



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONI RIUNITE IN SEDE GIURISDIZIONALE

in speciale composizione

composta dai signori magistrati:

Mauro OREFICE	Presidente
Francesco UCCELLO	Consigliere
Fabio Gaetano GALEFFI	Consigliere
Pierpaolo GRASSO	Consigliere
Marcello IACUBINO	Consigliere
Maristella FILOMENA	Referendario relatore
Marco SCOGNAMIGLIO	Referendario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Sui ricorsi nn. 673/RIS, 675/RIS, 676/RIS proposti :

- 1) **673/RIS** da **Autostrade per il Brennero s.p.a** in persona dell'Amministratore delegato e legale rappresentante pro-tempore dott. Diego Cattoni, con sede legale in Trento, via Berlino n. 10 P.I.00210880225;
- 2) **675/RIS** da **Società Autostrada Regionale Cispadana S.p.a.** in persona del Presidente del C.d.A. e legale rappresentante pro-

tempore dott. Graziano Pattuzzi, con sede legale in Trento, via Berlino n. 10 P.I. 02161360223;

3) **676/RIS da Autostrada Campogalliano Sassuolo S.p.a** in persona del Presidente del C.d.A. e legale rappresentante pro-tempore dott. Emilio Sabattini con sede legale in Trento, via Berlino n. 10 P.I.02345730226;

rappresentate e difese dagli avvocati Claudio Cataldi e Alessandra Testuzza, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Roma, via di Ripetta n. 22

Contro

l'Istituto Nazionale di Statistica (I.S.T.A.T.), con sede in Roma, via Cesare Balbo n. 16 in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede istituzionale in Roma, via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato;

e nei confronti

della Procura Generale della Corte dei Conti;

per l'annullamento previa sospensione

dell'Elenco delle "Amministrazioni pubbliche", inserite nel conto economico consolidato, individuate ai sensi dell'art. 1, comma 3, Legge 31 dicembre 2009, n. 196, predisposto dall'I.S.T.A.T. e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, serie generale n. 229 del 30 settembre 2019, nella parte in cui ha incluso le ricorrenti tra le "Amministrazioni Locali". nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente.

Visti i ricorsi introduttivi, depositati il 7 gennaio 2020 e le memorie

del 21 febbraio 2020;

Visti i decreti del Presidente della Corte dei conti che hanno determinato la composizione del Collegio, la fissazione d'udienza e la nomina del relatore;

Viste le memorie dell'ISTAT e della Procura generale depositate rispettivamente il 19 ed il 20 febbraio 2020;

Esaminati il ricorso e gli altri atti e documenti di causa;

Uditi, nella pubblica udienza del 4 marzo 2020, il Giudice relatore Maristella Filomena con l'assistenza della sig.ra Rita D'Innocenzo in qualità di Segretario d'udienza, gli Avv.ti Claudio Cataldi e Alessandra Testuzza, l'Avv. dello Stato Pietro Garofoli e, per la Procura generale, il Vice Procuratore generale Arturo Iadecola.

Ritenuto e considerato, in fatto e diritto, quanto segue:

FATTO

Le società Autostrada del Brennero S.p.a. (nel prosieguo brevemente "A22"), Autostrada Regionale Cispadana S.p.a. (nel prosieguo "ARC"), Autostrada Campogalliano Sassuolo S.p.a. (nel prosieguo "AutoCS") hanno impugnato l'elenco annuale per il 2020 delle Amministrazioni pubbliche, inserite nel Conto Economico Consolidato, redatto ai sensi dell'art. 1, comma 3, legge 31 dicembre 2009 n. 196 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 229 del 30 settembre 2019, reclamandone l'annullamento - previa sospensiva - nella parte in cui l'ISTAT ha inserito le ricorrenti tra le "Amministrazioni locali", contestando per violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della legge n. 196/2009 e del Regolamento UE

21 maggio 2013 n. 549 (nel prosiegua "Regolamento") relativo al Sistema Europeo dei conti nazionali e regionali dell'Unione europea (nel prosiegua "SEC 2010"), l'inserimento nell'elenco delle Amministrazioni pubbliche per il 2020, sotto i seguenti profili:

- insussistenza del requisito del controllo pubblico;
- insussistenza del requisito della produzione di beni e servizi non destinabili alla vendita.

1. La prospettazione delle Società ricorrenti

Società Autostrada del Brennero s.p.a.

Nel ricorso introduttivo la ricorrente A22 ha premesso di essere società per azioni mista, a prevalente partecipazione pubblica e di gestire la concessione di costruzione ed esercizio dell'autostrada Brennero-Verona-Modena, in attuale regime di proroga.

Con riguardo al profilo dell'insussistenza del controllo pubblico, la parte ricorrente ha addotto che l'articolazione statutaria, la composizione societaria, l'inesistenza di patti parasociali e di posizioni dominanti escludano – tra l'altro- l'A22 dal controllo pubblico, inteso nei termini di cui agli indicatori dell'Allegato A) del Regolamento ed ha richiamato l'estensione dei principi di diritto, enunciati dalla giurisprudenza in materia di società pubbliche.

In ordine all'insussistenza del requisito di produzione di beni e servizi non destinabili alla vendita, la parte ricorrente ha evidenziato di essere unità c.d. *market*, articolando le proprie ragioni sui seguenti aspetti:

- essere una entità, nell'esercizio dell'attività di concessione autostradale, orientata al perseguimento di utile di impresa e

distribuzione di dividendi ai soci; poter esercitare – secondo quanto previsto nello statuto- ulteriori attività imprenditoriali; detenere svariate partecipazioni societarie e avere ottenuto attraverso forme associate l'aggiudicazione di affidamento di concessioni autostradali; - ottenere un esito positivo al c.d. test "market-non market", in quanto in grado di coprire più del 50% dei costi di produzione, con propri ricavi.

Società Autostrada Regionale Cispadana S.p.a. e Società Autostrada Campogalliano Sassuolo S.p.a

Nei ricorsi introduttivi:

l'ARC ha premesso di essere società di progetto, concessionaria per la progettazione, realizzazione e la gestione dell'autostrada Regionale Cispadana, infrastruttura che collegherà il casello di Reggiolo-Rolo sull'Autostrada A22 al casello di Ferrara Sud sull'autostrada A13 (Bologna-Padova);

l'AutoCS ha evidenziato di essere società costituita per la progettazione esecutiva, la costruzione e la gestione del tratto autostradale Campogalliano – Sassuolo, infrastruttura che costituisce il collegamento tra l'A22, in corrispondenza dell'intersezione con l'A1 e la S.S. n.467 "Pedemontana".

Entrambe le società, nel contestare l'inserimento nell'elenco delle Amministrazioni pubbliche, hanno addotto che la partecipazione azionaria del 51% detenuta da Autostrade per il Brennero e l'attività di direzione e coordinamento, da quest'ultima esercitata, ai sensi dell'art. 2947 c.c., non configurino una relazione di controllo pubblico,

anche alla luce di una serie di indici e di principi giurisprudenziali che escluderebbero la qualità di amministrazione pubblica in capo ad Autostrade per il Brennero. Le Società ARC ed AutoCs hanno rappresentato, altresì, che il contributo pubblico del quale ciascuna di essa è destinataria, non supera il 50% del costo dell'opera.

In ordine all'insussistenza del requisito di produzione di beni e servizi non destinabili alla vendita, le società adducono di essere unità c.d. *market*, articolando le proprie ragioni sulla natura imprenditoriale dell'attività di concessione autostradale ed evidenziando l'esito favorevole del c.d. test "*market-non market*", con un valore di produzione ampiamente superiore al 50% dei costi.

La tutela cautelare

Le società ricorrenti hanno proposto istanza cautelare di sospensione dell'efficacia dell'elenco impugnato ed hanno invocato i precedenti favorevoli di queste Sezioni riunite. A fondamento delle proprie istanze hanno segnalato che dall'inserimento in elenco ISTAT deriverebbero conseguenze deteriori, in particolare sul piano dell'operatività, della spesa, della restrizione nell'accesso alla leva finanziaria, dello svantaggio competitivo, nonché un notevole pregiudizio, a causa della sovrapposizione postuma di vincoli di finanza pubblica e di contenimento della spesa con effetti anche sull'equilibrio economico finanziario delle concessioni. Per tali ragioni l'elenco impugnato andrebbe annullato e, in via cautelare, sospeso.

