

SEZIONI RIUNITE IN SEDE GIURISDIZIONALE IN SPECIALE COMPOSIZIONE
ex art. 11, comma 6, lett. b), c.g.c.

Sentenza n. 17/2023/RIS depositata in data 19/10/2023;
sentenza n. 19/2023/RIS depositata in data 28/11/2023.

ESITO: *disapplicazione dell'art. 23-quater del d.l. n. 137/2020, con disposizione di incombenze istruttorie ai sensi degli artt. 94 e 96 c.g.c. e rinvio della discussione del merito della causa a udienza fissa.*

RICORSI nei due diversi giudizi: a) per l'accertamento e la declaratoria della non applicazione alla società Autostrada del Brennero S.p.A. e alla Società Autostrada Regionale Cispadana S.p.A., quali parti ricorrenti nei due diversi giudizi, *“della disciplina nazionale sul contenimento della spesa pubblica”*, ai sensi dell'art. 11 del D.Lgs. n. 174/2016 e s.m. e comunque dell'insussistenza dei presupposti per la qualificazione di entrambi le ricorrenti come *“amministrazione pubblica”*, ai sensi dell'art. 1, comma 3, della legge n. 196/2009 e del regolamento UE n. 594/2013 (SEC 2010); b) per l'annullamento, previa sospensione degli effetti, dell'Elenco delle amministrazioni pubbliche, inserite nel conto economico consolidato individuate ai sensi dell'art. 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 e ss.mm., pubblicato sulla G.U., serie generale n. 229 del 30 settembre 2022, nella parte in cui l'ISTAT ha inserito, tra le *“Altre amministrazioni locali”*, la società Autostrada del Brennero S.p.A. e la Società Autostrada Regionale Cispadana S.p.A., quali parti ricorrenti nei due diversi giudizi, per l'anno 2023, nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente tra cui il documento denominato *“Le unità istituzionali appartenenti al settore delle Amministrazioni pubbliche (S13)”*.

RICORRENTI nei due diversi giudizi:

- Società Autostrada del Brennero S.p.A., in persona del presidente e legale rappresentante *pro tempore*;
- Società Autostrada Regionale Cispadana S.p.A., in persona del presidente e legale rappresentante *pro tempore*.

RESISTENTI:

Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT), in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), in persona del ministro *pro tempore*.

PARTE NECESSARIA INTERVENIENTE:

Procura generale presso la Corte dei conti.

QUESTIONE RISOLTA: *disapplicazione dell'art. 23-quater del d.l. n. 137/2020 e necessaria specificazione del test market/non market con riguardo alla dimostrazione del requisito della possibile concorrenza sul mercato, nonostante la presenza di una tariffa regolamentata e di una concessione autostradale, in termini di “qualità” del prezzo e di elasticità dei corrispettivi, per cui si dispongono ulteriori incombenze istruttorie e il rinvio della discussione a nuova udienza.*

Riferimenti normativi: *TUE*: art. 19; *TFUE*: art. 267; *Cost.*: art. 3; art. 24; art. 25; art. 81, c. 6; art. 97; art. 100; art. 101, c. 2; art. 103; art. 111; art. 113; art. 114; art. 118; *Carta di Nizza (CDFUE)*: art. 41; art. 47; art. 52, par. 3; *CEDU*: art. 6; *c.g.c.*: art. 7; art. 11, c. 6, lett. b); art. 96; art. 94; art. 106; art. 128, c. 3; *c.c.*: art. 2359; *c.p.c.*: art. 34; **D.L. n. 137/2020, conv. con modificazioni in L. n. 176/2020**: art. 23-*quater*; **D.Lgs. n. 175/2016 (TUSP)**: art. 2, c. 1, lett. b); **L. n. 161/2014**: art. 30; **Regolamento n. 549/2013/UE (SEC 2010)**; **Regolamento n. 473/2013/UE**; **L. n. 243/2012**: art. 2, lett. b) e c); art. 4; art. 7; art. 9; art. 10; **D.L. n. 95/2012**: art. 5, c. 7 e 9; **L. cost. n. 1/2012**: art. 5, c. 1, lett. a); **D.Lgs. n. 118/2011**; **Direttiva n. 85/2011/UE**; **D.L. n. 78/2010**: art. 12, c. 7 e 9; **L. n. 196/2009**: art. 1, comma 3; art. 10, c. 1, lett. a), d), e) e c. 2, lett. a); art. 14, c. 1, lett. a) e c. 3; art. 17, c. 3, 12-*ter*, 12-*quater* e 13; art. 21, c. 12-*ter* e 12-*quater*; **L. cost. n. 241/1990**: art. 21-*octies*; **L. cost. n. 2/1999**; **L. n. 87/1953**: art. 23.

