

Pubblicato il 25/11/2020

N. 01127/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00983/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 983 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Regione Veneto, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Zanlucchi, Ezio Zanon e Filippo Lattanzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso la sede dell'Avvocatura regionale in Venezia, Cannareggio 23;

contro

Autorità di Regolazione dei Trasporti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Venezia, piazza San Marco, 63;

nei confronti

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Venezia, piazza San Marco, 63;

Società Concessioni Autostradali Venete s.p.a. (CAV), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

ANAS s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a) quanto al ricorso introduttivo:

- della delibera dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti n. 67 del 19 giugno 2019 di approvazione del sistema tariffario di pedaggio relativo alla convenzione tra ANAS s.p.a. e CAV s.p.a.;

- dell'allegato A alla Delibera n. 67 del 2019;

- della relazione istruttoria degli uffici relativa alla Delibera n. 67 del 2019;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale ivi compresi, *quantenus opus*: la delibera dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti n. 16 del 18 febbraio 2019 “*Sistema tariffario di pedaggio relativo alle concessioni di cui all'articolo 43 del d.l. 201/2011 come richiamato dall'articolo 37 del medesimo decreto. Avvio del procedimento*”, il relativo allegato A e la relazione illustrativa;

b) quanto ai motivi aggiunti depositati il 3 settembre 2020:

- della relazione depositata da ART il 1 luglio 2020, a seguito dell'ordinanza TAR Veneto n. 509 del 2020, con la quale era stata richiesta una documentata relazione descrittiva in merito alla

specifica determinazione del coefficiente di produttività X di CAV, nonché circa il contestato profilo dei margini di incidenza sui costi di gestione;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2020 il dott. Filippo Dallari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società Concessioni Autostradali Veneto – CAV s.p.a. (in seguito CAV), società interamente pubblica, il cui capitale è suddiviso in misura paritetica tra ANAS s.p.a. (in seguito ANAS) e la Regione Veneto, ha un duplice oggetto sociale: - la gestione, compresa la manutenzione ordinaria e straordinaria, del passante autostradale di Mestre e della tratta autostradale Venezia-Padova; - la realizzazione e gestione degli ulteriori investimenti di infrastrutturazione indicati dalla Regione Veneto, di concerto con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT).

Gli introiti derivanti dalle tariffe autostradali - assume la ricorrente - sono integralmente ed esclusivamente destinati alla realizzazione delle due funzioni sopra descritte e, in particolare, alla realizzazione di interventi di infrastrutturazione viaria da realizzarsi sul territorio della Regione Veneto.

1.1. In data 30 gennaio 2009, ANAS (in qualità di concedente) e CAV (in qualità di concessionaria) sottoscrivevano la convenzione di concessione, approvata con decreto interministeriale n. 81 del 4 febbraio 2009, avente ad oggetto la gestione, compresa la manutenzione ordinaria e straordinaria, delle sopra citate tratte autostradali (passante di Mestre di complessivi Km 32,3 e la tratta Venezia-Padova).

Il rapporto di concessione è stato in particolare diviso in periodi di regolazione di cinque anni. Sei mesi prima della scadenza di ciascun periodo regolatorio le parti dovevano procedere all'aggiornamento del Piano Economico-Finanziario (PEF) e del Piano Finanziario-Regolatorio (PFR) e alla rideterminazione dei parametri tariffari.

1.2. In vista del primo aggiornamento del piano economico-finanziario relativo al periodo regolatorio 2015-2019, CAV ne sottoponeva lo schema al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti il 26 giugno 2015, e in data 8 agosto 2018 le parti stipulavano l'atto aggiuntivo, approvato in data 11 aprile 2019 con decreto adottato dal MIT, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), e registrato dalla Corte dei Conti in data 24 maggio 2019.

Con tale atto aggiuntivo, le parti del rapporto concessorio hanno modificato il contenuto dell'art. 11 "*Piano Economico-Finanziario e Piano Finanziario-Regolatorio*" e dell'art. 15 "*Formula revisionale della tariffa media ponderata*", articolando così il meccanismo tariffario applicabile ai futuri aggiornamenti del PEF in conformità alle disposizioni del CIPE recanti "*Aggiornamento della regolazione economica delle società concessionarie autostradali...*" (delibera CIPE 39/2007, come successivamente integrata dalle delibere 27/2013 e 68/2017).

1.3. A seguito della modificazione del testo degli artt. 37 e 43 del d.l. n. 201 del 2011, di cui all'art. 16, comma 1, del d.l. n. 109 del 2018, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 130 del 2018 (di seguito novella del 2018) l'Autorità di Regolazione dei Trasporti (di seguito ART) interveniva sul quadro regolatorio e negoziale sopra descritto con la Deliberazione n. 16 del 2019 con cui:

- avviava *“un procedimento, che si concluderà con più deliberazioni finali, volto a stabilire il sistema tariffario di pedaggio basato sul metodo del price cap e con determinazione dell'indicatore di produttività X a cadenza quinquennale, descritto nell'allegato A alla presente delibera, per ciascuna delle concessioni ivi richiamate in Appendice”*;
- indiceva una consultazione pubblica sul sistema tariffario di pedaggio.