Con memorie del 21 febbraio 2020 le parti ricorrenti hanno insistito sull'insussistenza del requisito del controllo pubblico, chiedendo

l'accoglimento delle proprie ragioni.

2. Le difese dell'I.S.T.A.T.

Si è costituita l'Istat a mezzo dell'Avvocatura dello Stato, la quale nella comparsa di risposta si è intrattenuta ampiamente, in ordine alla disciplina dei contratti di concessione, degli strumenti di collaborazione tra pubblico e privato e dei principi che ne regolano la classificazione ai fini dei conti nazionali, rinviando anche all'estesa illustrazione compiuta dall'ISTAT, nella Nota sulla classificazione dei contratti di concessione e delle unità concessionarie a controllo pubblico, per la costruzione e gestione di opere pubbliche, secondo il SEC2010, relativa alle cause in giudizio.

In via preliminare, l'Avvocatura di Stato ha evidenziato la carenza di interesse a ricorrere delle controparti ed ha contestato l'asserita lesività dell'inserimento nell'elenco Istat ed il pregiudizio finanziario ed operativo che patirebbero le società ricorrenti. Parimenti ha contestato alle ricorrenti l'invocata estensione dei principi di diritto della giurisprudenza, in quanto relativi a svariate e diverse fattispecie non assimilabili tra loro, sia per le differenti definizioni di controllo pubblico, sia per le disuguaglianze ontologiche nei meccanismi di formazione della volontà dei soggetti, che governano i singoli enti, richiamando in tale ottica il valore del principio di effettività, che emerge dai recenti arresti giurisprudenziali in tema di controllo plurimo frazionato e di controllo congiunto. Sull'istanza cautelare l'Avvocatura contesta la fondatezza delle ragioni proposte ed il profilarsi di un periculum in mora, per l'assenza di vulnus

irreparabile alla sfera giuridica della ricorrente, nelle more dello svolgimento del giudizio, chiede il non accoglimento dell'istanza e la declaratoria di inammissibilità del ricorso o il rigetto del medesimo.

3. Le conclusioni della Procura Generale

La Procura generale, con memoria conclusionale, ha contestato i motivi dei ricorsi, in particolare ha addotto che la logica classificatoria del SEC 2010 differisce da quelle usualmente utilizzate dal diritto nazionale, essendo incentrata su indicatori sostanziali di tipo economico ed ha evidenziato che il Regolamento configura una disciplina sovranazionale che detta un'apposita nozione di controllo, rilevante ai fini del Sistema europeo dei conti. La Procura individua ulteriori indici dai quali inferire l'esistenza del controllo pubblicistico riguardo alla società A22, in particolare : 1) la partecipazione al collegio sindacale della società di un funzionario dell'attuale Ministero dell'economia e delle finanze, che ne assume la presidenza, e uno dell'ANAS; 2) l'indefettibile conservazione della partecipazione di enti pubblici al 60% del capitale sociale; 3) gli specifici obblighi di informazione e di trasmissione dei propri bilanci all'ANAS.

Quanto alla caratteristica della produzione di beni e servizi non destinabili alla vendita, la Procura ha addotto che la condizione di monopolio naturale in cui si trova l'A22, in quanto concessionario e titolare esclusivo del servizio autostradale, esclude "l'esistenza di condizioni di mercato" e, sotto il profilo quantitativo, ha contestato l'esito del test market/non market, al quale la società perviene in quanto la base di valutazione sarebbe costituita dall'ammontare dei

ricavi da attività svolte in regime non concorrenziale, dunque escludendo il pedaggio, mentre il valore di produzione che la società rapporta ai costi è costituito prevalentemente da ricavi da pedaggio.

La Procura ha chiesto il rigetto del ricorso e dell'istanza cautelare, rispetto alla quale ha contestato la mancata deduzione di ragioni di danno grave e irreparabile da parte delle ricorrenti.

4. L'udienza di discussione

Nel corso della pubblica udienza del 4 marzo 2020, i difensori delle Società ricorrenti, richiamando i propri atti, hanno insistito per l'accoglimento dei ricorsi e rinunciato alle istanze cautelari.

L'Avvocato dello Stato, per l'ISTAT, ha concluso per il rigetto del ricorso.

La Procura generale ha chiesto il rigetto del ricorso e la rimessione di questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di Giustizia dell'Unione, ex art 267 del TFUE.

Rispetto all'istanza di rinvio pregiudiziale l'Avvocatura dello Stato si è rimessa alle conclusioni del Collegio, mentre le parti ricorrenti hanno condizionato la rinuncia della tutela cautelare, all'accoglimento da parte del Collegio della richiesta di deferimento della questione pregiudiziale.

La causa è stata, quindi, trattenuta per la decisione e decisa in camera di consiglio, come da dispositivo riportato in calce e letto in udienza.

DIRITTO

1. Le questioni sollevate nei riguardi del medesimo provvedimento

impugnato evidenziano una connessione di natura fattuale e giuridica tra le questioni, in ordine alle quali, anche per esigenze di economicità processuale ed a garanzia dell'effettività del rimedio giurisdizionale, occorre esaminare i contenuti dei ricorsi delle società AutoCS e ARC alla luce del ricorso della società A22; risulta pertanto necessaria la riunione e la trattazione congiunta dei relativi ricorsi.

In via preliminare, deve essere affrontata la questione dell'interesse a ricorrere delle proponenti. L'ISTAT contesta ed eccepisce a ciascuna delle società ricorrenti che alle stesse derivi un concreto pregiudizio dall'inserimento nell'elenco, con la conseguenza che non sussista un reale interesse al ricorso.

L'eccezione proposta appare infondata. L'interesse a ricorrere discende dal pregiudizio attuale, che risulta arrecato alle ricorrenti, come evidenziato in atti, derivante dall'inserimento nell'elenco ISTAT, idoneo ad incidere - per effetto dell'inclusione tra le Amministrazioni pubbliche, a decorrere dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale - su di una serie aperta di poteri, doveri e di rapporti intestati alle ricorrenti.

Sull'istanza cautelare di sospensione degli effetti del provvedimento impugnato, deve darsi atto dell'intervenuta rinuncia, formalizzata dai difensori delle società ricorrenti, in sede di udienza di discussione. Suddetta rinuncia è stata condizionata agli esiti dell'istanza della Procura Generale di rinvio pregiudiziale alla CGUE.

Il rinvio - previsto dagli articoli 19, paragrafo 3, lettera b), del Trattato sull'Unione europea e 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione

europea- è diretto ad evitare orientamenti ermeneutici nazionali difformi, tra gli Stati membri e quindi lesivi del principio di uniforme applicazione del diritto dell'Unione Europea. Nella controversia *de quo*, seppure dal punto di vista strettamente normativo la risoluzione della stessa verta su parametri di valutazione deducibili da norme regolamentari europee, il quadro fattuale configura un "*acte clair*", puntuale e definito da indici concreti di evidenza tale da non lasciare, ragionevolmente, dubbi interpretativi e ciò rende non necessario il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea (*ex multis* Corte di giustizia, sentenza del 27 marzo 1963, cause riunite C28-29-30/62, Da Costa et al. , Sentenza 6 ottobre 1982 Causa C283-81 Cilfit); atteso che il potere interpretativo della Corte di Giustizia Europea non si sostituisce al giudice del caso concreto e permane in via esclusiva al giudice nazionale l'esercizio della funzione giurisdizionale, ne consegue che non vi è l'obbligo alcuno di rimessione, solo in quanto proveniente da istanza di parte (*ex multis* Sez. Un. Civ. n. 16886 del 5.7.2013).

Al superamento della questione di pregiudizialità consegue che la rinuncia condizionata delle parti ricorrenti dispieghi pienamente gli originari effetti; pertanto le istanze cautelari si considerano abdicate. In ogni caso, in disparte ogni valutazione circa la ritualità dell'atto di rinuncia, l'immediata decisione nel merito che caratterizza il giudizio *de quo* rende inutile, per carenza di interesse, secondo la giurisprudenza costante di queste Sezioni riunite, l'esame della domanda di sospensione (inter plures, C conti, sez. riun., 23 aprile 2018,

n. 20/2018/RIS).