Decisioni conformi: cfr. *ex multis* **C.d.c., SS.RR.**, ord. n. 20/2021/RIS; ord. n. 6/2021/RIS; ord. n. 5/2021/RIS; sent. n. 26/2020/RIS; sent. n. 20/2020/RIS; sent. n. 17/2020/RIS; sent. n. 13/2020/RIS; sent. n. 25/2019/EL; sent. n. 17/2019/EL; sent. n. 16/2019/EL; sent. n. 2/2013; **Corte cost.**, sent. n. 184/2022; sent. n. 67/2022; sent. n. 269/2017; sent. n. 39/2014; sent. n. 72/2012; sent. n. 129/2006; sent. n. 406/2005; sent. n. 166/2004; sent. n. 7/2004; sent. n. 249/1995; sent. n. 94/1995; sent. n. 285/1993; sent. n. 132/1990; sent. n. 389/1989; sent. n. 641/1987; sent. n. 113/1985; sent. n. 170/1984; sent. n. 82/1971; sent. n. 68/1971; sent. n. 110/1970; **Corte di Giustizia U.E.**, sent. del 13 luglio 2023 cause riunite C-363/2021 e C-364/2021; sent. del 22 febbraio 2022, causa C-430/2021; sent. del 21 dicembre 2021, causa C-497/2020; sent. del 16 luglio 2020, causa C-686/2018; sent. del 19 dicembre 2019, causa C-752/2018; sent. 11 settembre 2019, cause riunite C-612/2017 e C-613/2017; sent. del 9 settembre 2003, causa C-198/2001; sent. del 19 giugno 1990; sent. del 22 giugno 1989, causa C-213/1989; sent. del 9 marzo 1978, causa C-106/1977; sent. del 13 luglio 1972, causa C-48/1971; **Cass., SS.UU.**, ord. n. 304/2023; ord. n. 30892/2022; ord. n. 5626/2022; sent. n. 12525/2017; sent. n. 12496/2017; sent. n. 184/2016; sent. n. 5805/2014; sent. n. 192/2012; **Sez. Lav.**, sent. n. 13781/2016; sent. n. 16262/2015; **Sez. II**, sent. n. 13556/2008; sent. n. 17026/2006; **Cons. Stato**, Sez. III, sent. n. 1564/2020; Sez. V, sent. n. 578/2019.

PRINCIPIO DI DIRITTO DESUMIBILE DALLA PRONUNCIA

Le Sezioni riunite, nelle presenti sentenze, hanno preliminarmente affermato che <<l'art. 23-*quater* del d.l. n. 137/2020 deve essere disapplicato in base alla sentenza CGUE, Prima Sezione, Cause riunite C-363/21 e C-364/21..., in quanto tale disposizione, da un lato, contrasta con il principio dell'autosufficienza del ricorso (punto 98) e, per altro verso, determina l'insindacabilità presso qualsiasi altro giudice degli effetti comunitari (punti 69 e 94) in ragione della giurisdizione per materia ed esclusiva originariamente attribuita alla Corte dei conti>>, conseguentemente, <<Per effetto di tale "non applicazione" dell'art. 23-*quater*...le questioni incidentali di legittimità costituzionale proposte diventano irrilevanti (C. cost. sent. n. 67/2022, punto 15 in diritto) e la giurisdizione di questo giudice si riepande in modo pieno ed effettivo (art 7 c.g.c.). Ciò rende scrutinabili tutte le domande proposte, ai sensi del depurato art. 11, co. 6, c.g.c.>>.

Passando, poi, al riscontro dei presupposti sostanziali per la ricognizione effettuata dall'ISTAT, in ordine all'inserimento nell'elenco delle "amministrazioni pubbliche" delle società autostradali ricorrenti, il Supremo Consesso contabile ha statuito che <<Gli elementi per la qualificazione...non possono essere scrutinati in ordine libero, ma devono riscontrati seguendo "l'albero delle decisioni" rigorosamente indicato dal SEC 2010. La sequenza è stabilita dal § 2.32 (e in casi particolari, dal § 20.17), il quale richiede di procedere riscontrando in ordine logico tre

presupposti: (a) l'esistenza di una "unità istituzionale" (2.12. e 2.111); (b) la natura di produttore di beni e servizi destinabili/non destinabili alla vendita (§§ 1.37 e 2.40); (c) il controllo pubblico (§§ 1.36 nonché 2.35-2.39)>> (così cfr. sent. n. 17/2023/RIS. Sullo stesso punto, invece, la sent. n. 19/2023/RIS, conformandosi pienamente a tale contenuto, lo rielabora con i seguenti termini: <<Tale operazione deve avvenire sulla base di criteri dettagliatamente indicati, secondo un ordine preciso (c.d. "albero delle decisioni"), che è stabilito dal par. 2.32, il quale richiede all'autorità competente dello Stato membro di procedere riscontrando in ordine logico: 1) l'esistenza di una "unità istituzionale" (2.12 e 2.111); 2) la natura di produttore di beni e servizi destinabili/non destinabili alla vendita (1.37 e 2.40); 3) il controllo pubblico (1.36 e 2.35 – 2.39)>>).

Pertanto, il Collegio decidente ha disposto che <<Le questioni di cui si discute nel caso odierno...presentano sul punto alcuni elementi di novità: le parti, infatti, controvertono su elementi che mirano a dimostrare una concorrenza nonostante la presenza di una tariffa regolamentata e di una concessione (reattività delle tariffe all'intermodalità; esistenza di un mercato geografico aperto all'entrata, elasticità della tariffa rispetto alla domanda). ...Gli elementi e le informazioni fornite, peraltro, non appaiono supportati di sufficienti riscontri tali da consentire a questo giudice di pervenire ad una decisione sulla "qualità" del prezzo, ed in particolare, sulla elasticità dei corrispettivi>>, di conseguenza <<il Collegio, con separata ordinanza, dispone incumbenti istruttori e rinvia la discussione ad una nuova udienza, a data fissa>> (così cfr. sent. n. 17/2023/RIS. Sullo stesso punto, invece, la sent. n. 19/2023/RIS, conformandosi pienamente a tale contenuto, lo rielabora con i seguenti termini:<<In definitiva, si ritiene...che allo stato degli atti non sia possibile effettuare una valutazione sicura e inequivocabile sulla sussistenza o insussistenza degli indici qualitativi sopra richiamati, quali la reattività delle tariffe all'intermodalità, l'esistenza di un mercato geografico aperto all'entrata, l'elasticità della tariffa rispetto alla domanda, in particolare per la configurazione di "prezzi economicamente significativi" ai sensi del SEC 2010, par. 3.19, con la conseguente necessità di ulteriori approfondimenti istruttori... Approfondimenti che vengono...disposti con separata ordinanza>>).

ABSTRACT

In materia di impugnazione dell'elenco delle amministrazioni pubbliche, inserite nel conto economico consolidato, predisposto annualmente dall'ISTAT, le Sezioni riunite hanno specificato l'esatta esegesi da attribuire alle statuizioni contenute nella sentenza del 13 luglio 2023 della Corte di Giustizia dell'U.E., in ordine alla disciplina eurounitaria relativa ai saldi di bilancio, nei termini di esclusione o inefficacia del sindacato giurisdizionale del giudice contabile, nonché sulla corretta perimetrazione del settore concernente la "pubblica amministrazione", disciplinato dal SEC 2010.

Nel dettaglio, al fine di ricostruire la vicenda normativa, è bene rammentare che la legge di conversione n. 176/2020, all'art. 1, comma 2, ha sancito l'abrogazione del decreto-legge del 23 novembre 2020 n. 154, nel cui art. 5, secondo comma, si prevedeva *ab origine* la medesima modifica all'art. 11, comma 6, lett. b), del codice di giustizia contabile. Tuttavia, siffatta modificazione è stata poi interamente trasfusa, dalla sola legge di conversione n. 176/2020, nell'inedito art. 23-*quater* del decreto-legge n. 137/2020, nella cui versione originaria del 28 ottobre 2020 non prevedeva alcun intervento legislativo sull'art. 11, comma 6, lett. b), del c.g.c., essendo, invece, la novella contemplata dall'art. 5, comma 2, del decreto-legge n. 154/2020, successivamente abrogato. Pertanto, con il successivo inserimento dell'art 23-*quater* nel decreto-legge n. 137/2020, ad opera della legge di conversione n. 176/2020, in vigore dal 25/12/2020, ma con previsione che restassero validi gli atti e i provvedimenti adottati e fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base delle disposizioni abrogate, si è resa definitiva, senza soluzione di continuità, la modificazione dell'art. 11, comma 6, lett. b), c.g.c. nella sua attuale formulazione.

Tuttavia, nel presente giudizio, il Collegio decidente ha dato una lettura precisa sulle ricadute pratiche della nuova normativa che ha novellato l'art. 11, comma 6, lett. b), c.g.c., affermando la disapplicazione dell'art. 23-*quater* nel decreto-legge n. 137/2020, nonché la conseguente irrilevanza delle questioni di costituzionalità prospettate suddetta norma.

Scendendo, poi, nel merito della vicenda processuale, il Supremo Consesso contabile ha avuto modo di precisare, con riguardo al riscontro dei presupposti sostanziali per la ricognizione effettuata dall'ISTAT, che << *Con il riferimento al caso di una concessione ad una società pubblica, per valutare il carattere “economicamente significativo dei prezzi”, il SEC 2010 prezzi (§ 20.29 del SEC 2010 e § 1.2.4.3.52 MGDD) chiede di tenere conto di due peculiari elementi della specificità: (a) il controllo pubblico; (b) la struttura del mercato, che può anche essere monopolistico*>>, in quanto, <<*il controllo pubblico incide sulla quantità e struttura dei prezzi, ma non esclude l'esistenza di una prevalente operatività di mercato e il carattere “economicamente significativo” degli stessi prezzi*>>.

Ciò comporta, secondo il giudice contabile, che il test *market/non market* va comunque e sempre effettuato, anche alla luce della circostanza che <<*queste Sezioni riunite, in materia di concessioni autostradali (sent. n. 13/2020 e sent. n. 26/2020), non si sono mai sottratte dall'effettuare il market/non market test, fermandosi tuttavia alla fase qualitativa e negando sempre il carattere corrispettivo della tariffa regolamentata*>>. Pertanto, incidendo la decisione sulla “qualità del prezzo” e sulla “elasticità dei corrispettivi”, il Collegio giudicante ha disposto, con separata ordinanza ulteriori incumbenti istruttori, rinviando la discussione a nuova udienza.