1.4. A conclusione del procedimento ART adottava la Delibera n. 67 del 19 giugno 2019, in questa sede impugnata, con la quale veniva rimodulato il meccanismo di determinazione delle tariffe in base al citato metodo del *price cap* e veniva determinato l'indicatore di produttività X nella percentuale del 5,13% per ciascun anno del periodo regolatorio, richiedendo quindi a CAV di ridurre i propri costi a regime (Cfr. Allegato A alla Delibera, pag. 21) del 23,13% nell'arco dei successivi 5 anni.

Con tale ultima delibera ART ha quindi disposto che CAV riduca il pedaggio, a carico dell'utenza, e i suoi costi di produzione, incrementando la produttività (c.d. efficientamento).

2. Con ricorso notificato in data 18 settembre 2020 e depositato in data 24 settembre 2020, la Regione Veneto ha impugnato la delibera n. 67 del 2019 e gli atti del relativo procedimento, proponendo i seguenti motivi.

I - Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 43 e 37 comma 2 lett. g) del d.l. n.201/2011 come modificati dal d.l. n.109/2018, convertito con modificazioni in legge.

Anche a seguito della novella del 2018, in relazione alle concessioni in essere, ART non disporrebbe di un potere regolatorio in materia di tariffe, bensì, ai sensi dell'art. 43, comma 1, del d.l. 101 del 2011, esclusivamente di un potere consultivo da esercitarsi nell'ambito del procedimento di aggiornamento-revisione della concessione, da avviarsi su iniziativa del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. All'Autorità spetterebbe esclusivamente di determinare i criteri, mentre sarebbero direttamente i concedenti a determinare in concreto i corrispettivi dovuti per i servizi erogati.

II - In via subordinata e incidentale, illegittimità derivata della delibera per illegittimità costituzionale dell'art. 37, comma 2, lett. g) dell'art. 43 del d.l. 201/2011, come modificati dal d.l. n.109/2018, per contrasto con gli artt. 2, 3, 41 e 97 della Costituzione. Illegittimità della delibera per incompatibilità dell'art. 37, comma 2, lett. g) dell'art. 43 d.l. n. 201/2011, come modificati dal DL n.109/2018 con gli artt. 63 e 49 del TFUE e dei principi di certezza del diritto, del legittimo affidamento e della tutela del mercato interno.

Nell'ipotesi in cui si ritenesse che l'art. 37 comma 2, lett. g), come modificato dal d.l. n. 109 del 2018, riconosca ad ART un potere autonomo di regolazione dei sistemi tariffari delle concessioni in essere, la ricorrente eccepisce l'illegittimità costituzionale della norma per violazione degli artt. 2, 3, 41 e 97 della Costituzione e altresì il contrasto con i principi e le norme dell'ordinamento europeo.

Concretizzandosi in una modifica unilaterale e retroattiva del rapporto negoziale, che disciplinava in modo puntuale il modello tariffario e le sue revisioni-aggiornamenti, l'art. 37 del d.l. n. 101 del

2011 si porrebbe in particolare in contrasto con i principi di stabilità delle regole pattuite, di tutela del legittimo affidamento e di libertà di iniziativa economica.

III - *Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 comma 2, lett. g), e dell'art. 43 del d.l. n. 201 del 2011 e ss. mm. e ii; eccesso di potere per carenza dei presupposti di fatto e di diritto.*

Il potere di ART di introdurre un nuovo sistema tariffario in relazione ad una concessione in essere sarebbe circoscritto all'ipotesi in cui sia in corso un procedimento di aggiornamento o revisione della convenzione. Mentre nel caso di specie la delibera sarebbe intervenuta quando il procedimento di aggiornamento era già stato istruito – era già stata sottoscritto l'atto aggiuntivo – e poteva pertanto considerarsi definito.

IV - *Violazione e falsa applicazione dell'art. 37, comma 2, lett. g) del DL n. 201/2011 e ss. mm. e ii. Eccesso di potere per irragionevolezza e ingiustizia manifesta.*

Sull'assunto di dover applicare un sistema tariffario omogeneo per tutte le concessioni autostradali, ART avrebbe omesso di considerare le peculiarità della concessione di CAV; mentre “*la circostanza che essa pretende di incidere su rapporti concessori in essere postulerebbe uno specifico e puntuale apprezzamento delle caratteristiche di ogni singola concessione*”.

Tale vizio originario avrebbe portato ART ad assumere un intervento ingiustificato e sproporzionato.