2. Quadro normativo nazionale

2.1. Al fine di affrontare le questioni giuridiche sollevate nei ricorsi dalle società A22, ARC, AutoCS è necessario in via preliminare compiere la ricostruzione di alcuni aspetti normativi, in quanto la regolazione del mercato autostradale si è profondamente modificata nel corso degli anni, contribuendo a definire un quadro complesso e stratificato. Dell'intero articolato normativo, ai fini del presente giudizio, risultano utili alla ricostruzione in fatto, solo alcune delle singole disposizioni:

- la Legge 24 luglio 1961, rubricata "Piano di nuove costruzioni stradali ed autostradali". Tale norma ha integrato il quadro ordinamentale di cui alla legge 21 maggio 1955, n. 463, relativamente alla costruzione ed all'esercizio delle autostrade in concessione. La norma ha previsto la possibilità di concedere la costruzione e l'esercizio delle autostrade ad enti pubblici o privati, ai quali veniva richiesta la presentazione di un progetto di massima per la costruzione dell'autostrada ed un documentato piano finanziario; la concessione, accordata con decreto e disciplinata tramite convenzione, poteva essere accompagnata da una serie di misure, tra le quali: a) un contributo pubblico trentennale, la cui misura aumentava in caso di arterie autostradali di diretto collegamento con la rete stradale ed autostradale europea, b) la possibilità di contrarre mutui con l'Istituto di Credito per le Opere Pubbliche, c) emettere obbligazioni in deroga all'art. 2410 c.c.; nell'ipotesi di Ente concessionario costituito in forma di consorzio o di

società per azioni da Regioni, Province o Comuni, questi potevano garantire l'ammortamento delle obbligazioni emesse dal consorzio o dalla società; gli impegni assunti dagli enti pubblici locali godevano, inoltre, della garanzia sussidiaria dello Stato, fino alla misura massima del 50 per cento del costo complessivo delle opere. La norma richiamata ha stabilito che, per le autostrade a pedaggio le tariffe su base unificata venissero definite con decreto del ministero competente;

- la Legge 4 novembre 1963, n. 1464 ha modificato la legge 24 luglio 1961, n. 729, recante norme per il piano di nuove costruzioni stradali ed autostradali, stabilendo tra l'altro che *"[..]Qualora l'ente concessionario sia un Consorzio o una Società per azioni a prevalente capitale pubblico di cui facciano parte Regioni, Province e Comuni, le Regioni, le Province e i Comuni stessi potranno garantire il pagamento del capitale e relativi interessi sui mutui contratti e delle obbligazioni emesse dal Consorzio o dalla Società."*;
- la Legge 24 dicembre 1993 n.537 s.m.i. all'articolo 10, comma terzo, ha definito i parametri del canone di concessione che, a decorrere dal primo gennaio 1994, gli enti concessionari di autostrade sono tenuti a corrispondere, annualmente, allo Stato da calcolarsi sui proventi netti da pedaggio di competenza dei concessionari medesimi;
- la legge 30 aprile 1999, n. 136 ha introdotto una serie di modifiche ed integrazioni alla legislazione autostradale, stabilendo la completa devoluzione allo Stato, quale canone di concessione, dei diritti di pedaggio effettivamente conseguiti decurtati spese e costi d'esercizio e l'assegnazione di un dividendo al capitale dell'ente concessionario;

con la modifica dell'art. 3 inoltre è stato previsto che gli enti concessionari abbiano come proprio oggetto sociale principale la costruzione e la gestione delle autostrade; le attività d'impresa diverse da quella principale nonché da quelle analoghe o strumentali ausiliarie del servizio autostradale possano essere svolte dalle società concessionarie attraverso l'assunzione diretta o indiretta di partecipazioni di collegamento o di controllo in altre società;

- il Decreto-legge 16 ottobre 2017 n.148 all'art. 13 bis recante disposizioni in materia di concessioni autostradali, ha previsto tra l'altro anche per l'infrastruttura autostradale A22 Brennero-Modena che “[..] b) le convenzioni di concessione per la realizzazione delle opere e la gestione delle tratte autostradali hanno durata trentennale e sono stipulate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con le regioni e gli enti locali che hanno sottoscritto gli appositi protocolli di intesa in data 14 gennaio 2016, che potranno anche avvalersi nel ruolo di concessionario di società in house, esistenti o appositamente costituite, nel cui capitale non figurino privati”.

3. Il giudizio sui requisiti del SEC 2010

Nel passare al merito della questione sull'esistenza o meno dei requisiti del SEC 2010, in via preliminare il Collegio ritiene di porre un chiarimento sull'invocata estensione dei principi di diritto e degli indici giurisprudenziali in tema di controllo pubblico.

Nell'attuale sistema multilivello il rapporto tra regole e principi tende a connotarsi di elevata complessità, in particolare riguardo alla tutela sostanziale. Risulta, quindi, di particolare importanza la rilevanza

giuridica dei fatti, espressione della diversità e delle differenze del caso concreto. Il sovrapporsi di normative sovranazionali e nazionali solo parzialmente armonizzate aventi ad oggetto la complessa soggettività pubblica ha indotto la giurisprudenza, non solo contabile, ad individuare degli indici presuntivi, la cui funzione se da un lato può semplificare l'attività dell'interprete, dall'altro comporta il rischio di dare vita ad un processo di "*inventio*" di figure diverse da quelle direttamente ricavabili dalle norme. Occorre non oscurare la dimensione normativa a favore dell'interpretazione integrativa, la quale, ove necessario, concorre alla complessa funzione ermeneutica, potenziandone gli strumenti per l'individuazione dei rimedi più adeguati in un sistema di tutele diversificate.

E' per questo orientamento che il Collegio, ai fini della soluzione della controversia *de quo*, anche in considerazione della tipicità dei parametri normativi di riferimento, non intende allontanarsi dal Regolamento n. 549/2013/UE del 21 maggio 2013; come ribadito, infatti, da costante giurisprudenza di queste Sezioni Riunite, la dimensione interpretativa dei requisiti di controllo e di market non si colloca a livello nazionale, ma si parametra a categorie giuridiche europee di peculiare specificità.

Costituisce ulteriore premessa la considerazione che il SEC 2010, come già il precedente SEC1995, classifichi l'organizzazione sociale della produzione, distribuzione e consumo della ricchezza, all'interno dell'Unione Europea, in risorse, consistenze e flussi tra unità economiche articolate in settori, qualificati sulla base di

specifici presupposti valutativi, al fine di ottenere un quadro completo e comparabile, ma anche univoco della produzione e destinazione della ricchezza sul territorio dell'Unione Europea, intesa come sistema economico. A tale fine è orientato l'attuale approccio dei requisiti di classificazione SEC, i quali valorizzano argomenti di natura jus-economica, uniformemente rilevabili negli Stati Membri e non sempre coincidenti con similari categorie ricorrenti nel diritto interno.

L'art. 7 del Regolamento ha attribuito alla Commissione il potere di adottare atti delegati. Nell'esercizio di tale potere la Commissione, attraverso la propria Direzione Eurostat ha pubblicato, il 29 agosto 2014, il "*Manual on Government Deficit and Debt – Implementation of ESA 2010*" (nel prosieguo Manuale). In esso alla voce "controllo pubblico", sono riprese puntualmente le definizioni e le precisazioni del *System of National Accounts*. Il Manuale consente una interpretazione armonizzata dei sistemi contabili e, quindi, è un utile parametro di riferimento (cfr. SS.RR. Sent. 40/2015/RIS).

Compito di queste Sezioni riunite è, quindi, di valutare se sussistano per le ricorrenti le condizioni per essere inserite nel Conto Economico Consolidato, nel settore Amministrazioni pubbliche, ai sensi del Regolamento, al quale sono sottesi ragionamenti di analisi giuridico-economica.

3. Il requisito del controllo pubblico

Con riferimento ai caratteri del controllo pubblico, essi sono tracciati dal combinato disposto dei par. 2.32 e segg. del Regolamento. In

particolare, il par. 2.38, stabilisce: “[..] che un'amministrazione pubblica può esercitare il controllo su una società in forza di leggi, decreti o regolamenti specifici che le danno il diritto di indirizzare la gestione della società. I seguenti indicatori sono i principali fattori da considerare per decidere se una società è controllata da un'amministrazione pubblica:

- a) proprietà da parte dell'amministrazione pubblica della maggioranza dei voti;
- b) controllo da parte dell'amministrazione pubblica degli amministratori o della dirigenza;
- c) controllo da parte dell'amministrazione pubblica della nomina e della revoca del personale chiave;
- d) controllo da parte dell'amministrazione pubblica dei comitati chiave dell'organismo;
- e) possesso da parte dell'amministrazione pubblica di una golden share;
- f) normative speciali;
- g) condizione di cliente dominante dell'amministrazione pubblica;
- h) concessione di prestiti da parte dell'amministrazione pubblica.

Un solo indicatore potrebbe essere talvolta sufficiente per determinare il controllo, ma in altri casi più indicatori distinti potrebbero collettivamente attestare il controllo.”

Il par 20.18 qualifica il “Controllo pubblico” come la capacità di determinare la politica generale o i programmi.

Al fine di stabilire l'esistenza di un controllo da parte delle amministrazioni pubbliche, si applicano i criteri utilizzati per le società che potrebbero essere società pubbliche, come indicato nel paragrafo 2.32, ai sensi del quale ciascuno dei settori e sottosettori

raggruppa le unità istituzionali che hanno un comportamento economico simile.

Il Collegio considera che, con l'evidenziare anche disgiuntamente i diversi indici, il Regolamento pone anzitutto, l'accento sui molteplici aspetti, rispetto ai quali può svolgersi la relazione con il soggetto controllante; l'esistenza di una serie di elementi sintomatici non è *tout court* indice di controllo, dovendo valutare il complesso delle circostanze rilevanti, come ad esempio quelle nelle quali si possono invocare poteri che influenzano la politica di gestione corrente della società, o poteri speciali che conferiscono il diritto di controllare la politica generale in momenti particolari, e che se apparentemente irrilevanti rispetto alla politica gestionale ordinaria, qualora utilizzati ne indirizzano le scelte.

Nell'ambito di pronuncia pregiudiziale sul Regolamento (UE) n. 549/2013, la Corte di Giustizia con decisione dell'11 settembre 2019 (C-612/17 e C-613/17) ha specificato che l'influenza determinante di una P.A. sulla gestione o sulla capacità decisionale di un'altra unità istituzionale (la quale è dotata, per definizione, di piena autonomia) deve essere intesa nel senso della capacità di dirigere e di esercitare, nonostante l'esistenza di una siffatta autonomia, "*forme di pressione [reale, rilevante, effettiva, stabile e permanente] nell'ambito della definizione e realizzazione dei suoi obiettivi, delle sue attività e dei suoi indirizzi strategici*", e non già l'effetto di poteri che si limitino ad una semplice «vigilanza esterna e formale», al pari di un'influenza meramente marginale (punti 77, 82 e 84).

In considerazione della matrice jus-economica posta alla base del Regolamento, la valutazione del controllo che un'amministrazione pubblica può esercitare su di una società in forza di leggi, decreti o regolamenti specifici, non può arrestarsi al dato formale, essendo necessario verificare le conseguenze che produce rispetto al contesto di mercato nel quale la società opera. L'esistenza di un forte coinvolgimento normativo delle autorità pubbliche è rilevante ad esempio in particolare in settori quali i monopoli e i servizi pubblici privatizzati, dove è presente un elemento di servizio pubblico. Alla medesima stregua è fortemente incisiva l'invasione normativa in argomenti di mercato rilevanti, come la determinazione dei prezzi, senza che tale circostanza evidenzi da sola, la cessione da parte della società del controllo sulla politica generale.

3.1. La ricorrente A22

La società A22 lamenta che non ricorrano gli indici di controllo enunciati dalla lettera a) alla lettera g) del par.2.38 del Regolamento, in quanto nessuna delle amministrazioni pubbliche azioniste detiene da sola la maggioranza del capitale azionario di A22 e, dunque la maggioranza assoluta dei voti. Nel complesso pur detenendo la maggioranza delle azioni, singolarmente, nessuna delle amministrazioni titolari di azioni avrebbe la maggioranza dei voti in assemblea. Non esisterebbe inoltre, alcun patto parasociale o altro strumento di *governance* che consenta ad una o più delle amministrazioni pubbliche detentrici di capitali di esercitare un'influenza dominante sulla Società ed indirizzarne, pertanto, la

gestione. Per statuto ogni azione dà diritto ad un voto e non vi sarebbe controllo sugli amministratori o sulla dirigenza, essendo il CdA investito di ampi poteri, tra i quali la nomina e la revoca dei direttori generali, dei dirigenti e di eventuali procuratori. Non vi sarebbe, inoltre, controllo sulla nomina e sulla revoca del personale e dei comitati chiave.

Le motivazioni della parte non appaiono condivisibili.

In disparte le circostanze storiche e normative che hanno condotto all'attuale veste della società A22, per la verifica della sussistenza del requisito del controllo pubblico occorre dare lettura dell'articolato statutario e di bilancio e del combinato disposto di essi.

Lo Statuto dell'A22 si presenta nella sua composizione peculiare e le disposizioni risultano articolate in modo da consentire all'azionariato pubblico di incidere in concreto sulla vita e sulle scelte della società.

In particolare, emerge che:

- l'ammontare delle azioni cd. vincolate di 921.010, previste dallo Statuto è ripartito tra enti pubblici (n. 905.460) ed A22 (n. 15.550).

L'ammontare di n. 613.490 azioni libere è in mano agli enti pubblici (n. 395.009), soci formalmente non pubblici (n. 217.247) ed A22 (n.1.234). Il capitale sociale è dunque ripartito tra Regione Autonoma del Trentino-Alto Adige 32,29%- altri enti pubblici 65% - Serenissima Partecipazione 4,23%- Infrastrutture CIS 7,83%-BPV SGSP 2%;

- gli artt. 6 e 8 dello Statuto limitano la cessione a soggetti privati delle quote sociali e la subordinano al consenso del Consiglio di Amministrazione. Nell'imporre al consiglio di amministrazione ex

art. 6 di garantire per l'intera durata della concessione, la piena ed effettiva disponibilità di almeno il 60% (sessanta per cento) del capitale sociale intestato ad Enti pubblici, secondo quanto previsto dall'art. 3 della Convenzione aggiuntiva del 2004, si vincola qualitativamente la maggioranza anche futura del capitale sociale, agganciandola al contratto di concessione;

- l'art. 15 per le modifiche allo Statuto prevede il voto favorevole di tanti Soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale, di cui non meno di due terzi del capitale nominativo intestato agli Enti Pubblici. Da questo meccanismo consegue che è sufficiente una volontà contraria del 21% degli enti pubblici per impedire modifiche (ovvero di un solo ente che detenga almeno il 21% delle azioni, com'è il caso della Regione Trentino A.A. proprietaria essa sola del 32%) e quindi orientare gli obiettivi strategici, non essendo necessaria l'unanimità dei consensi dei soci di maggioranza;

- l'art. 17 dello Statuto fissa al 6% uno sbarramento per la presentazione di liste di candidati al Consiglio di Amministrazione – circostanza quest'ultima che va interpolata con il residuale capitale in mano non pubblica e con il peculiare meccanismo per il computo delle preferenze;

- l'art. 28 assorbe i vincoli previsti dalla normativa e dalla Convenzione sulle nomine dei Sindaci e del Presidente del Collegio sindacale.

A quanto sopra occorre aggiungere che la società A22 è nata e si muove all'interno di una realtà concessoria, nella quale l'ente concedente ha capacità di incidere sulle clausole contrattuali o su importanti decisioni collegate al contratto. Elemento quest'ultimo

espressamente valorizzato dal Manuale che individua una serie di condizioni (par. 6.3.1.5.2.27) che sussistono in presenza di controllo pubblico e di altri indicatori tra i quali l'assetto della proprietà.

Il Manuale indica come criterio per l'analisi della proprietà economica dell'*asset*, la verifica dell'allocazione dei rischi e benefici, connessi all'operazione (esecuzione del contratto). Secondo il Manuale sono sintomatiche del c.d. Rischio di domanda, l'esistenza di clausole contrattuali che prevedano un "guadagno o un profitto minimo garantito" per il concessionario, queste indicano che il rischio di domanda resta in capo alla amministrazione pubblica concedente e l'asset deve essere riclassificato nei conti pubblici.

Nella Relazione sulla gestione 2018, in continuità con i precedenti esercizi, A22 evidenzia la profondità di alcuni rischi tipici dell'attività svolta. Con riferimento al rischio di prezzo/mercato la relazione specifica che la maggior parte dell'attività si riferisce a prestazioni di servizi effettuati su base tariffaria e che le tariffe sono soggette al controllo e all'applicazione da parte del concedente Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e vengono aggiornate annualmente.

Nel caso dell'A22 l'originario rapporto concessorio, peraltro risalente nel tempo, è caratterizzato da un complesso articolato di Convenzioni aggiuntive e modificative. Nella Convenzione del 29 luglio 1999 , l'art 14 dispone che il canone di concessione annuo è stabilito ai sensi dell'art. 10 comma terzo della legge n 537/93, il quale prevede che *" a decorrere dal 1 gennaio 1994, gli enti concessionari di autostrade sono tenuti a corrispondere allo Stato un canone annuo, nella misura dello 0,50*

per cento per i primi tre anni e dell'1 per cento per gli anni successivi, da calcolarsi sui proventi netti da pedaggio di competenza dei concessionari medesimi. “ . Le modifiche intervenute nel corso degli anni non sembrano aver modificato la struttura della corresponsione che risulta legata ai proventi netti.

Con riguardo al c.d. Rischio operativo, di cui al par. 6.3.1.5.26 del Manuale, affinché il concessionario possa essere considerato proprietario economico dell'asset e quindi affinché possano essere considerati trasferiti in capo allo stesso i rischi connessi all'operazione, anche in casi riconducibili a cause di forza maggiore, è necessario che il contratto definisca puntualmente tali casi, altrimenti si lascerebbe spazio a contestazioni capaci di spostare il rischio di nuovo sul concedente. Al riguardo in nessuna delle Convenzioni anche integrative relative alla concessione con l'A22, risulta esservi l'individuazione di casi o di circostanze di forza maggiore.

Emerge, quindi, dall'esame della complessiva documentazione versata in atti, una pressione realizzata attraverso meccanismi organizzativi, regolati e predeterminati, che configura un potere di controllo pubblico effettivo sull'A22. Si realizza nella sostanza un controllo stabile della società da parte dei soci pubblici, senza il cui consenso non può modificarsi né lo statuto, né il capitale sociale può essere ceduto ed un controllo effettivo sugli amministratori e quindi sulle strategie gestionali.

3.2 Le società Campogalliano Sassuolo e Autostrada Regionale Cispadana

Alla risoluzione delle questioni giuridiche ed all'accertamento dei

requisiti in capo alla società A22 risultano connesse le controversie relative alle società ACS e AutoRC, entrambe partecipate al 51 % dalla società A22, che esercita attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c.

Secondo le ricorrenti Società Campogalliano Sassuolo e Autostrada Regionale Cispadana, ai fini dell'inserimento nel Conto Economico Consolidato, manca il requisito della partecipazione pubblica al proprio azionariato. Le società evidenziano l'assenza di partecipazioni dirette di pubbliche amministrazioni, pur ammettendo una riscontrabile partecipazione indiretta di capitale pubblico attraverso l'A22 (detenuta all'84,75% da soggetti pubblici) rispetto alla quale coadiuvano la tesi dell'estraneità di quest'ultima al controllo pubblico. Esse adducono altresì il non ricorrere delle circostanze di cui al par 2.38 del Regolamento, poiché la misura del contributo pubblico non supera il 50% delle opere.

Le opposenti Istat e Procura generale evidenziano che il requisito del controllo è perfezionato, in quanto l'A22 soggetta a controllo pubblico è detentrica della maggioranza del capitale sociale ed è deputata all'attività di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c.

La valutazione del requisito del controllo, riguardo ARC ed AutoCS non può prescindere, per le motivazioni *supra* riportate da un'analisi complessiva dell'assetto statutario, degli atti che qualificano il rapporto concessorio e dal complesso dei poteri che manifestano la capacità di dirigere e di esercitare, pur nell'ambito di una entità formalmente munita di autonomia, sollecitazioni in grado di

orientare stabilmente obiettivi, attività ed indirizzi strategici.

3.2.1 La società Autostrada Regionale Cispadana s.p.a.

La ricorrente ARC è società di progetto costituita ai sensi dell'art. 156 del D.lgs. n. 163/2006, nella forma di società per azioni con oggetto sociale l'affidamento e l'esecuzione delle opere e dei servizi previsti dal contratto di concessione "Convenzione", avente ad oggetto la progettazione, costruzione e gestione dell'Autostrada Regionale Cispadana dal casello di Reggiolo - Rolo sulla Autostrada A22 al casello di Ferrara Sud sulla Autostrada A13 affidata tramite procedura di Project Financing dalla Concedente Regione Emilia Romagna Concedente.

Il rapporto concessorio con la Concedente Regione Emilia-Romagna è regolato da Convenzione del 25 novembre 2010. La compagine societaria della società di progetto "Autostrada Regionale Cispadana Sassuolo S.p.A." è la seguente Autostrada Del Brennero Spa, Impresa Pizzarotti & C. Spa, Coopsette Società Cooperativa, Consorzio Stabile Coseam Italia Spa, Collini Lavori Spa, Oberosler Cav. Pietro s.r.l., Edilizia Wipptal Spa, Nuova Mazzi s.r.l., Cordioli & C. Srl, Ccc Consorzio Cooperative Costruttori.

All'art.16.1 della Convenzione citata viene riconosciuto al Concessionario AutoCS il diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente l'Autostrada, con diritto di percepire i pedaggi ed ogni provento derivante dalla gestione dell'infrastruttura, dalla vendita dei servizi e dei prodotti complementari.

E' altresì riconosciuto al concessionario (art. 16.2) un corrispettivo

quale partecipazione finanziaria pubblica alla costruzione dell'Autostrada corrispondente ad €/179 mln da corrispondere in dieci quote annuali costanti posticipate, a decorrere dalla sottoscrizione del verbale di inizio lavori. In caso di ritardo la concedente Regione dovrà versare interessi di mora. Il citato corrispettivo da parte della Regione, costituisce un Ricavo da appostare nel conto economico della società di progetto (art. 16.5). Il canone di concessione a favore della concedente Regione è formato da una percentuale dei proventi da pedaggio fissata a livello iniziale al 2,40% dal primo anno fino alla percentuale, a regime dall'undicesimo anno di gestione in avanti, al 6%.

L'art 42 della Convenzione rubricato "Forza Maggiore" non individua *ex ante* gli eventi o le circostanze, ma definisce esclusivamente le modalità e le conseguenze rispetto alla modulazione della Convenzione ed agli obblighi. Nell'art. 55, rubricato "Definizioni" nell'ambito di una elencazione complessiva diretta all'esplicitazione terminologica, sono individuati i casi convenzionalmente riconosciuti di Forza Maggiore.

All'art. 29 è disciplinata l'eventuale partecipazione di enti locali alla società, con obbligo al Concessionario che si impegna a fare sì che i propri soci o alcuni di essi concedano ad enti territoriali concordati con la Regione un diritto di acquisto di quote azionarie ovvero un'opzione di sottoscrizione di aumento di capitale riservato. Viene fissata anche la percentuale massima di partecipazione.

L'art. 30 dispone sulla composizione dei rapporti di finanziamento dell'opera individuando termini ed obblighi, rispetto ai finanziamenti

bancari, da parte della Regione concedente, la quale si impegna nel perfezionamento di specifici accordi triangolari. L'articolazione della clausola convenzionale non definisce puntualmente gli obblighi, lasciando un ampio margine agli strumenti in concreto utilizzabili nelle pieghe della concessione.

