

sariamente deve corrispondere sempre un diritto a vedere la propria questione portata all'attenzione della Corte di Giustizia.

Quindi, nel caso di specie, vi è un motivo in più di apprezzamento per le decisioni del Tar meneghino: la questione tra un potere legislativo intervenuto sulla materia e un'Autorità che ha disapplicato la norma è stata risolta con-vintamente dal Giudice amministrativo nazionale.

Sul terzo motivo, vale a dire i dubbi paventati sulla natura *self executing* della direttiva, il Tar ha aderito alle prospettazioni della difesa di ARERA, stabilendo che, “... *malgrado il carattere generico e non incondizionato di alcune delle previsioni contenute nella direttiva, lo specifico divieto di interferenza nelle competenze riservate all'Autorità, ha chiaramente un carattere specifico e puntuale, che non richiede l'emanazione di alcun atto applicativo, consistendo al contrario in un obbligo di non fare immediatamente produttivo di effetti in favore del soggetto a favore del quale è stato previsto, ossia l'autorità di regolamentazione, espressamente ivi menzionata*”

Una volta assodato che quella direttiva fosse *self-executing*, non c'è dubbio che c'è la potestà di disapplicare da parte dell'apparato amministrativo e anche da parte dell'Autorità indipendente, come confermato anche dalle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. L'obbligo di non applicare la legge anticomunitaria grava in capo all'apparato amministrativo anche nei casi in cui il contrasto riguardi una direttiva *self-executing*, e quindi non solo in caso di un regolamento (si richiama la sentenza *CIF*, v. nota 9).

Vi era poi un'ultima censura che riguardava un'asserita violazione dell'aspettativa maturata dai ricorrenti, a seguito della novella legislativa, sul fatto che per loro vi sarebbe stato un riconoscimento integrale dei costi di investimento e che quindi l'Autorità si sarebbe adeguata.

Ma anche in questo caso il Tar ha reso atto all'Autorità di aver preso sin da subito le distanze dalla novella: “*A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 114 ter che ha modificato il regime previgente, Arera si è prontamente attivata, chiedendone in sostanza l'abrogazione, rendendone edotti gli operatori, ed illustrando le proprie posizioni, non potendo conseguentemente essere ritenuta responsabile di aver ingenerato alcun legittimo affidamento sul riconoscimento tariffario degli investimenti effettuati, come del resto statuito anche nella fattispecie decisa nella sentenza C.S. n. 779/20 cit... In conclusione, oltre a manifestare la sua motivata contrarietà all'art. 114 ter cit. fin dalla sua entrata in vigore, Arera non vi ha dato applicazione, limitandosi, invece, con la deliberazione 435/20 cit., a prefigurare la possibilità di rivedere gli ambiti, al fine di mitigarne e bilanciarne gli effetti, come anche espressamente precisato nel Documento per la consultazione n. 337/22 cit.*”.

9. Conclusioni.

Le sentenze del Giudice amministrativo in esame segnano un momento molto importante nell'affermazione della natura e dei poteri delle Autorità indipendenti, in quanto, partendo dall'intervento legislativo sopravvenuto, il Giudice amministrativo va oltre e riafferma con forza e senza nemmeno il ricorso al rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TUE*, innanzitutto l'indipendenza delle Autorità nazionali di regolamentazione, un'indipendenza che forse viene affermata a livello europeo in modo più forte e più pieno di quanto facciano la nostra Costituzione e le nostre leggi nazionali. E nella lente dell'indipendenza si ingrandiscono e si riaffermano le prerogative dell'Autorità nazionale di regolamentazione, chiaramente espresse dalle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE, che sottolineano il valore della cooperazione tra Organi dello Stato, tutti protesi verso il cd. "effetto utile" dell'azione amministrativa, come bene supremo da tutelare, al di là di ogni steccato.

Tali pronunce hanno, peraltro, avuto successivamente anche una conferma da parte dello stesso legislatore, cosa che conferma ulteriormente la bontà dell'azione dell'ANR e quell'anelito verso l'effetto utile, in quanto con decreto legge n. 69 del 13 giugno 2023, all'art. 22 comma 1, era stata proposta l'abrogazione del comma 4 *bis* (12) (ovvero quello introdotto proprio dall'art. 114 *ter* del D.L. 34 del 19 maggio 2020).