V - *Eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione con riguardo all'indicatore di efficienza X.*

Con la deliberazione impugnata ART ha imposto a CAV un coefficiente di produttività pari al 5,13% annuo; ciò comporta che la

società nell'arco dei 5 anni del prossimo periodo regolatorio (2020-2024) dovrà ridurre i propri costi di produzione del 23,13%.

Tali risultati potrebbe essere raggiunti soltanto per mezzo di tagli ai lavori di manutenzione e ai costi del personale. Tuttavia la delibera non consentirebbe di ricostruire le ragioni che hanno portato ad imporre a CAV di attuare un simile taglio dei costi.

3. ART e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti si costituivano in giudizio contestando nel merito le censure proposte ed eccependo in via preliminare il difetto di competenza del Giudice adito e l'inammissibilità delle censure proposte in quanto riguardanti la delibera n. 16 del 2019, non tempestivamente impugnata.

4. Questa Sezione, con ordinanza n. 422 del 4 ottobre 2019 – non impugnata - *“disattesa ai sensi del secondo periodo dell'art. 13, comma 1, c.p.a. l'eccezione di incompetenza territoriale sollevata dalla difesa erariale (anche in base alle precisazioni fornite in Camera di consiglio circa i limiti dell'impugnativa della deliberazione dell'A.R.T. n. 16 del 18 febbraio 2019)”*, respingeva per difetto del requisito del *periculum in mora* la domanda cautelare proposta con il ricorso principale.

5. Depositare memorie e repliche, all'esito dell'udienza pubblica del 20 maggio 2020, con ordinanza istruttoria n. 506 del 12 giugno 2020, *“Rilevato che con il quarto e con il quinto motivo di ricorso, la ricorrente censura la quantificazione del coefficiente di produttività X stabilita dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti, lamentando che la delibera impugnata avrebbe determinato tale coefficiente in modo 'ingiustificato e sproporzionato', senza valutare in modo specifico e puntuale le peculiarità della concessione CAV, mentre 'proprio la circostanza che ... [la delibera] pretende di incidere su rapporti concessori in essere postulerebbe uno specifico e puntuale apprezzamento delle caratteristiche di ogni singola concessione'”,* questa Sezione ha richiesto

ad ART “con riguardo a quanto dedotto sul punto dalla ricorrente e con richiamo a quanto già rappresentato in ordine alla metodologia applicata con riferimento alla generalità dei concessionari - una documentata relazione descrittiva in merito alla specifica determinazione del coefficiente di produttività X di CAV”.

6. In ottemperanza a tale ordinanza in data 1 luglio 2020 ART produceva la relazione richiesta con cui evidenziava in particolare:

- a) che la gestione di CAV è gravemente inefficiente;
- b) che è stata utilizzata la metodologia SFA (*stochastic frontier analysis*), mediante un raffronto dei costi e delle caratteristiche di CAV con quelli delle altre società concessionarie autostradali, tenendo anche conto di fattori distintivi di carattere tecnico-economico, quali: - la percentuale di rete a tre o più corsie (che fornisce maggiori informazioni sulla reale estensione della rete gestita); - la percentuale di rete con opere maggiori [(km di gallerie + km di ponti e viadotti)/lunghezza di rete], che fornisce ulteriori informazioni sulla eventuale complessità aggiuntiva della rete gestita; - l'indice di stato della pavimentazione (IPAV); la percentuale di anni residui della concessione, per tenere conto degli ammortamenti; - il rapporto debito/*equity*, per tenere conto dell'esposizione debitoria;
- c) in ordine ai margini di incidenza dei costi di gestione: - che il coefficiente di efficientamento determinato andrebbe ad incidere sui soli costi operativi, non sui costi di capitale; - che è stato previsto un meccanismo di salvaguardia per le opere realizzate o in corso di realizzazione (Misura n. 17); - che l'Allegato A alla delibera n. 67 del 2019, fermo restando il valore della percentuale complessiva di recupero di efficienza produttiva, consente di determinare con il Concedente un arco temporale di riferimento, per il calcolo

dell'indicatore di produttività annuale, più lungo del quinquennio regolatorio, anche sino al termine finale della concessione.

7. A seguito di tale deposito, la ricorrente proponeva ricorso per motivi aggiunti con cui impugnava la citata relazione di ART proponendo il seguente motivo articolato in più censure.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 37, comma 2, lett. g) del d.l. n. 201 del 2011. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, ingiustizia manifesta, travisamento ed erronea valutazione dei fatti. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione con riguardo all'indicatore di efficienza X.

Si lamenta, sotto un primo profilo, che l'Autorità non avrebbe tenuto in debita considerazione le peculiarità di CAV, che contraddistinguono notevolmente la società ricorrente rispetto alle altre concessionarie autostradali, in particolare, con riferimento al rapporto debito/*equity* e alla percentuale di rete con tre corsie. Diversamente da quanto ritenuto dall'Autorità tali elementi – sostiene la ricorrente - dovrebbero essere valutati in senso positivo.