L'articolo 37 dispone sulla revoca della concessione. Il collegamento di un indennizzo ulteriore parametrato al valore delle opere rimaste da eseguire o del servizio da svolgere e gestire, comporta un certo squilibrio tra le parti.

Lo Statuto assorbe gli esiti convenzionali per la parte di interesse.

Dai dati dei Bilanci versati in atti emerge per l'esercizio 2018 una compagine societaria così rappresentata:

Socio	Nr azioni	Capitale Soc. sottoscritto	% di possesso
AUTOSTRADA DEL BRENNERO SPA	357.000	35.700.000	51,00%
IMPRESA PIZZAROTTI & C. SPA	135.100	13.510.000	19,30%
COOPSETTE SOCIETA' COOPERATIVA (**)	135.100	13.510.000	19,30%
CONSORZIO STABILE COSEAM ITALIA SPA	23.100	2.310.000	3,30%
COLLINI LAVORI SPA	21.000	2.100.000	3,00%
OBEROSLER CAV. PIETRO S.R.L. in concordato preventivo (***)	16.100	1.610.000	2,30%
EDILIZIA WIPPTAL SPA	4.900	490.000	0,70%
NUOVA MAZZI S.R.L.	3.500	350.000	0,50%

CORDIOLI & C. SRL (****)	3.500	350.000	0,50%
CCC CONSORZIO COOPERATIVE COSTRUTTORI	700	70.000	0,10%
Totale	70.000.000	70.000.000	100%

(*) di cui richiamati euro 50.400.000 pari al 72% e versati euro 50.065.400 pari al 71,52%

(**) in liquidazione coatta amministrativa, in stato di insolvenza

(***) in concordato preventivo - subentro al socio di Pessina Costruzioni S.p.A. con iscrizione a Libro soci
in data 8.01.2019

(****) in amministrazione straordinaria

3.2.2 La società Autostrada Campogalliano Sassuolo s.p.a.

La ricorrente AutoCS è società di progetto costituita ai sensi dell'art. 156 del D.lgs. n. 163/2006, nella forma di società per azioni con oggetto sociale l'esecuzione delle opere e dei servizi previsti dal contratto di concessione avente ad oggetto la progettazione, realizzazione e gestione del Collegamento Autostradale Campogalliano Sassuolo, tra l'A22 e la SS467 "Pedemontana" in esito a procedura ristretta.

Il rapporto concessorio con il Concedente Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti è regolato da Convenzione del 4 dicembre 2014, integrata con l'Atto aggiuntivo del 24 aprile 2018.

Al punto 10.3 della citata Convenzione è dato atto della composizione della compagine societaria per la società di progetto "Autostrada Campogalliano Sassuolo S.p.A.", costituita ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 156 del D.Lgs. 163/2006 e ss.mm.ii., le società Autostrada del Brennero S.p.A., Impresa Pizzarotti & C. S.p.A. Coopsette Soc.

Coop., Oberosler Cav. Pietro S.p.A., Consorzio Stabile COSEAM Italia S.p.A., Edilizia Wipptal S.p.A. e Cordioli & C. S.p.A. che, unitamente alle società collegata e controllata concessionaria, ai sensi della Direttiva CE n. 18 del 31 marzo 2004, potranno eseguire i lavori e prestare i servizi oggetto della Concessione, se in possesso dei requisiti stabiliti dalle norme legislative e regolamentari vigenti al momento dell'affidamento.

E', previsto un vincolo alla cessione delle quote azionarie, le imprese Autostrada del Brennero S.p.A., Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., Coopsette Soc. Coop., Oberosler Cav. Pietro S.p.A., Consorzio Stabile COSEAM Italia S.p.A. non possono cedere integralmente la loro partecipazione nella Società di Progetto sino alla emissione del certificato di collaudo del Collegamento Autostradale.

Ai sensi dell'art 10. 6 della Convenzione, la cessione di partecipazioni che comporti la perdita di controllo, così come definita dall'art. 2359 del Codice Civile, nel capitale del Concessionario, nonché ogni eventuale trasformazione, fusione e scissione, compresa l'esecuzione di rilevanti operazioni straordinarie, anche sul capitale sociale, ed ogni operazione di riassetto societario, quali ad esempio cessioni d'azienda sono subordinate alla preventiva autorizzazione del Concedente sulla base dell'istruttoria da questi compiuta.

Con riguardo allo Statuto, esso assorbe le prescrizioni degli Atti convenzionali.

Dai dati dei Bilanci versati in atti emerge per l'esercizio 2018 una compagine societaria così rappresentata:

Socio	Nr Azioni	Capitale sottoscritto	Capitale versato	% di possesso
AUTOSTRADA DEL BRENNERO S.P.A.	35.700.000	35.700.000,00	8.944.125,00	51,00%
IMPRESA PIZZAROTTI & C. S.P.A.	21.903.000	21.903.000,00	5.487.483,75	31,29%
COOPSETTE SOCIETA' COOPERATIVA*	10.136.000	10.136.000,00	2.539.430,00	14,48%
CONSORZIO STABILE COSEAM ITALIA S.P.A.	1.631.000	1.631.000,00	408.623,75	2,33%
OBEROSLER CAV. PIETRO S.R.L.**	210.000	210.000,00	52.612,50	0,30%
EDILIZIA WIPPTAL S.P.A.	210.000	210.000,00	52.612,50	0,30%
CORDIOLI & C. S.R.L. IN LIQUIDAZIONE***	210.000	210.000,00	52.612,50	0,30%
Totale	70.000.000,00	70.000.000	17.537.500,00	100%

* procedure in corso: liquidazione coatta amministrativa, stato di insolvenza;

** in data 12 giugno 2018 la Società Oberosler Cav. Pietro S.r.l., in concordato preventivo, ha ceduto a Pessina Costruzioni S.p.A. il ramo di azienda operativo comprendente, inter alia, la partecipazione, pari allo 0,30%, detenuta in Autostrada Campogalliano Sassuolo S.p.A. Pessina Costruzioni S.p.A. non risulta ancora iscritta nell'elenco Soci, ai sensi dell'articolo 7.1 dello Statuto Sociale;

*** procedure in corso: liquidazione volontaria, in amministrazione straordinaria, stato di insolvenza.

Il punto 11.3 della Convenzione riporta un Rapporto tra Contributi/Investimento complessivo pari al 50%.

La società AutoCS gode di un contributo pubblico per il quale è previsto il rimborso integrale, comprensivo di una remunerazione.

I benefici si configurano nella forma del Contributo pubblico di 215 milioni di euro e di misure agevolative, ai sensi dell'art. 18 della legge n. 183/2011 (finanziamento infrastrutture mediante defiscalizzazione), una tantum e per l'intera durata della concessione, con un valore attualizzato alla data della sottoscrizione del I Atto Aggiuntivo di 35,86 milioni di euro e compensazione debito IVA per l'importo di 125.286 euro. Tali misure sono utilizzabili a completamento del rimborso delle sole quote capitale del contributo pubblico.

Rispetto al canone di concessione l'ammontare del beneficio fiscale complessivo ammonta a 42,12 milioni di euro. Tra le fonti di copertura del fabbisogno finanziario è previsto l'impiego di: risorse fornite dagli azionisti, il contributo pubblico in conto capitale, oltre al ricorso a finanziamenti bancari di *Project Financing*.

Per la quota del fabbisogno finanziario del Progetto non finanziabile con ricorso a finanziamento bancario è previsto l'apporto di capitale di rischio da parte degli azionisti per un ammontare complessivo di €/70 mln, somma interamente costituita da capitale sociale. I cui versamenti sono modulati secondo il fabbisogno annuo riscontrato per coprire i costi di costruzione ad integrazione del capitale di debito e del contributo.

Alla luce della complessiva struttura disegnata dagli atti convenzionali

e dallo Statuto delle società AutoCS e ARS le motivazioni delle ricorrenti non appaiono suscettibili di accoglimento. Si evidenzia negli atti una composizione di relazioni che determina un potere effettivo alquanto penetrante in termini di prescrizioni idonee a rendere effettivi e persistenti i vincoli di controllo e di finanziamento riconducibili agli indicatori di cui al par. 2.38 del Regolamento.

4. Il requisito della produzione

Ai fini della risoluzione della controversia occorre accertare, altresì, se è soddisfatto il criterio utilizzato per classificare la produzione come destinabile o non destinabile alla vendita e i produttori come produttori di beni e servizi destinabili o non destinabili alla vendita, e stabilire pertanto se un'unità istituzionale, nella quale un'amministrazione pubblica detiene una partecipazione di controllo debba essere definita come un produttore di beni o servizi non destinabili alla vendita e pertanto classificata nel settore delle amministrazioni pubbliche, oppure come un produttore di beni e servizi destinabili alla vendita e pertanto classificata come società pubblica, nei termini del SEC 2010.

Ai sensi del par. 20.19 del Regolamento i produttori di beni e servizi non destinabili alla vendita offrono tutta la loro produzione o la maggior parte di essa gratuitamente o a prezzi economicamente non significativi. Per prezzi economicamente significativi s'intendono - a sensi del Regolamento- i prezzi che esercitano un'influenza sostanziale:

- sulla quantità di prodotto che i produttori sono disposti a fornire e
- sulla quantità di prodotto che gli acquirenti desiderano acquistare.

Nel caso delle ricorrenti l'accertamento è diretto a verificare se le entità controllate dall'amministrazione pubblica, che si dichiarano essere società che producono per il mercato, abbiano le caratteristiche per essere inserite o meno nel settore S.13 delle amministrazioni pubbliche, ovvero se i prezzi di pedaggio praticati incidono sulla produzione del servizio da parte delle società ricorrenti e sulle quantità del servizio acquistato dagli utenti/consumatori dei tratti autostradali in argomento.

Il par. 20.21 del Regolamento esplicita chiaramente che: *“Quando i produttori sono società private, si può presumere che i prezzi siano economicamente significativi. Al contrario, in presenza di un controllo pubblico i prezzi dell'unità possono essere stabiliti o modificati per fini di politica pubblica, il che può creare difficoltà nello stabilire se i prezzi siano economicamente significativi. Spesso le società pubbliche sono costituite dalle amministrazioni pubbliche per fornire beni e servizi che il mercato non produrrebbe in quantità o a prezzi rispondenti alle politiche governative. Nel caso di tali unità che godono del sostegno delle amministrazioni pubbliche, le vendite possono coprire una quota consistente dei costi, ma la loro risposta alle forze di mercato sarà diversa rispetto alle società private.”*

Al fine di compiere la valutazione sulla produzione il Regolamento prevede un'analisi articolata in una serie di indici ed in un test quantitativo.

Gli indici relativi alla produzione di un produttore pubblico sono individuati nel par. 20.23 del Regolamento, ai sensi del quale *[..] di norma, si hanno prezzi economicamente significativi quando sono soddisfatte*

le due seguenti condizioni principali: 1) il produttore è incentivato ad adeguare l'offerta con l'obiettivo di realizzare un profitto nel lungo termine o almeno di coprire con le vendite il costo del capitale e gli altri costi di produzione, ivi compresi gli ammortamenti, e 2) i consumatori sono liberi di scegliere sulla base dei prezzi applicati."

Il par. 20.29 prevede che per decidere se sono unità che producono beni e servizi destinabili alla vendita a prezzi economicamente significativi, occorre verificare i criteri di cui ai paragrafi da 20.19 a 20.28 e le condizioni sono le seguenti:

- a) il produttore è un'unità istituzionale (condizione necessaria; cfr. anche l'albero delle decisioni di cui al paragrafo 20.17);
- b) il produttore non si dedica alla produzione di servizi ausiliari;
- c) il produttore non è l'unico fornitore di beni e servizi dell'amministrazione pubblica o, se lo è, ha concorrenti; e
- d) il produttore è incentivato ad adeguare l'offerta per realizzare un'attività redditizia, ad essere in grado di operare alle condizioni di mercato e a rispettare le sue obbligazioni finanziarie.

La capacità di effettuare un'attività di produzione di beni e servizi destinabili alla vendita viene verificata in particolare mediante il normale criterio quantitativo (il criterio del 50%), basato sul rapporto tra vendite e costi di produzione (secondo la definizione di cui ai paragrafi 20.30 e 20.31). Per essere un produttore di beni e servizi destinabili alla vendita, l'unità pubblica deve coprire almeno il 50% dei suoi costi con le sue vendite per un periodo pluriennale continuativo (c.d. Test market | no market).

Ai sensi del par. 20.30 ai fini del test, per la distinzione tra produzione di beni e servizi destinabili alla vendita o non destinabili alla vendita, le vendite di beni e servizi corrispondono agli introiti ottenuti dalle vendite, cioè al valore della produzione di beni e servizi destinabili alla vendita (P. 11) aumentata da eventuali pagamenti per la produzione di beni e servizi non destinabili alla vendita (P. 131).

4.1 La condizione di produttori market delle società ricorrenti (test market/no market)

Secondo le prospettazioni delle parti ricorrenti mancherebbe uno degli elementi costitutivi ai fini del SEC 2010, in quanto esse sono imprese che, secondo l'art.10 comma 8 della legge 24 dicembre 1993, n. 537 esercitano un'attività di natura privata come impresa di gestione autostradale, volta alla massimizzazione di profitti, al perseguimento di utili ed alla distribuzione di dividendi ai soci.

Ciascuna ricorrente ha versato in atti gli estratti dei Bilanci degli esercizi 2016, 2017, 2018 e documentazione a sostegno.

L'Istat e la Procura generale sono giunti alla conclusione opposta ritenendo che gli elementi addotti non configurino le società come entità market e che le entrate derivanti da pedaggio non sarebbero qualificabili come "ricavi di vendita", ai sensi del SEC 2010.

Da questi differenti assunti derivano esiti completamente opposti dal punto di vista del market test.

Il Collegio ricorda che non è estraneo all'ordinamento che l'attività privata possa essere diretta alla gestione di un servizio pubblico, senza che questo, ne alteri il carattere pubblico. L'art. 10 comma 8

della legge n. 537/1993 richiamato dalle parti ricorrenti a sostegno delle tesi difensive, pertanto non appare inferente per dirimere la questione sul valore di mercato o meno della produzione e quindi stabilire se l'attività è interamente orientata da logiche di mercato.

La distinzione tra beni e servizi destinabili alla vendita e non destinabili alla vendita e pertanto, per le entità del settore pubblico, la loro classificazione nel settore delle amministrazioni pubbliche o nel settore delle società è il risultato di un procedimento di valutazione, che si muove all'interno di dinamiche di mercato.

Il Regolamento par 3.17 e segg. definisce la produzione di beni e servizi destinabili alla vendita evidenziando il complesso delle tipologie di produzione. La produzione è destinabile alla vendita qualora i prodotti siano venduti a prezzi economicamente significativi, questi ultimi sono definiti come i prezzi che producono un effetto considerevole sui quantitativi di prodotti, che i produttori sono disposti a fornire e sui quantitativi di prodotti che gli acquirenti sono pronti ad acquistare.

Il Collegio non intende pronunciarsi *ex professo* sulla natura giuridica dei proventi da pedaggio ai fini del test, tuttavia, poiché i criteri ed il test c.d. "market/no market", indicati dal Regolamento sono finalizzati a cogliere le dinamiche all'interno di un sistema di mercato, non può prescindere dal considerare che in esso la "libertà di scelta" è definita in termini economici e si fonda sulla premessa che ciascun soggetto produttore-consumatore è spinto a soddisfare i propri bisogni sulla base delle migliori opportunità disponibili, collegate

indissolubilmente alla forma di mercato nel quale si muove.

Il par.20.22 del Regolamento stabilisce che per analizzare la differenza tra un produttore di beni e servizi destinabili alla vendita e un produttore di beni e servizi non destinabili alla vendita, in relazione all'evoluzione delle condizioni del mercato, è utile specificare quali unità sono i consumatori dei beni e dei servizi in questione e se il produttore compete effettivamente sul mercato o se opera in regime di monopolio.

Nel caso *ante atrium*, le società ricorrenti esercitano attività di gestione autostradale, attraverso contratti di concessione. Le infrastrutture autostradali raramente sono soggette alla concorrenza diretta di altre infrastrutture dello stesso tipo o di altre infrastrutture di diverso tipo, che offrono servizi altamente fungibili, oppure direttamente alla concorrenza di siffatti servizi. La tecnologia risulta un elemento rilevante, in quanto le imprese che operano in tali settori presentano una struttura produttiva che richiede imponenti investimenti nella rete, ne consegue una decrescenza dei costi medi fissi, che si traduce in una diminuzione dei costi medi totali in presenza di un andamento relativamente costante dei costi marginali e medi variabili. L'esercizio del servizio autostradale in concessione presenta le caratteristiche di un monopolio naturale, con una funzione dei costi sub-additiva. E' la gestione dell'infrastruttura stradale per la sua intera estensione a determinare una condizione di monopolio naturale, mentre gli altri servizi fruibili su di essa, potrebbero essere offerti da imprese differenti. Il regime monopolistico costituisce una deroga, ai principi di libero

scambio e di concorrenza, avente precise delimitazioni in quanto incidente su presupposti di base dell'Unione Europea. La regolamentazione del monopolio naturale per le c.d. "public utilities" è diretta a ripristinare le condizioni di efficienza allocativa e di equità distributiva dei benefici dello scambio tipici della concorrenza perfetta, essa tuttavia non può imporre al monopolista di praticare il prezzo di concorrenza perfetta perché a determinate condizioni si configura una perdita sui costi fissi, la cui copertura sarebbe posta a carico dell'intera comunità, per il beneficio degli utenti del monopolista.

Nel settore autostradale si configura una situazione di monopolio regolamentato anche nel tasso di rendimento da riconoscere all'impresa ed in alcuni casi nella definizione dell'ammontare del capitale da remunerare; ne consegue che anche la funzione di massimizzazione dei profitti viene influenzata, in quanto soggetta ad un vincolo definito con la regolamentazione.

Nel caso delle ricorrenti l'autorità pubblica concedente riconosce loro un tasso di rendimento, ovvero, stabilisce il costo del servizio e, quindi, il corrispondente livello di ricavi complessivi consentito. Riguardo la metodologia adottata, il Collegio non ha interesse a pronunciarsi, limitandosi ad osservare che lo strumento del cd. *price cap*, ovvero il tetto imposto sulla dinamica del prezzo non impedisce completamente alle imprese di agire, ma indubbiamente confina la libertà del concessionario agli eventuali extra-profitto, che non siano vincolati.

Giova ricordare quanto previsto dal Regolamento par. 1.37: *"Una attività è considerata attività di produzione di beni e servizi, destinabili alla*

vendita se i relativi beni e servizi sono scambiati alle seguenti condizioni:

(1) i venditori agiscono per massimizzare i loro profitti sul lungo periodo e a tale scopo vendono beni e servizi liberamente sul mercato a chiunque sia disposto a pagare il prezzo richiesto;

(2) gli acquirenti agiscono per sfruttare al massimo le loro risorse limitate, acquistando i prodotti che meglio soddisfano le loro esigenze al prezzo offerto;

(3) si ha un mercato effettivo allorché i venditori e i compratori hanno accesso al mercato e dispongono di informazioni su di esso. Un mercato effettivo può operare anche se tali condizioni non sono pienamente soddisfatte.

Al par. 6.3.1.5.15, il Manuale pone l'attenzione sulla circostanza che il prezzo addebitato agli utenti finali sia fissato dai documenti contrattuali, anziché fissato liberamente dal concessionario e adeguato solo al verificarsi di determinati eventi e/o all'inflazione. Non osta l'eventualità che la concessione sia concessa gratuitamente o possa comportare pagamenti dal concessionario al governo.

Ai sensi del Regolamento la capacità di effettuare un'attività di produzione di beni e servizi destinabili alla vendita viene verificata in particolare mediante il normale criterio quantitativo (il criterio del 50%), basato sul rapporto tra vendite

e costi di produzione (secondo la definizione di cui ai paragrafi 20.30 e 20.31). Per essere un produttore di beni e servizi destinabili alla vendita, l'unità pubblica deve coprire almeno il 50% dei suoi costi con le sue vendite per un periodo pluriennale continuativo.

Nel caso di specie, circostanza non contestata dall'A22 è che la società svolge l'attività principale sulla base di un rapporto concessorio. Il

Valore ed i Costi di produzione devono essere ricavati dalle risultanze del Conto Economico per il 2016,2017, in atti. Nelle Relazioni ai Bilanci degli esercizi richiamati viene evidenziato che il valore di produzione principale è rappresentato dai *“ricavi relativi alla “gestione tipica” autostradale, esposti al lordo del canone di concessione [..]”* pari a € 385.195.553 per il 2018, € 353.251.602 per il 2017, € 339.851.641 per il 2016.

Esclusa ogni valutazione sul rapporto di concessione e sull’attuale regime di proroga, assume rilievo ai fini di questo giudizio il fatto che è un sistema convenzionale a regolare i rapporti tra concedente e concessionario e, che all’interno di esso il prezzo *rectius* la tariffa di pedaggio è regolamentata dalla legge 30 aprile 1999, n. 136 ai sensi del quale sono devoluti allo Stato, quale canone di concessione, i diritti di pedaggio effettivamente conseguiti decurtati spese e costi d’esercizio e l’assegnazione di un dividendo al capitale dell’ente concessionario. La misura della tariffa praticata dall’A22 non si forma nei termini del libero scambio e dello spontaneo incontro tra la domanda e l’offerta, ma costituisce un rendimento regolamentato sia nella struttura, che negli elementi costitutivi; i parametri del “prezzo” sono infatti determinati dalla Convenzione del 29 luglio 1999; nel corso del tempo gli sono state compiute revisioni ma il rendimento risulta costantemente concordato con il soggetto concedente ed è esclusa ogni intersezione con autonome politiche di prezzo e con l’effettiva domanda dei consumatori/utenti.

Le considerazioni sin qui condotte appaiono suscettibili di essere estese ai rapporti che caratterizzano la società Autostrada Regionale

Cispadana e la società Autostrada Campogalliano -Sassuolo. Rispetto ad esse, in disparte ogni approfondimento e valutazione sul c.d. "*rischio di cattura del regolamentatore*" e quindi sugli strumenti concessori, seppure le ricorrenti non risultino attualmente in regime di gestione non essendo realizzate le infrastrutture, per esse si configurano le caratteristiche del monopolio regolamentato di cui *supra*; atteso che le tariffe di pedaggio sono definite e calcolate in via convenzionale sia a livello iniziale che in via revisionale, con predeterminazione di parametri ed indici, da parte del soggetto pubblico concedente nelle rispettive convenzioni, che determinano le politiche di prezzo.

Per tutto quanto sopra premesso i ricavi delle società ricorrenti non possono pertanto essere presi in considerazione per intero, ma esclusivamente per la parte che presenta le caratteristiche richieste dalla geometria dello scambio, relativa al venditore, al consumatore, all'effettività del mercato nei termini come in motivazione, essi quindi non risultano coprire con le vendite il 50% dei costi di produzione, ai sensi del SEC, per un periodo pluriennale continuativo.

5. Per il complesso delle ragioni sopra esposte i ricorsi proposti si ritengono infondati ed essi conseguentemente devono essere rigettati.

6. In considerazione della novità delle questioni poste dai ricorsi, sussistono le ragioni previste dall'art. 31, comma 3, c.g.c. per l'integrale compensazione delle spese.

PER QUESTI MOTIVI

La Corte dei conti, Sezioni riunite, in sede giurisdizionale ed in speciale composizione, rigetta i ricorsi e compensa le spese.

Si dà atto che il presente dispositivo è stato letto in udienza.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 4 marzo 2020.

Il Magistrato estensore

Il Presidente

f.to Maristella Filomena

f.to Mauro Orefice

La presente decisione, il cui dispositivo è stato letto all'udienza del 4 marzo 2020 è stata depositata in Segreteria in data 11 maggio 2020.

Il Direttore della Segreteria

f.to Maria Laura Iorio