Successivamente, in sede di conversione, con la L. 10 agosto 2023 n. 103 è stato reintrodotta un comma 4 *bis*, ma con una formulazione completamente diversa. Le modificazioni sono state, infatti, sostanziali, in quanto non si parla più di riconoscimento integrale e di considerare gli impianti "*efficienti e già valutati positivamente ai fini dell'analisi costi - benefici per i consumatori*", ma si dice che "*sono valutati, ai fini dell'analisi costi benefici, tenendo conto delle esternalità positive in relazione al contributo degli interventi medesimi al processo di decarbonizzazione nonché all'incremento del grado di efficienza e flessibilità delle reti e degli impianti stessi... a tal fine ARERA, nel determinare le tariffe di cui al presente articolo, tiene conto dei maggiori costi di investimento nei comuni di cui al primo periodo nonché della necessità di remunerare nei comuni medesimi interventi funzionali a garantire l'immissione in rete di gas da fonte rinnovabile*".

(12) Anche sulla scorta di un caso: EU Pilot in Commission, 2022/10193/ENER.

Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sezione Prima, sentenza 23 maggio 2023 n. 1228 - Pres. A. Vinciguerra, Est. M. Gatti - Amalfitana Gas S.r.l. (avv.ti L. Giuri e M. Massimino) c. Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente - Arera, (avv.ti A. F. Canta e B. Nascimbene) (ric. 3517/2022); Sudtirolgas S.p.A (avv.ti L. Giuri e M. Massimino) c. Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente - Arera, (avv.ti A.F. Canta e B. Nascimbene) (ric. 3513/2022).

FATTO

Con i presenti ricorsi le istanti hanno impugnato i provvedimenti con cui Arera ha disapplicato l'art. 114-ter del D.L. 19 maggio 2020 n. 34, dettato in materia di riconoscimento in tariffa degli investimenti effettuati dagli operatori, per realizzare la rete di distribuzione del gas metano nelle località di "nuova metanizzazione". (...)

DIRITTO

(...) Entrambi i giudizi vertono in ordine alla fissazione di un limite, da parte di Arera, al riconoscimento in tariffa degli investimenti effettuati dagli operatori, per realizzare la rete di distribuzione del gas metano nelle località non ancora servite, definite in "avviamento".

(...) L'art. 33 del Testo Unico della regolazione della qualità e delle tariffe dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2020-2025, ha pertanto previsto che "si applica un tetto ai costi riconosciuti a copertura dei costi di capitale nelle località di avviamento", nei termini ivi indicati.

L'art. 114-ter del D.L. 19 maggio 2020 n. 34, convertito con modificazioni, dalla L. 17 luglio 2020, n. 77, ha introdotto il comma 4 bis all'art. 23 del D.Lgs. n. 164/00, prevedendo invece che "[l]e estensioni e i potenziamenti di reti e di impianti esistenti nei comuni già metanizzati e le nuove costruzioni di reti e di impianti di comuni da metanizzare" appartenenti a determinate zone territoriali (territori montani appartenenti alla zona climatica F di cui al dPR n. 412/93; territori oggetto di programmi di metanizzazione del Mezzogiorno), "si considerano efficienti e già valutati positivamente ai fini dell'analisi dei costi e dei benefici per i consumatori", e sono ammessi dall'Autorità a "integrale riconoscimento tariffario".

Secondo quanto evidenziato nella delibera n. 525/22 cit., detta norma "pone in capo all'Autorità l'obbligo di riconoscere un'integrale copertura tariffaria degli investimenti relativi al potenziamento o alla nuova costruzione di reti e impianti in comuni metanizzati o da metanizzare in specifiche località del Paese, introducendo, a tal fine, una presunzione assoluta che sancisce, come se fosse stata positivamente verificata, l'efficienza e la convenienza per i consumatori (in termini di costi-benefici) degli investimenti compiuti nelle predette località, superando la regola generale prevista per gli sviluppi infrastrutturali delle reti di distribuzione del gas naturale, che, invece, richiede lo svolgimento di analisi costi-benefici", e pertanto, "vieta all'Autorità di applicare il c.d. tetto agli investimenti ai fini dei riconoscimenti tariffari relativi alle località interessate".

(...) Secondo quanto indicato nella delibera n. 525/22, cit., "con tale disposizione il legislatore nazionale si è sostituito all'Autorità, sia con riferimento all'attività istruttoria relativa alla valutazione dell'efficienza degli investimenti, sia nella decisione di riconoscere incondizionatamente i relativi costi, con ciò contravvenendo ai limiti negativi che discendono per il legislatore nazionale dagli articoli 39, par. 4, e 41, par. 1, lettera a), della direttiva 2009/73/CE" (nel proseguo "Direttiva"), ritenendo conseguentemente di disapplicare l'articolo 114-ter cit.