Sotto un secondo profilo si sostiene che l'istruttoria svolta dall'Autorità si fonderebbe su dati e informazioni errati e non rispondenti alla realtà.

Sotto un terzo profilo, si evidenzia che l'Autorità avrebbe imposto la riduzione di costi che non sono in concreto comprimibili per l'esistenza di vincoli fattuali, normativi e regolatori.

In particolare risulterebbero di difficile riduzione due costi senza dubbio significativi: i costi di manutenzione delle infrastrutture, per esigenze di garanzia della sicurezza della circolazione, e i costi del personale in ragione degli obblighi rivenienti dalla normativa in materia di lavoro (ad es. minimi retributivi derivanti dalla contrattazione collettiva, costi per la sicurezza, TFR, oneri

previdenziali e assicurativi, ecc.), cui la ricorrente non potrebbe sottrarsi.

Infine, si sottolinea, l'eccessiva riduzione dei costi disposta dal nuovo sistema tariffario inciderebbe in senso negativo sulla possibilità della ricorrente di utilizzare gli utili ritratti per realizzare ulteriori obiettivi di infrastrutturazione nel territorio regionale – l'oggetto sociale di CAV - con nocumento per l'intera collettività.

8. Depositata nuovamente le memorie e le repliche, all'udienza pubblica del 7 ottobre 2020, la ricorrente insisteva perché venisse disposta una verifica al fine di accertare la correttezza o meno del metodo applicato da ART per la determinazione del coefficiente di produttività X applicabile a CAV e la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Le impugnazioni proposte da parte ricorrente si fondano su due ordini di censure: il primo è diretto a contestare la possibilità stessa - l'*an* del potere - di ART di incidere unilateralmente sulla concessione in essere di CAV; con il secondo ordine di censure, invece, viene contestato il *quomodo* dell'intervento di ART che avrebbe portato all'imposizione di una riduzione dei costi non proporzionata, senza tenere conto delle specificità di CAV e della difficoltà-impossibilità del conseguimento di tale risultato.

1.1. Il primo ordine di censure (motivi primo, secondo e terzo del ricorso principale) è infondato.

L'art. 37, comma 2, del d.l. n. 201 del 2011, convertito con modificazioni, dalla legge n. 214 del 2011, nel testo originario, nel determinare i poteri di regolazione di ART, alla lett. g) stabiliva che, con particolare riferimento al settore autostradale, l'Autorità

provvede “*a stabilire per le nuove concessioni sistemi tariffari dei pedaggi basati sul metodo del price cap, con determinazione dell'indicatore di produttività X a cadenza quinquennale per ciascuna concessione*”.

L'art. 43, commi 1 e 2, del medesimo decreto legge – sia nel testo originario che nel testo attualmente vigente – invece disciplina il procedimento di aggiornamento-revisione delle concessioni autostradali vigenti.

Con l'art. 16, comma 1, lett. a), del d.l. 109 del 2018, convertito con modificazioni, dalla legge n. 130 del 2018, si è stabilito che: “*all'articolo 37, comma 2, lettera g), dopo le parole 'nuove Concessioni', sono inserite le seguenti: 'nonché per quelle di cui all'articolo 43, (comma 1 e, per gli aspetti di competenza, comma 2)'*”.

Con la novella del 2018 il potere di regolazione di ART in ordine ai sistemi tariffari, originariamente previsto per le sole nuove concessioni, è stato esteso alle concessioni in essere (T.A.R. Piemonte, Sez. II, 1 febbraio 2019, n. 117).

Da tale complessivo quadro normativo, per quanto non perfettamente coordinato, deve quindi concludersi che ART sia il soggetto a cui è specificamente attribuita la funzione di stabilire i sistemi tariffari dei pedaggi basati sul metodo del *price cap*, con determinazione dell'indicatore di produttività X, sia in relazione alle nuove concessioni che in relazione alle concessioni in essere, nell'ambito del procedimento di aggiornamento-revisione delle stesse.

Tale conclusione, peraltro coerente con le prerogative e con le finalità che hanno portato alla istituzione di ART, ha ricevuto l'espreso avallo anche della Corte dei Conti: “*Infatti, l'art. 16, comma 1, del d.l. 28 settembre 2018, n. 109, conv. dalla l. 16 novembre 2018, n. 130,*

ha esteso le competenze dell'Autorità di regolazione dei trasporti nella determinazione degli schemi tariffari dalle sole nuove concessioni anche a quelle vigenti; pertanto, l'Autorità ha provveduto, nel giugno del 2019, a predisporre il nuovo sistema tariffario unico di pedaggio al fine di ridurre la remunerazione del capitale investito, introdurre parametri di efficienza più stringenti, restituire parte dei ricavi generati dal traffico oltre le previsioni e indurre al pagamento di penali per i ritardi negli investimenti? (cfr. Corte conti, Deliberazione 18 dicembre 2019, n. 18/2019/G).