(...) I.2.1) In via preliminare, il Collegio dà atto che il presente giudizio non verte sull'astratta possibilità per il legislatore nazionale di incentivare l'estensione della rete di trasporto del

gas in determinati territori, ciò che è ovviamente pacifico, quanto invece, sulle modalità a tal fine concretamente adottate, e pertanto, se le stesse siano o meno conformi alle regole dettate dal diritto comunitario, a tutela della concorrenza, e dell'efficienza del mercato energetico.

(...) In particolare, secondo quanto previsto dall'art. 39 par. 4) della Direttiva, gli Stati membri "garantiscono l'indipendenza dell'autorità di regolamentazione", e provvedono affinché essa sia dotata "dei poteri necessari per assolvere con efficacia e rapidità" i propri compiti (art. 41, par. 4), tra cui rientra quello di "stabilire o approvare, in base a criteri trasparenti, tariffe di trasporto o distribuzione o le relative metodologie di calcolo" (art. 41 par. 1, lett. a).

Secondo la Corte di Giustizia, "la determinazione delle metodologie per calcolare o per stabilire le condizioni di connessione e di accesso alle reti nazionali, comprese le tariffe applicabili, rientra nelle competenze riservate direttamente alle Autorità Nazionali di Regolazione", la cui autonomia deve estendersi, oltretutto nei confronti di qualsiasi organo politico, anche verso il legislatore nazionale (sentenza 2 settembre 2021, C-718/18, punto n. 130).

(...) Come detto, in base a quanto previsto dall'114-ter cit., i costi sostenuti dai gestori per gli interventi di metanizzazione, vengono automaticamente ricompresi nella tariffa, senza che l'Autorità si pronunci al riguardo, come invece richiesto dalla Direttiva 2009/73/CE, ciò che configura un'illegittima imposizione, quantomeno, rispetto alla definizione della relativa metodologia di calcolo, per dover necessariamente tenere conto dei costi storici effettivamente sostenuti.

De iure condendo, l'art. 4 del Disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza, dettato in materia di verifica dell'efficienza degli investimenti nella rete di distribuzione del gas ai fini della copertura tariffaria, prevede peraltro l'abrogazione della norma disapplicata da Arera.

I.2.2) Gli obiettivi di politica sociale ed energetica sottesi all'art. 114 ter cit., avrebbero invece potuto e dovuto essere perseguiti dal legislatore senza incidere direttamente sul regime tariffario, come detto, riservato all'Autorità di Regolazione, ed avvalendosi invece di altri strumenti, quali ad esempio agevolazioni economiche in favore dei gestori che abbiano realizzato le nuove reti, contributi o trattamenti fiscali di vantaggio, ecc.

cialis derogat generali).

(...) II.2) Il motivo va respinto atteso che, come sopra evidenziato, gli artt. 39 e 41 della Direttiva, impongono agli Stati membri, in tutte le loro articolazioni istituzionali, il divieto di interferire con l'esercizio delle competenze riservate alle autorità nazionali di regolamentazione, tra le quali rientra la fissazione delle tariffe di distribuzione, o le relative metodologie di calcolo.

Malgrado il carattere generico e non incondizionato di alcune delle previsioni contenute nella Direttiva, lo specifico divieto di interferenza nelle competenze riservate alle Autorità, ha chiaramente un carattere specifico e puntuale, che non richiede l'emanazione di alcun atto applicativo, consistendo al contrario in un obbligo di non fare, immediatamente produttivo di effetti in favore del soggetto a favore del quale è stato previsto, ossia, "l'autorità di regolamentazione", espressamente ivi menzionata.

(...) IV.2) In via preliminare, occorre dare atto che, come evidenziato nella citata sentenza del Consiglio di Stato n. 779/20, la fissazione da parte di Arera di un "tetto" al riconoscimento in tariffa degli investimenti nelle località di avviamento, ha in passato costituito la regola, (...)

(...) A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 114 ter cit., che ha modificato il regime previgente, Arera si è prontamente attivata, chiedendone in sostanza l'abrogazione, rendendone edotti gli operatori, ed illustrando le proprie posizioni, non potendo conseguentemente essere ritenuta responsabile di aver ingenerato alcun legittimo affidamento sul riconoscimento tariffario degli

investimenti effettuati, come del resto statuito anche nella fattispecie decisa nella sentenza C.S. n. 779/20 cit.

Con Segnalazione n. 406 del 27 ottobre 2020, indirizzata al Parlamento ed al Governo, Arera ha infatti illustrato gli impatti ed i profili di criticità sui principi in materia di regolazione dei servizi di pubblica utilità e sulla regolazione tariffaria apportati dall'art. 114 ter, (...)