1.2. Né può ritenersi che il potere di ART di intervenire sulle tariffe sia circoscritto ai procedimenti di aggiornamento-revisione di cui al comma 1 del richiamato art. 43 e non a quelli di cui al comma 2 del medesimo articolo.

Infatti, come anticipato, l'art. 37 del d.l. n. 201 del 2011, nella versione attualmente vigente, richiama sia il comma 1 sia il comma 2 dell'art. 43 del medesimo decreto legge, che disciplinano gli aggiornamenti e le revisioni delle convenzioni autostradali laddove comportino variazioni o modificazioni al piano degli investimenti (art. 43, comma 1) ovvero anche qualora non comportino dette variazioni e siano approvate in forza della fisiologica procedura di revisione del periodo regolatorio (art. 43, comma 2) (T.A.R. Valle D'Aosta, 26 giugno 2020, n. 21).

In definitiva, a seguito della citata novella legislativa del 2018 la competenza tariffaria di ART deve essere attivata anche in occasione delle periodiche revisioni delle concessioni in essere, scaduto il singolo periodo regolatorio.

1.3. Infondata è la censura (dedotta con il terzo motivo di ricorso) secondo cui la deliberazione impugnata non sarebbe applicabile alla concessione di CAV in quanto alla data di entrata in vigore della

stessa la ricorrente aveva già avviato il provvedimento di revisione-aggiornamento, sottoscrivendo anche l'atto aggiuntivo.

Il procedimento in questione, infatti, riguardava il periodo concessorio 2015-2019 mentre la delibera impugnata produce effetti a decorrere dall'anno 2020.

Va rilevato inoltre come il mancato perfezionamento del citato procedimento di revisione-aggiornamento della concessione, avviato da CAV, non sia dovuto all'inerzia dell'Amministrazione, bensì alla necessità stessa di attendere la conclusione del procedimento di revisione del modello tariffario avviato con la deliberazione di ART n. 16 del 18 febbraio 2019.

Invero sarebbe stato del tutto irragionevole procedere all'aggiornamento della concessione senza adeguarla al nuovo modello tariffario, posticipando di molti anni l'attuazione della riforma introdotta con la novella del 2018.

1.4. Infondata è la censura (dedotta con il primo motivo di ricorso) con cui la ricorrente lamenta che, in base all'art. 43 del d.l. 201 del 2011, ART avrebbe dovuto esclusivamente esprimere un parere su richiesta del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in ordine alle singole concessioni e non adottare in via autonoma un atto di regolazione generale, stabilendo un sistema tariffario omogeneo per le diverse concessioni in essere.

Come si è già evidenziato, infatti, in base all'art. 37, comma 2, lett. g), come novellato nel 2018, è ART il soggetto a cui spetta delineare il sistema tariffario e la deliberazione impugnata deve ritenersi l'atto conclusivo del procedimento di regolazione prodromico alla successiva attivazione del procedimento attuativo di revisione-aggiornamento delle singole concessioni.

Che ART sia tenuta a stabilire i sistemi tariffari delle convenzioni autostradali in essere oggetto di aggiornamento o revisione e non sia titolare di una mera funzione consultiva è stato infine definitivamente confermato dall'art. 13, comma 3, del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162 (cd. *decreto milleproroghe*), convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8, ai sensi del quale: *“Per i concessionari il cui periodo regolatorio quinquennale è pervenuto a scadenza, il termine per l'adeguamento delle tariffe autostradali relative all'anno 2020 è differito sino alla definizione del procedimento di aggiornamento dei piani economici finanziari predisposti in conformità alle delibere adottate ai sensi dell'articolo 16, comma 1, del decreto-legge n. 109 del 2018, dall'Autorità di regolazione dei trasporti di cui all'articolo 37 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214. Entro il 30 marzo 2020 i concessionari presentano al Concedente le proposte di aggiornamento dei piani economico finanziari, riformulate ai sensi della predetta normativa, che annullano e sostituiscono ogni precedente proposta di aggiornamento. L'aggiornamento dei piani economici finanziari presentati nel termine del 30 marzo 2020 è perfezionato entro e non oltre il 31 luglio 2020”*.

1.5. Deve altresì escludersi la non manifesta infondatezza delle questioni, proposte in via subordinata dalla ricorrente, di illegittimità costituzionale e di non conformità comunitaria del richiamato art. 37, come novellato nel 2018 in relazione ai principi di certezza del diritto, di tutela dell'affidamento e di libertà di iniziativa economica (secondo motivo di ricorso).