(...) In conclusione, oltre a manifestare la sua motivata contrarietà all'art. 114 ter cit. fin dalla sua entrata in vigore, Arera non vi ha dato applicazione, limitandosi invece, con la deliberazione 435/20 cit., a prefigurare la possibilità di rivedere gli ambiti, al fine di mitigarne e bilanciarne gli effetti, come anche espressamente precisato nel Documento per la consultazione n. 337/22 cit., in cui ha tuttavia altresì evidenziato che “una revisione degli ambiti tariffari richiede che siano approfonditi anche ulteriori profili, e che siano temperate anche ulteriori esigenze e interessi pubblici”, (...)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, li respinge entrambi.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2023.

Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sezione Prima, sentenza 23 maggio 2023 n. 1229 - Pres. A. Vinciguerra, Est. M. Gatti - Italgas Reti S.p.A. (avv.ti M. Luciani e N. Bertacchi) c. Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente - Arera (avv.ti G.M. Roberti e M. Serpone); ed altri.

FATTO

Con il presente ricorso, l'istante ha impugnato i provvedimenti con cui Arera ha disapplicato l'art. 114-ter del D.L. 19 maggio 2020 n. 34, dettato in materia di riconoscimento in tariffa degli investimenti effettuati dagli operatori, per realizzare la rete di distribuzione del gas metano nelle località di “nuova metanizzazione”. (...)

DIRITTO

Il presente giudizio verte in ordine alla fissazione di un limite, da parte di Arera, al riconoscimento in tariffa degli investimenti effettuati dagli operatori, per realizzare la rete di distribuzione del gas metano nelle località non ancora servite, definite in “avviamento”.

A partire dall'anno 2017, ciò ha avuto luogo con la finalità di “evitare distorsioni in termini di efficienza nelle decisioni di investimento delle imprese esercenti il servizio di distribuzione, dovute al fatto che i distributori potevano ribaltare i costi dagli stessi sostenuti anche sui clienti finali non appartenenti alle località servite, ma comunque compresi nel macro-ambito tariffario, così diluendone l'impatto, senza curarsi della sostenibilità dell'investimento” (delibera n. 525/2022), ciò che ha ricevuto l'avvallo della giurisprudenza amministrativa, secondo cui, “la metanizzazione non è quindi un obiettivo sempre perseguibile, ma va ricordato ad una valutazione in concreto dei costi da affrontare per ottenerla” (C.S., Sez. VI, nn. 778, 779 e 780 del 2020).

(...) L'art. 114-ter del D.L. 19 maggio 2020 n. 34, convertito con modificazioni, dalla L. 17 luglio 2020, n. 77, ha introdotto il comma 4 bis all'art. 23 del D.Lgs. n. 164/00, prevedendo

invece che “[l]e estensioni e i potenziamenti di reti e di impianti esistenti nei comuni già metanizzati e le nuove costruzioni di reti e di impianti di comuni da metanizzare” appartenenti a determinate zone territoriali (territori montani appartenenti alla zona climatica F di cui al DPR n. 412/93; territori oggetto di programmi di metanizzazione del Mezzogiorno), “si considerano efficienti e già valutati positivamente ai fini dell’analisi dei costi e dei benefici per i consumatori”, e sono ammessi dall’Autorità a “integrale riconoscimento tariffario”.

Secondo quanto evidenziato nella delibera n. 525/22 cit., detta norma “pone in capo all’Autorità l’obbligo di riconoscere un’integrale copertura tariffaria degli investimenti relativi al potenziamento o alla nuova costruzione di reti e impianti in comuni metanizzati o da metanizzare in specifiche località del Paese, introducendo, a tal fine, una presunzione assoluta che sancisce, come se fosse stata positivamente verificata, l’efficienza e la convenienza per i consumatori (in termini di costi-benefici) degli investimenti compiuti nelle predette località, superando la regola generale prevista per gli sviluppi infrastrutturali delle reti di distribuzione del gas naturale, che, invece, richiede lo svolgimento di analisi costi-benefici”, e pertanto, “vieta all’Autorità di applicare il c.d. tetto agli investimenti ai fini dei riconoscimenti tariffari relativi alle località interessate”.

Arera ha tuttavia ritenuto di non poter applicare tale norma, in quanto contrastante con il diritto comunitario, ciò che, in sostanza, costituisce il *thema decidendum* dei presenti giudizi. Secondo quanto indicato nella delibera n. 525/22, cit., “con tale disposizione il legislatore nazionale si è sostituito all’Autorità, sia con riferimento all’attività istruttoria relativa alla valutazione dell’efficienza degli investimenti, sia nella decisione di riconoscere incondizionatamente i relativi costi, con ciò contravvenendo ai limiti negativi che discendono per il legislatore nazionale dagli articoli 39, par. 4, e 41, par. 1, lettera a), della direttiva 2009/73/CE” ritenendo conseguentemente di disapplicare l’articolo 114-ter cit.

(...) I.2.1) In via preliminare, il Collegio dà atto che il presente giudizio non verte sull’astratta possibilità per il legislatore nazionale di incentivare l’estensione della rete di trasporto del gas in determinati territori, ciò che è ovviamente pacifico, quanto invece, sulle modalità a tal fine concretamente adottate, e pertanto, se le stesse siano o meno conformi alle regole dettate dal diritto comunitario, a tutela della concorrenza, e dell’efficienza del mercato energetico.

Quest’ultimo, è infatti regolato da un sistema dualistico, che vede concorrere gli interventi del potere esecutivo e legislativo, a cui è riservata la definizione dei criteri generali e le funzioni che più direttamente si ricollegano a decisioni di politica energetica, e l’Autorità, che sulla loro base, definisce la regolamentazione di dettaglio.

(...) In particolare, secondo quanto previsto dall’art. 39 par. 4) della Direttiva, gli Stati membri “garantiscono l’indipendenza dell’autorità di regolamentazione”, e provvedono affinché essa sia dotata “dei poteri necessari per assolvere con efficacia e rapidità” i propri compiti (art. 41, par. 4), tra cui rientra quello di “stabilire o approvare, in base a criteri trasparenti, tariffe di trasporto o distribuzione o le relative metodologie di calcolo” (art. 41 par. 1, lett. a).

Secondo la Corte di Giustizia, “la determinazione delle metodologie per calcolare o per stabilire le condizioni di connessione e di accesso alle reti nazionali, comprese le tariffe applicabili, rientra nelle competenze riservate direttamente alle Autorità Nazionali di Regolazione”, la cui autonomia deve estendersi, oltretutto nei confronti di qualsiasi organo politico, anche verso il legislatore nazionale (sentenza 2 settembre 2021, C-718/18, punto n. 130).

(...) Come detto, in base a quanto previsto dall’114-ter cit., i costi sostenuti dai gestori per gli interventi di metanizzazione, vengono automaticamente ricompresi nella tariffa, senza che l’Autorità si pronunci al riguardo, come invece richiesto dalla Direttiva 2009/73/CE, ciò che

configura un'illegitima imposizione, quantomeno, rispetto alla definizione della relativa metodologia di calcolo, per dover necessariamente tenere conto dei costi storici effettivamente sostenuti.

De iure condendo, l'art. 4 del Disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza, dettato in materia di verifica dell'efficienza degli investimenti nella rete di distribuzione del gas ai fini della copertura tariffaria, prevede peraltro l'abrogazione della norma disapplicata da Arera. (...) conferma l'impossibilità di incidere direttamente sul regime tariffario, che come detto, viene espressamente riservato all'Autorità di Regolazione da disposizioni specifiche (artt. 39 e 41 cit.), chiaramente prevalenti, sulla base del criterio di specialità (lex specialis derogat generali).

(...) In attuazione del principio secondo cui gli Stati possono elaborare "orientamenti di politica generale" in materia energetica, i commi 3 e 4 dell'art. 23 cit. prevedono che le tariffe per il trasporto e la distribuzione debbano "tenere conto" della necessità di non penalizzare le aree del Mezzogiorno e quelle "in corso di metanizzazione", assegnando così ad Arera "un obiettivo ex lege" (C.S., Sez. II, 5 ottobre 2022, n. 8523), da perseguirsi mediante l'esercizio dei suoi poteri, e non tramite la loro avocazione, come ha invece avuto luogo con l'art. 114 ter cit., che ha inserito ex novo il comma 4 bis all'art. 23 cit.

(...) II.2) Il motivo va respinto atteso che, come sopra evidenziato, gli artt. 39 e 41 della Direttiva, impongono agli Stati membri, in tutte le loro articolazioni istituzionali, il divieto di interferire con l'esercizio delle competenze riservate alle autorità nazionali di regolamentazione, tra le quali rientra la fissazione delle tariffe di distribuzione, o le relative metodologie di calcolo.

Malgrado il carattere generico e non incondizionato di alcune delle previsioni contenute nella Direttiva, lo specifico divieto di interferenza nelle competenze riservate alle Autorità, ha chiaramente un carattere specifico e puntuale, che non richiede l'emanazione di alcun atto applicativo (...)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2023.