Pur nella diversità del linguaggio e dei percorsi, sia la Corte costituzionale (*ex multis*: Corte cost., 31 marzo 2015, n. 56; 22 ottobre 2010, n. 302) che la Corte di Giustizia, hanno escluso una assoluta immutabilità della disciplina *pro futuro* dei rapporti di

durata, sottoponendo tuttavia tali interventi ad un sindacato di ragionevolezza – secondo il lessico della Corte costituzionale - e di proporzionalità – secondo il lessico della Corte di giustizia - che implicano una valutazione in concreto della prevedibilità e delle finalità delle modifiche apportate.

E la novella del 2018, anche sotto il profilo della prevedibilità e della finalizzazione della disciplina, non può in alcun modo ritenersi irragionevole o non proporzionata.

Il potere regolatorio attribuito dall'art. 37, comma 2, lett. g), del d.l. n. 101 del 2011 come novellato nel 2018 non è diretto a produrre effetti retroattivi, bensì *pro futuro* – in quanto riguarda esclusivamente gli sviluppi successivi della concessione - ed incide su di un rapporto consensuale di indubbia natura pubblicistica – in quanto si tratta di una concessione di servizio pubblico con cui viene affidata la gestione di un bene comune di rilievo strategico - di durata particolarmente lunga e caratterizzato da relevantissimi profili di interesse generale.

Per quanto le direttive comunitarie e il d.lgs. n. 50 del 2016 parifichino, sotto vari aspetti, le concessioni di servizi agli appalti ai fini della disciplina sull'evidenza pubblica, non par dubbio che tali tipologie di rapporti non possano essere considerati dei meri atti negoziali di diritto privato, ma conservino un carattere intrinsecamente pubblicistico, con ogni conseguenza in ordine al relativo regime giuridico.

Peraltro, per i rapporti di lunga durata l'ordinamento da tempo (art. 216 del d.lgs. n. 50 del 2016; art. 143, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006; art. 6, comma 4, della legge n. 537 del 1993) impone l'introduzione di meccanismi di adeguamento delle condizioni

negoziali per garantire la conservazione del livello qualitativo delle prestazioni e la stessa concessione di CAV prevede un procedimento di revisione-aggiornamento del rapporto.

Per queste tipologie di rapporti il principio di immodificabilità unilaterale del contratto incontra delle deroghe e, trattandosi di rapporti intrinsecamente pubblicistici, non possono in ogni caso in radice escludersi facoltà di intervento successivo da parte dell'Amministrazione, da esercitarsi tuttavia nel rispetto del necessario bilanciamento con le esigenze di tutela del legittimo affidamento dei privati coinvolti.

Quanto alle finalità della novella legislativa, come evidenziato dalle resistenti, deve rimarcarsi che le disfunzioni del sistema delle concessioni autostradali e, in particolare, dei relativi modelli tariffari (andamento positivo degli utili combinato ad aumenti tariffari, a mancati investimenti programmati, e in definitiva ad extraprofiti non tradottisi in benefici per l'utenza), sono state ampiamente riconosciute e stigmatizzate anche dalla Corte dei Conti (Corte dei Conti, Sez. Centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, Deliberazione 18 dicembre 2019, n. 18/2019/G, cit.).

Pertanto, non può ritenersi irragionevole né imprevedibile che il legislatore abbia inteso porre riparo a tali disfunzioni, imponendo l'applicazione del modello del *price cap*, giudicato idoneo a contemperare efficienza allocativa ed incentivi all'efficienza produttiva, in modo da garantire l'efficientamento, in un settore sostanzialmente monopolistico, nel presupposto che i benefici in termini di minori costi possano tradursi in tariffe più basse per i consumatori.

Ciò peraltro in attuazione delle chiare indicazioni in tal senso delle istituzioni euro unitarie.

Determinante ai fini del vaglio della ragionevolezza-proporzionalità della novella legislativa del 2018 risulta peraltro la considerazione che il potere di incisione sulle concessioni in essere sia stato attribuito ad un soggetto terzo – indipendente – dotato di elevatissime competenze specialistiche sulla base di valutazioni oggettive di carattere tecnico.

In definitiva, le questioni di legittimità costituzionale e di conformità euro unitaria sollevate dalla ricorrente risultano infondate.

Tuttavia la necessità di garantire l'effettività del controllo di ragionevolezza-proporzionalità in concreto, imposto dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Giustizia in relazione alla norma attributiva del potere, richiede un sindacato stretto anche in ordine alla legittimità del provvedimento attuativo.

Alla luce dei principi costituzionali ed euro unitari di certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento e di libertà di iniziativa economica, la ragionevolezza e la proporzionalità del provvedimento attuativo deve essere valutata tenendo conto del fatto che la delibera di ART interviene su di un rapporto convenzionale in essere, da cui già derivano vincoli di fatto, giuridici ed economici con i terzi.

2. Con il secondo ordine di censure, come si è detto, parte ricorrente lamenta che la riduzione dei costi sarebbe stata determinata da ART in modo irragionevole - non proporzionato – sulla base di un metodo non corretto, senza tenere conto delle specificità di CAV e della difficoltà-impossibilità del conseguimento di tale risultato (quarto e quinto motivo del ricorso principale, motivo unico del ricorso per motivi aggiunti).

Tale secondo ordine di censure va condiviso esclusivamente nei limiti di seguito indicati.

2.1. Deve in primo luogo respingersi l'eccezione preliminare, proposta dalle resistenti, di tardività delle censure in esame per il fatto che il metodo di calcolo dell'indice di produttività X sarebbe stato già determinato nelle deliberazioni n. 70 del 2016 e n. 16 del 2019, non impugnate tempestivamente.

L'eccezione non coglie nel segno in quanto la deliberazione n. 70 del 2016 aveva ad oggetto l'individuazione degli ambiti ottimali di gestione del servizio – non la determinazione del coefficiente di produttività X – mentre la deliberazione n. 16 del 2019, in quanto atto di avvio del procedimento, privo di effetti provvedimentali, non era autonomamente lesiva.

2.2. Infondate sono le censure dirette a contestare il metodo tecnico-matematico utilizzato dall'Amministrazione per determinare i costi efficienti di riferimento sulla base dei quali individuare il fattore di produttività X.

La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che gli atti dell'Autorità *“sono normalmente espressione di valutazioni tecniche e conseguentemente suscettibili di sindacato giurisdizionale, in applicazione di criteri intrinseci al settore che viene in rilievo, esclusivamente nel caso in cui l'Autorità abbia effettuato scelte che si pongono in contrasto con quello che può essere definito principio di ragionevolezza tecnica”*. Si è aggiunto che *“non è sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto non è consentito al giudice amministrativo – in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri – sostituire proprie valutazioni a quelle effettuate dall'Autorità”* (Cons.

Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521. Conformi *ex multis*: Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6041).

Il Giudice amministrativo ha un potere di cognizione piena dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato, *“ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità - come ad esempio nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza o di abusi di posizione dominante - detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini”* (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2016, n. 2947).

Ciò *a fortiori* nell'ambito dell'attività regolatoria, specificamente attribuita ad un soggetto – come nel caso di ART – dotato di indubbie caratteristiche di indipendenza e di competenza tecnica e ove vi sono maggiori margini di opinabilità.

Nel caso di specie il metodo utilizzato da ART è il frutto di una scelta tecnica, sempre opinabile, ma comunque ragionevole ed attendibile da un punto di vista tecnico.

La metodologia in questione è conosciuta ed utilizzata da lungo tempo nello svolgimento della funzione di regolazione e la stessa Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA), nel caso richiamato dalla ricorrente (documento di consultazione 402/2019/R/IDR), ha fatto ricorso ad un procedimento del tutto analogo a quello contestato.

Non risulta in particolare in alcun modo irragionevole che ART abbia ritenuto di individuare i costi efficienti di riferimento attraverso la metodologia SFA che dovrebbe consentire di definire la frontiera di costo attraverso il confronto tra i diversi operatori economici del settore, sulla base dei costi e delle caratteristiche degli stessi, e successivamente di analizzare la distanza tra tale valore e i costi effettivamente sostenuti dal singolo concessionario nell'anno di riferimento.

2.3. Infondate sono altresì le contestazioni (motivo unico del ricorso per motivi aggiunti) in base alle quali parte ricorrente contesta l'erroneità dei dati utilizzati da ART.

Tali contestazioni risultano, infatti, del tutto generiche, non supportate da idonei argomenti di prova, e trascurano che i dati in questione sono stati forniti direttamente da CAV e dagli altri concessionari in base a modalità predeterminate.

2.4. Né può ritenersi fondata la censura con cui si lamenta che, nel determinare i costi efficienti di riferimento correlati alla individuazione del coefficiente di produttività X, ART avrebbe ommesso di considerare le specificità di CAV mancando altresì di adempiere all'ordinanza istruttoria di questa Sezione del 12 giugno 2020 (quarto e quinto motivo del ricorso principale e motivo unico del ricorso per motivi aggiunti).

Dalla relazione illustrativa prodotta in data 7 luglio 2020 nonché dalle ulteriori e voluminose produzioni documentali delle resistenti, emerge che ART ha effettivamente operato il confronto tra i diversi concessionari sulla base di numerosi parametri che consentono di tenere conto delle caratteristiche maggiormente significative dei diversi rapporti concessori.

In particolare risulta che tra detti parametri ART abbia effettivamente preso in considerazione la “% di rete a tre corsie” e il rapporto “debito su equity”, ossia gli stessi elementi che la ricorrente ha individuato come quelli maggiormente caratterizzanti la concessione di CAV.

Deve quindi concludersi che ART, pur agendo attraverso un procedimento unico valido per tutti i concessionari coinvolti, ha tenuto in considerazione le specificità di CAV.

D'altra parte l'individuazione dei parametri di riferimento compiuta da ART risulta una scelta tecnico-discrezionale, non viziata da evidenti vizi logici.

In definitiva la metodologia utilizzata da ART per individuare i costi efficienti di riferimento non può ritenersi illegittima sotto i profili denunciati.

E in questo senso non può essere accolta l'istanza di verifica proposta dalla ricorrente che in tale contesto avrebbe una portata sostanzialmente sostitutiva della valutazione compiuta dall'Autorità, travalicando i limiti del sindacato del Giudice adito.

2.5. Fermo quanto sopra appare, invece, fondato il profilo di censura con cui la ricorrente lamenta la mancata valutazione dei margini di effettiva realizzabilità, da parte di CAV, dell'obiettivo imposto, in ragione dei vincoli fattuali, giuridici ed economici già assunti.

Il nuovo sistema tariffario, come già evidenziato, incide su concessioni vigenti: sicché in attuazione dei principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, ART - dopo avere determinato sulla base della metodologia già applicata i costi efficienti (il *benchmark* di riferimento) e sulla base di essi il coefficiente di produttività X della ricorrente - avrebbe dovuto

prendere in considerazione i vincoli giuridici ed economici in essere, operando una personalizzazione ulteriore successiva, in modo da verificare in concreto, sulla base di un'analisi singolare – caso per caso - l'effettiva sostenibilità dell'importante obiettivo imposto.

Non par dubbio, infatti, che ART – pur a fronte di una valutazione dei costi di CAV come ingiustificatamente elevati e quindi da ridurre – soprattutto in relazione ai costi del personale – avrebbe dovuto apprezzare l'incidenza dei vincoli giuridici ed economici già assunti da CAV sulla base del regolamento negoziale previgente, sul corretto svolgimento dell'operazione di efficientamento imposta con la delibera impugnata.

Occorre altresì valutare in concreto se effettivamente la riduzione dei costi in questione sia realizzabile senza compromettere le esigenze di manutenzione dell'infrastruttura autostradale e quindi la sicurezza della circolazione.

Ciò *a fortiori* in ragione del rilevato significativo divario tra gli attuali dati di CAV e i costi efficienti individuati da ART all'esito del procedimento.

2.6. Deve ritenersi, invece, estranea alla determinazione del coefficiente di produttività X la valutazione circa l'adeguatezza dell'utile ritraibile dalla ricorrente ad adempiere ai diversi compiti infrastrutturali assegnati a CAV dalla Regione e dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Invero il sistema tariffario non deve essere strutturato per perseguire finalità ulteriori – anche se meritevoli - rispetto a quelle normativamente previste.

2.7. Il fatto che l'imposto efficientamento debba applicarsi solo ai costi operativi e non anche ai costi di ammortamento e di

remunerazione, in qualche modo circoscrive i profili di censura sopra evidenziati, ma non consente di superarli soprattutto con riferimento ai costi del personale (42% dei costi complessivi) e ai costi di manutenzione ordinaria dell'infrastruttura (30% dei costi complessivi), ossia ai costi più significativi, ma anche maggiormente sensibili.

2.8. L'Allegato A della Deliberazione impugnata prevede una clausola che consente al concedente di definire in via consensuale con il concessionario un arco temporale maggiore rispetto al quinquennio previsto per realizzare l'obiettivo di efficientamento imposto, anche partendo da un valore annuale più basso.

Tuttavia, diversamente da quanto sostenuto da ART, tale clausola non risulta idonea a garantire la personalizzazione necessaria ad assicurare l'effettiva perseguibilità dell'obiettivo imposto.

Da un lato, infatti, tale clausola risulta del tutto indeterminata, rimettendo integralmente alla negoziazione tra concedente e concessionario ogni concreta valutazione sul punto.

Dall'altro lato, tale clausola riguarda esclusivamente il mero profilo temporale, senza consentire alcuna personalizzazione ulteriore, sulla base degli elementi sopra richiamati, della significativa riduzione (23,13 %) dei costi di gestione richiesta.

Anche per la misura della riduzione dei costi doveva essere previsto uno strumento di personalizzazione ulteriore analogo a quello previsto dall'Allegato A per il fattore tempo.

In relazione ai sopra evidenziati circoscritti profili, il quarto e il quinto motivo del ricorso principale e il motivo unico del ricorso per motivi aggiunti devono ritenersi in parte fondati.

Pertanto, il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti devono essere accolti nei limiti indicati.

3. In ragione dell'accoglimento solo parziale delle impugnazioni proposte e della novità delle questioni affrontate, le spese vanno integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie nei limiti di cui in motivazione il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti e per l'effetto annulla nei suddetti limiti gli atti impugnati.

Spese compensate.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Stefano Mielli, Consigliere

Filippo Dallari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Filippo Dallari

IL PRESIDENTE
Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO