

Le concessioni autostradali: evoluzione normativa e regolamentare

Dagli albori alla Delibera ART n.119/2017*

di Gabriele Pisanti*

* L'autore ha conseguito nell'anno accademico 2016/17 il master di secondo livello in "*Antitrust e Regolazione dei mercati*" presso la Facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata, nella quale è attualmente studente del dottorato di ricerca in "*Teoria dei contratti, dei mercati e dei servizi*".

INDICE

Introduzione.....	p.3
--------------------------	------------

PARTE PRIMA

INQUADRAMENTO ED EVOLUZIONE STORICA DELLE CONCESSIONI AUTOSTRADALI.....	p.5
--	------------

1.1 Le concessioni autostradali: sviluppo dell'istituto dal dopoguerra agli anni '90.....	p.5
---	-----

1.2 Dalle nuove concessioni a quelle attuali c.d. "uniche".....	p.12
---	------

1.2.1 Il periodo delle nuove concessioni (1996-2000).....	p.12
---	------

1.2.2 Gli anni delle concessioni "uniche" (2006-2010).....	p.13
--	------

1.3 La natura giuridica delle concessioni autostradali.....	p.19
---	------

1.4 Il complesso scenario delle concessioni autostradali a seguito della nascita dell'ART	
---	--

(dal 2011 ad oggi), anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n.69/2017.....	p.21
--	------

PARTE SECONDA

LA DISCIPLINA DELLE CONCESSIONI NEL VECCHIO E NEL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI.....	p.29
--	-------------

2.1. La normativa nel codice appalti del 2006.....	p.29
--	------

2.2 La nuova disciplina dettata dal D.lgs. n.50/2016.....	p.34
---	------

2.2.1 Introduzione.....	p.34
-------------------------	------

2.2.2 La scelta del concessionario.....	p.35
---	------

2.2.3 L'allocazione del rischio operativo.....	p.39
--	------

2.2.4 L'aggiornamento e la revisione del rapporto concessorio: il principio <i>pacta sunt servanda</i>	p.41
--	------

2.2.5 La cessazione del rapporto e la <i>vexata quaestio</i> della proroga.....	p.44
---	------

PARTE TERZA

**I SOGGETTI ATTUALMENTE PREPOSTI ALLA REGOLAZIONE E ALLA VIGILANZA DEI
CONCESSIONARI AUTOSTRADALI:**

LORO FUNZIONI E POSSIBILI CONFLITTI DI COMPETENZA.....	p.49
---	-------------

3.1 Introduzione: uno sguardo d'insieme sull'odierno assetto istituzionale.....	p.49
---	------

3.2 Il ruolo dell'ANAC sul controllo dei concessionari e possibili conflitti di competenza con il MIT e l'ART.....	p.49
---	------

3.3 L'ART e le sue prime attività regolatorie ex art. 37 del D.l. n.201 del 2011.....	p.53
---	------

3.3.1 Introduzione: quadro sintetico dell'operato dell'ART sul settore autostradale.....	p.53
--	------

3.3.2 Il caso della nuova concessione per l'Autostrada del Brennero.....	p.55
--	------

3.3.3 La consultazione per la concessione delle autostrade A5, A21 ed ulteriori tratte.....	p.58
---	------

3.3.4 La Delibera ART n. 119 del 28 settembre 2017.....	p.64
---	------

3.4 Conclusioni: le difficoltà interpretative poste dalla regolazione multilivello del settore autostradale.....	p.67
---	------

BIBLIOGRAFIA.....	p.69
--------------------------	-------------

Introduzione

La regolazione del mercato autostradale in Italia ha conosciuto una decisa evoluzione negli ultimi anni: essa è tuttora in corso e potrà considerarsi conclusa soltanto nei prossimi decenni, come potrà evincersi dalla lettura di questo lavoro.

L'apertura alla concorrenza di questo settore verrà sempre più attuata attraverso procedure di evidenza pubblica per l'affidamento in concessioni della gestione dell'infrastruttura stradale: queste rappresentano pertanto l'istituto giuridico su cui sarà necessario porre la massima attenzione nelle pagine che seguiranno.

Nel corso del tempo si è verificata non solo una trasformazione delle caratteristiche stesse delle concessioni, ma anche un cambiamento radicale del soggetto concedente e di quello chiamato a vigilare, ma non più a regolare: da qui la necessità di coniugare la trattazione di questo istituto giuridico con la tematica della regolazione del settore.

Gli avvenimenti di cui sopra si inseriscono nel più ampio fenomeno delle privatizzazioni e successive liberalizzazioni che hanno coinvolto buona parte dei settori economici del nostro Paese dagli anni '90 del secolo scorso in poi, sotto la spinta e l'influenza delle decisioni comunitarie e del diritto da esse derivato.

Le autostrade rappresentano pertanto un importante "banco di prova" per testare quanto il nostro Paese abbia efficacemente attuato le sue politiche di liberalizzazione economica e se le ultime misure adottate siano da considerarsi adeguate o vadano viceversa corrette per un migliore funzionamento del sistema *tout court* considerato.

La *ratio* di questo studio consiste nel passare in rassegna quanto sia stato fatto e quanto ancora probabilmente dovrà attuarsi per favorire la crescita della concorrenza nel settore autostradale, la quale tuttavia non potrà mai prescindere dal rispetto degli obblighi sottoscritti con i concessionari: ciò è doveroso anche per una futura evoluzione dell'infrastruttura stessa, che ha sempre la necessità di essere costantemente mantenuta, migliorata e sviluppata.

La sempre maggiore cura della rete esistente da parte delle società concessionarie ha consentito dalla fine degli anni '90 di offrire agli utenti un servizio che anno dopo anno raggiunge nuovi standard di qualità, permettendo al nostro Paese di poter contare su infrastrutture al passo con i tempi e la tecnologia: lo dimostrano i principali dati del settore, dai quali si evince come sulle autostrade il traffico, pur aumentando negli anni, sia sensibilmente più fluido e al tempo stesso più sicuro rispetto al passato (sono infatti crollati i tassi di incidentalità e di mortalità negli ultimi anni). E' evidente tuttavia che non è possibile arrestare questo processo di sviluppo infrastrutturale, pena il far gravare sulle generazioni future quanto già oggi potrebbe essere realizzato, soprattutto in tema di nuove opere.

L'assetto odierno tenderà inevitabilmente a modificarsi nei prossimi anni, con una sempre maggiore standardizzazione del contenuto delle concessioni, in modo da addivenire ad un mercato il più aperto e concorrenziale possibile, fermo restando i limiti posti da infrastrutture fisiche difficilmente duplicabili.

Non bisogna tuttavia dimenticarsi il percorso che ha portato ai risultati odierni, ponendo le autostrade come uno dei pochi esempi dove le privatizzazioni, unite al contestuale controllo sull'operato dei concessionari da parte del concedente pubblico, hanno comportato un sostanziale beneficio per l'intero quadro economico italiano .

PARTE PRIMA:

INQUADRAMENTO ED EVOLUZIONE STORICA

DELLE CONCESSIONI AUTOSTRADALI

1.1 Le concessioni autostradali: sviluppo dell’istituto dal dopoguerra agli anni ‘90.

Le concessioni autostradali rappresentano, fin dalla nascita stessa delle autostrade¹, lo strumento giuridico sui cui poggia l’intero settore: attualmente infatti ben l’87%² della rete è gestita da concessionari privati e non dallo Stato (tramite l’Anas sua controllata).

Tale istituto deriva dalle concessioni ferroviarie, nate nel XIX secolo e successivamente abbandonate come modello giuridico-organizzativo agli inizi del secolo successivo³; al contrario della rete su ferro tuttavia, si è riscontrata una accentuata longevità dello strumento concessorio in ambito autostradale, pur con la doverosa precisazione che nel tempo si sono verificate, simili al moto di un pendolo, “oscillazioni periodiche” tra “*il prevalere della razionalità economico privatistica cui segue l’affermarsi della logica pubblicistico-dirigista*”⁴.

Nonostante la normativa nazionale prevedesse da parecchio tempo l’istituto concessorio, solo recentemente il Legislatore nazionale ha provveduto a fornirne una definizione adeguata⁵, su impulso dell’ordinamento

¹Il primato della prima autostrada costruita al mondo è conteso tra l’Italia (nel 1924 fu inaugurata il primo tratto dell’attuale A8 tra Milano e Varese) e la Germania (che nel 1921 completò la costruzione dell’AVUS a Berlino): i fautori del primato tedesco si basano sulle date di progettazione (1909) e di apertura (1921) antecedenti alle date italiane, mentre il primato è rivendicato dall’Italia dato che solo l’opera italiana è stata realizzata con lo scopo precipuo di agevolare il traffico automobilistico, mentre la AVUS nasce con il doppio scopo di strada e di pista di prova, come dice il suo stesso nome, ovvero strada per il traffico (V) e per le prove (U) delle automobili. Se dunque questo primato è oggetto di dibattito, sicuramente la prima concessione autostradale è stata una idea tutta italiana, nata dal un’intuizione dell’ingegner Piero Puricelli, che nel 1921 creò la Società Anonima Autostrade-Saa, la quale ottenne nel 1923 dall’allora Ministero dei Lavori Pubblici una concessione per la costruzione e per l’esercizio della futura autostrada dei Laghi: in cambio di tali opere, la SAA acquisì appunto il diritto di riscuotere i pedaggi dagli utenti dell’infrastruttura.

² Il dato è ricavabile dalla lettura del documento di P. Sestito, “*Indagine conoscitiva in materia di concessione autostradali. Testimonianza del Capo di Servizio di struttura economica della Banca d’Italia*”, Commissione 8° della Camera dei Deputati, Roma, 11 giugno 2015.

³ Si veda a riguardo la L. 22 aprile 1905 n. 37 che ha nazionalizzato la gran parte della rete ferroviaria italiana.

⁴ Così L. Saltari e A. Tonetti in “*Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*”, Giuffrè, Milano, 2017, p. 13.

⁵ Il Legislatore italiano ha definito per la prima volta l’istituto della concessione (di lavori pubblici) nella L. n. 109 del 1994, recependo la direttiva 89/440/ Cee, affermando al numero 2 dell’art. 19 che esse “*sono contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed una amministrazione aggiudicatrice, aventi ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l’esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica. La controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati [...]*”: tale definizione è ricalcata in quella più recente dell’art. 3, lett. uu), D.lgs. n.50/2016 così come modificato dal D. lgs. n.56/2017.

comunitario⁶, il quale è risultato essere determinante anche nel distinguere in maniera adeguata la concessione dall'appalto⁷.

Se dunque è ormai pacifica la definizione dell'istituto in questione, non può dirsi lo stesso circa l'inquadramento del contenuto dell'oggetto delle concessioni autostradali, il quale non sembra coincidere perfettamente con quello delle concessioni di lavori⁸: secondo alcuni, infatti, questa tipologia concessoria rappresenterebbe un ibrido poiché contenente “*tanto il profilo della costruzione delle nuove infrastrutture [...] quanto il momento della gestione di un servizio (passivo) di trasporti*”⁹. Come noto, il meccanismo concessorio consente al concessionario di recuperare i costi delle due componenti sopra esposte attraverso il pagamento di un pedaggio da parte degli utenti dell'infrastruttura, la cui entità è stabilita a livello amministrativo.

Malgrado i dubbi di cui sopra e nonostante le peculiarità del settore, comunemente si afferma che le concessioni autostradali possono comunque classificarsi come *species* del *genus* delle concessioni di lavori *tout court* considerate, a loro volta ricomprese all'interno della più ampia categoria del partenariato pubblico privato.

Inquadrato in maniera sintetica l'istituto, è necessario ripercorrere le vicende delle concessioni autostradali dal dopoguerra fino alla fine degli anni '90, per poi affrontare successivamente le innovazioni che hanno percorso tale strumento dagli anni 2000 ad oggi.

Dopo le prime esperienze concessionarie degli anni '20 e '30, che avevano consentito la costruzione dei primi tratti autostradali del Paese¹⁰, nel dopoguerra la volontà di ricostruzione delle opere pubbliche e delle infrastrutture non può che coinvolgere anche il settore stradale.

⁶ Il legislatore comunitario è poi tornato a definire le concessioni nella direttiva 2014/23/UE, dove alle lettere (a) e (b) dell'art. 2, par. 1, si vanno a definire le caratteristiche proprie di tale istituto, distinguendo la “concessione di lavori”, definita come “*un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto mediante il quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori affidano a uno o più operatori economici l'esecuzione di lavori, ove il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo*”, mentre quella di servizi è da intendersi come “*contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto, mediante il quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori affidano a uno o più operatori economici l'erogazione e la gestione di servizi, diversi dall'esecuzione dei lavori di cui alla predetta lettera (a), ove il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo*”. Queste definizioni sono state poi adottate dall'ordinamento italiano con decreto legislativo 18 aprile 2016 n.50 all'art. 3, rispettivamente alle lettere uu) e vv).

⁷ La mancanza di una chiara linea di demarcazione tra il contratto di appalto ed il contratto di concessione, ha prodotto nel nostro ordinamento un elevato contenzioso riguardante, in particolare, le gare “*bandite per esternalizzare l'erogazione dei servizi piuttosto che la realizzazione di lavori, atteso che il Codice prevede per la concessione di servizi una scarsa disciplina normativa, invero, la concessione di lavori è soggetta alla prescrizioni del D.Lgs. n. 163/2006*”, così M.G. Greco in “Chiarimenti sull'istituto giuridico di concessione nella Direttiva 2014/23/UE. Il rischio “operativo” nel rapporto concessorio” pubblicato online su www.lineeavcp.it, la quale prosegue affermando che risulta “*di tutta evidenza che le controversie sulla corretta configurazione giuridica dell'affidamento di servizi hanno posto il giudice amministrativo o l'Autorità innanzi a una delicata questione. Stabilire, infatti, che la gara contestata avesse per oggetto l'affidamento di un contratto di “appalto di servizi” o di un contratto di “concessione di servizi” significava stabilire se lo stesso affidamento dovesse essere soggetto “in toto” alle prescrizioni del Codice o “semplicemente” conformarsi ai principi in materia di contrattualistica pubblica*”. La nella direttiva 2014/23/UE ha distinto in maniera inequivoca i due istituti ponendo termine alle maggiori questione interpretative.

⁸ Sul punto si veda D. Sorace, C. Marzuoli, “*Concessioni amministrative*”, in Digesto disc. Pubbl.1985, p.280 e ss. .

⁹ Così L. Saltari e A. Tonetti in “*Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*”, Giuffrè, Milano, 2017, p. 15.

¹⁰ Oltre alla Milano-Laghi infatti, nel 1927 viene aperto il tratto Milano-Bergamo (parte dell'attuale A4), mentre tramite la legge 17 maggio 1928, n. 1094 nasce l'AASS (Azienda Autonoma delle Strade Statali), oggi ANAS, alla quale è demandata la vigilanza sulle concessioni autostradali: da notare tuttavia che dopo un iniziale periodo di controllo privato, le successive concessionarie venute alla luce passano sotto il controllo pubblico attraverso l'AASS stessa, che rileverà anche nel 1933 la concessione data alla SAA (Società Anonima Stradale) qualche anno prima. Gli ulteriori tratti realizzati durante il ventennio

La situazione delle infrastrutture nel Paese agli inizi degli anni '50 è critica: la rete autostradale è di appena 440 Km, mentre quella stradale, pur superando i 20000 Km, risulta gravemente danneggiata dagli eventi bellici per circa due terzi della sua estensione: la ricostruzione e lo sviluppo in tale settore avverranno grazie alla nascita di due distinte entità pubbliche, ossia l'Anas (Azienda Nazionale Autonoma delle Strade) tramite il d.lgs. 27 giugno 1946 n. 38 e la Società autostrade concessioni e costruzioni, sorta nel 1950 su iniziativa dell'IRI.

In quegli anni nasce anche l'idea di una grande opera che simboleggerà nel futuro la rinascita e lo sviluppo del Paese stesso: nel 1953 infatti viene creata la società privata Sviluppo iniziative stradali italiane (Sisi), che redige il primo studio di massima per la realizzazione di un'autostrada che colleghi Milano a Napoli, la futura A1, ancora oggi spina dorsale dell'intera rete italiana.

Il legislatore non tarda ad intervenire per lo sviluppo delle opere autostradali, e la legge 21 maggio 1955 n. 463 ne è il primo esempio. L'istituto della concessione presenta in questo atto legislativo delle caratteristiche che compariranno anche successivamente nella normativa del settore; tra i principali aspetti possiamo menzionare:

- il primo comma dell'art. 3 stabilisce che “*nel caso di concessione di costruzione ed esercizio di autostrade, il concorso statale non può superare il 40 per cento del costo di costruzione riconosciuto ammissibile*”;
- il secondo comma della suddetta disposizione poi fissa la durata della concessione in 30 anni dall'apertura all'esercizio dell'autostrada;
- il quinto comma rende palese la preferenza nella scelta dei concessionari, a parità di condizioni, agli “enti di diritto pubblico od i loro consorzi o le società da essi costituite o nelle quali essi abbiano la maggioranza azionaria”.

Alla luce di questi aspetti peculiari, sono possibili alcune considerazioni. In *primis* la predilezione per gli enti pubblici nell'affidamento della concessione rappresenta una prima evidente difformità rispetto al periodo fascista e testimonia la sfiducia degli investitori privati nel prendersi carico della realizzazione di opere così complesse per l'epoca¹¹. Di notevole rilievo anche il fatto che lo Stato non si impegna a finanziare il 100% dei costi delle opere, ma solo fino al 40%, e questo comporta che il concessionario debba necessariamente

fascista furono la Napoli-Pompei (oggi A3), la Brescia-Bergamo, la Torino-Milano e la Padova-Venezia (tutti e tre oggi parte della A4), la Firenze-Mare (attuale A11) e la Genova-Serravalle-Scrvia (l'attuale A7).

¹¹ A testimonianza di questa sfiducia, si pensi ad esempio alla stessa società Sviluppo iniziative stradali italiane (Sisi), la quale dopo aver realizzato un primo progetto dell'Autosole, preoccupata circa la fattibilità stessa dell'opera, accantonò l'idea di costruirla, e donò successivamente gli studi effettuati al futuro concessionario, ossia la Società autostrade concessioni e costruzioni. Bisogna inoltre considerare che l'esperienza delle prime concessioni durante il ventennio fascista aveva “mostrato come le previsioni di traffico e, quindi, i volumi incassati con i pedaggi sono assai incerte e aleatorie perché sottoposte a variabili difficili da prevedere e soprattutto esogene rispetto alla gestione”, così L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p. 33.

recuperare capitali attraverso le modalità previste all'art. 4 della legge 21 maggio 1955 n. 463, ossia tramite emissione di obbligazioni e la stipulazione di mutui.

Il secondo comma dell'art. 3 poi, con la fissazione di un limite trentennale alla concessione stessa, ribadisce il principio secondo il quale al concessionario spetta un periodo congruo di gestione dell'infrastruttura al fine dell'ammortamento dei costi sostenuti per la realizzazione dell'opera: si vedrà poi come la durata delle concessioni sia uno degli attuali e principali temi sulla materia, oggetto di un ampio dibattito (e di controversie) che non accenna a diminuire.

Per la costruzione dell'Autosole, a seguito di quanto previsto dalla legge 21 maggio 1955 n. 463, il 14 aprile 1956 viene stipulata in tal senso la prima convenzione tra Anas e la Società Autostrade e già il 19 maggio di quell'anno furono avviati i lavori presso San Donato Milanese: la realizzazione dell'opera procederà spedita e sarà completata dopo appena 8 anni, venendo infatti inaugurata il 4 ottobre 1964, per una lunghezza complessiva di circa 750 Km.

Durante i lavori di costruzione dell'opera, il Legislatore pone in essere un altro rilevante intervento normativo in materia, approvando la Legge n. 729 del 1961. Questa legge ha il merito di aver dato in concessione ad una stessa concessionaria non una ma più tratte, creando la gestione di una intera rete autostradale da parte di unico soggetto: si tratta della Società autostrade, alla quale non solo viene rinnovata la concessione già prevista con la L. n. 463 del 1955, ma subentra nelle autostrade¹² a pedaggio fino ad allora di competenza dell'Anas.

Lo Stato concede inoltre alla Società autostrade di poter emettere obbligazioni esenti da qualunque tassazione, in modo da poter attirare capitali privati per completare la realizzazione della futura A1, tuttavia il Legislatore richiede, come contropartita, che la suddetta società realizzi ulteriori tre autostrade, ossia le attuali A14, A16 e A30.

La Legge del 1961 favorisce la realizzazione di nuove autostrade, non solo con riferimento ai tratti a cui provvederà la Società autostrade, ma anche a numerose altre iniziative che prenderanno il via grazie all'energico ruolo degli enti locali. Negli anni '60 sono infatti numerosi i concessionari autostradali, diversi ed indipendenti dall'IRI, che nascono e che porteranno il nostro Paese ad averne 26: un variegato universo che troverà la propria rappresentanza nel 1966 con la nascita dell'associazione di categoria, l'AISCAT. Dei

¹² Le autostrade in questione sono la Milano-Laghi, la Milano-Brescia, la Serravalle-Genova e la Genova-Savona.

concessionari diversi dalla società autostrade, meritano di essere citate le esperienze che porteranno alla costruzione dell'A22¹³ e dell'Autostrada dei Parchi¹⁴ (nota anche come A24 e A25).

Nel 1968 vengono poi emanate tre normative¹⁵, tra le quali merita particolare attenzione la legge n. 385. In questo testo legislativo, oltre a venir condizionato “*al consenso della concessionaria la risoluzione della vecchia concessione a riprova del carattere ibrido dell'istituto, pubblico-privato*”¹⁶ in base al disposto dell'art. 3, per la prima volta si precisano la struttura ed i contenuti della convenzione, la quale, secondo l'art. 5, deve regolare alcuni aspetti, tra i quali si segnalano:

- a) il programma di costruzione delle autostrade concesse;
- b) la procedura per l'accertamento della validità tecnica della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori in corso di opera, nonché per i collaudi provvisori e definitivi;
- c) l'erogazione del contributo da parte dello Stato;
- d) l'assunzione da parte del concessionario di tutti gli oneri di costruzione e di esercizio per tutta la durata della concessione;
- e) la devoluzione degli introiti di gestione a favore del concessionario;
- f) la nomina nel collegio dei sindaci di quattro membri designati rispettivamente dal Ministro per i lavori pubblici tra i funzionari dell'ANAS, dal Ministro per il tesoro, dal Ministro per il bilancio e la programmazione economica, dal Ministro per le partecipazioni statali;
- g) le tariffe di pedaggio determinate con criteri omogenei per i diversi tipi di autostrade, con facoltà di arrotondamento in difetto per quelle ubicate nel sud d'Italia;
- h) i casi in cui potranno essere apportati adeguamenti tariffari durante il periodo di concessione ed i criteri per la loro determinazione.

Si avrà modo di verificare come i diversi contenuti delle convenzioni, delineate dalla legge n. 385 del 1968, continueranno a comparire anche successivamente.

¹³ L'autostrada del Brennero nacque a seguito della costituzione della società concessionaria omonima, partecipata dai numerosi enti territoriali attraversati dal tracciato dell'infrastruttura: tali soggetti hanno conservato negli anni la volontà di mantenere il controllo su tale opera, tanto che, come si avrà modo di vedere nel prosieguo di questo lavoro, scaduta la “vecchia” concessione nel 2014, hanno opposto una strenua resistenza ad ogni possibile iniziativa da parte del Ministero dei trasporti e delle Infrastrutture (Mit), di riassegnare la concessione tramite una procedura concorsuale, ottenendo infine dallo stesso Ministero una proroga di ulteriori 30 anni nella gestione della tratta con la creazione di una società in house *ad hoc*.

¹⁴ L'originale concessionaria, denominata Sara (Società Autostrade Romane ed Abruzzesi) p.A., nacque nel 1965 e cominciò la costruzione dell'opera alla fine degli anni '60: la realizzazione dell'infrastruttura si è rivelata molto difficoltosa e con ingenti costi dovuti al tracciato prettamente appenninico nonché alla scelta di realizzare non uno ma due tratti autostradali (le future A24 e A25) tra loro paralleli e distanti tra loro in media 40 km. I lavori sono continuati per tutti gli anni '70 e completati in massima parte nel corso del decennio successivo, pur con la capitolazione della originaria concessionaria a seguito di enormi disavanzi nel proprio bilancio: ad essa, a seguito del D.L. n. 19 del 1977 subentrerà l'Anas. Attualmente il gestore dell'infrastruttura è totalmente privato (si tratta del gruppo Toto).

¹⁵ Le altre due sono la L.n. 360/68 riguardante un nuovo finanziamento per i lavori decisi nel 1961 e la L.n. 382/68 che al secondo comma dell'art. 1 stabilisce circa i mutui e le obbligazioni delle concessionarie che essi “*sono garantiti dallo Stato per il rimborso del capitale e il pagamento degli interessi fino all'intero importo dell'investimento complessivo per la realizzazione delle opere risultante dal piano finanziario di cui al precedente articolo 2, dedotto il contributo statale*”.

¹⁶ Così L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p. 39.

Negli anni '70 l'unico intervento normativo degno di nota è la L. n. 287 del 1971, il cui articolo 1 così recita “*a decorrere dal compimento del terzo anno di apertura al traffico dell'intera autostrada e successivamente ad ogni scadenza di quinquennio fino al termine del periodo di concessione, saranno devoluti allo Stato, quale canone di concessione, i diritti di pedaggio effettivamente e complessivamente introitati, dedotte, nei limiti di cui ai successivi commi, tutte le spese di esercizio, comprese le spese di gestione e di amministrazione, quelle di manutenzione ordinaria e gli oneri finanziari e tributari, nonché gli ammortamenti finanziario e industriale, l'accantonamento per innovazioni, ammodernamenti e completamenti, nonché, infine, l'assegnazione di un dividendo al capitale dell'ente concessionario. Le spese e gli oneri, di cui al precedente comma, saranno deducibili, solo in quanto effettivamente sostenuti e regolarmente giustificati, entro il limite percentuale di essi previsto nel piano finanziario e sue eventuali modificazioni; l'ammontare dell'accantonamento annuo per innovazioni, ammodernamento e completamenti non potrà superare il 10 per cento dell'effettivo e complessivo introito lordo annuale per diritti di pedaggio. Il dividendo, di cui al precedente primo comma, non potrà essere comunque superiore all'8 per cento del capitale dell'ente concessionario, dopo le assegnazioni a riserva legale*”. Tale norma ha il merito di precisare “*che l'extra gettito da pedaggi deve essere restituito allo Stato a titolo di canone concessorio*¹⁷”.

Durante gli anni '80 non si registrano rilevanti modifiche all'assetto visto in precedenza: l'unica legge di rilevante entità è la n. 531 del 1982, nella quale si prefigura il “Piano decennale per la viabilità di grande comunicazione e misure di riassetto del settore autostradale”: con questa misura si tenta di far ripartire i lavori di ammodernamento e di costruzione di nuove tratte autostradali, di fatto congelate a seguito dell'art. 18bis del decreto-legge 13 agosto 1975, n. 376, convertito dalla L. n. 492 del 1975, dove l'art. 18 bis sospendeva “*la costruzione di nuove autostrade o tratte autostradali e di trafori di cui non sia stato effettuato l'appalto, ancorché assentiti amministrativamente*”.

Gli anni '90 invece portano con sé la rivoluzione del settore autostradale, poiché viene stabilita la privatizzazione delle principali concessionarie del Paese, esclusa l'ANAS. L'apertura dei mercati a soggetti privati comporterà negli anni un sempre maggiore ruolo della regolazione, il cui sviluppo è ancora in corso, anche a seguito del nuovo ente pubblico demandato a tale compito: si tratta dell'Autorità dei Trasporti, di cui si dirà successivamente. L'avvio del processo di privatizzazione inizia con il settimo comma dell'art. 10 della L. n. 537 del 1993, il quale dispone che “per favorire il processo di dismissioni della Società Autostrade S.p.A., sono abrogati l'articolo 16, primo comma, della legge 24 luglio 1961, n. 729, limitatamente alla parte in cui impone all'Istituto per la ricostruzione industriale di detenere la maggioranza delle azioni della concessionaria, e il primo comma dell'articolo 6 della legge 28 marzo 1968, n. 385, come sostituito dall'articolo 10 della legge 12 agosto 1982, n. 531”. Oltre alla Società Autostrade S.p.A., la cui privatizzazione si completerà a cavallo

¹⁷ Così L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p. 40, i quali aggiungo che tale disposizione, “*in secondo luogo, indica l'esigenza che i concessionari siano incentivati a tenere corrette contabilità delle spese perché solo quelle tenute correttamente potranno essere dedotte da quanto deve essere devoluto a titolo di canone*”.

tra il ventesimo ed il ventunesimo secolo, vengono privatizzate altre concessionarie, con la formazione di due gruppi privati leader nel settore: da un lato il Gruppo Atlantia (controllante Autostrade per l'Italia (ASPI) ed altre società concessionarie), dall'altro il Gruppo Gavio per il tramite della SAIS S.p.A. (Società Iniziative Stradali e Servizi), anch'essa contenente diverse concessionarie al suo interno, come può vedersi dalla tabella¹⁸ qui riportata:

CONCESSIONARIA	KM	CONCESSIONARIA	KM
Atlantia	2964,6	Gruppo Gavio	1212,1
Autostrade per l'Italia S.p.A.	2854,6	Torino-Milano (SATAP A4) S.p.A.	127
Società Italiana Traforo Monte Bianco	5,8	Autostrada Torino –Savona S.p.A.	130,9
Raccordo autostradale Valle d'Aosta S.p.A.	32,4	Torino-Alessandria-Piacenza (SATAP A21) S.p.A.	164,9
Tangenziale di Napoli S.p.A.	20,2	Autostrade dei Fiori S.p.A.	113,3
Autostrade Meridionali S.p.A.	51,6	Parma-La Spezia (Autocamionale della CISA) S.p.A.	101
		Autostrada Ligure-Toscana (SALT) S.p.A.	154,9
		BRE.BE.MI	62,1
		Soc. Autostrade Valdostane (SAV) S.p.A.	67,4
		Asti – Cuneo S.p.A.	39,5
		ATIVA S.p.A.	155,8
		Trafo del Frejus (SITAF) S.p.A.	82,5
		Società Italiana Traforo San Bernardo	12,8

¹⁸ La tabella è tratta dalla “Indagine conoscitiva in materia di concessioni autostradali-Testimonianza del Capo del Servizio di Struttura economica della Banca d'Italia” a cura di Paolo Sestito, presentata alla VIII Commissione della Camera dei Deputati in data 11 giugno 2015, p. 20.

1.2 Dalle nuove concessioni a quelle attuali c.d. “uniche”.

1.2.1 Il periodo delle nuove concessioni (1996-2000)

Oltre alle privatizzazioni di buona parte delle società concessionarie, gli anni '90, specialmente verso la loro fine, vanno ricordati per un primo deciso cambiamento rispetto all'assetto concessorio fino ad allora in vigore: tutte le concessioni, infatti, “venivano periodicamente prorogate, mediante atti aggiuntivi o rinnovi, formalmente giustificati dall'esigenza di effettuare nuovi investimenti¹⁹”.

Tra la fine degli anni '90 ed il 2010 possono essere individuati due distinti periodi nel corso dei quali sono state sottoscritte nuove concessioni:

- il primo periodo è a cavallo tra i due secoli, potendosi circoscrivere tra il 1996 ed il 2000²⁰;
- il secondo intervallo cronologico è invece più recente, e va dal 2006 al 2010: esso risulta essere, tra i due, quello maggiormente interessante in quanto ha portato alle concessioni attualmente dominanti²¹ il panorama regolatorio nel settore autostradale. Pertanto gli eventi intercorsi in questi pochi anni meritano una approfondita trattazione, per meglio comprendere anche i successivi avvenimenti che hanno portato, recentemente, ad un nuovo assetto regolatorio.

Il 20 dicembre del 1996 interviene sulla normativa regolatoria del settore, la Delibera n.319 del CIPE, la quale aveva previsto una tempistica molto stretta per la definizione di nuovi atti concessori, ossia entro la fine del 1997²²: a seguito dell'emissione di tale documento, inizia un periodo di trattative tra i concessionari e l'allora concedente ANAS. Per porre rimedio a questa situazione viene posta in essere la Direttiva Costa – Ciampi del 20 ottobre 1998, la quale stabilisce “*criteri certi e uniformi per i rinnovi delle concessioni*²³”. Tuttavia, per le pressioni di tutte le concessionarie interessate dalla suddetta direttiva, (esclusa ASPI S.p.a. che aveva già sottoscritto con ANAS la convenzione nel 1997), di fatto tale regolamentazione non fu applicata in maniera rigida, e le società concessionarie “hanno ottenuto proroghe da un minimo di due fino a ventisette anni²⁴”, anche al fine di completare progetti di ampliamento della rete autostradale, peraltro già previsti nelle concessioni ante anni '90.

¹⁹ Così G. Ragazzi, “I signori delle autostrade”, Il Mulino, 2008, 57, il quale ricorda come alcune delle concessioni risalissero agli anni '20 del XX secolo, come quelle della Padova-Mestre o la Torino-Milano.

²⁰ Alcune concessioni tuttavia verranno rinnovate solo nel 2002, si tratta dei casi della SAV S.p.a. (ovvero la Società autostradale che gestisce in regime di concessione il tratto autostradale Quincinetto – Aosta Ovest e raccordo A5-SS27 del Gran San Bernardo per complessivi 67,4 Km) e della SITAF S.p.a. (che gestisce la A32 Torino-Bardonecchia ed il traforo del Frejus).

²¹ Il sistema posto in essere tra il 2006 ed il 2010 prevede infatti concessioni la cui durata arriva in alcuni casi fino al 2050, termine entro il quale tutte le attuali concessioni saranno scadute, salvo eventuali proroghe, e verranno sostituite, come si vedrà successivamente in questa trattazione, o tramite gare di assegnazione o attraverso affidamenti a società pubbliche in house in base al nuovo codice degli appalti 2016.

²² Nel 1997 solamente la concessione tra ASPI ed ANAS sarà posta in essere.

²³ Così G. Ragazzi, “I signori delle autostrade”, il mulino, 2008, 58, il quale prosegue elencando tali criteri, ossia: le proroghe delle concessioni possono essere “eccezionalmente” accordate “*al solo fine di risolvere transitivamente il contenzioso formalmente insorto [...] fino al 30 giugno 1998 [...] si definiscono criteri (generali ed uniformi) da applicare per la definizione del contenzioso[...]*” insieme alle “*modalità per il rimborso delle somme dovute dalle concessionarie al Fondo centrale di garanzia*” e viene infine stabilito che “*alla scadenza delle concessioni, l'affidamento di una nuova concessione debba avvenire mediante gara*” nonché si vanno a fissare “*i criteri per determinare l'indennizzo dovuto dal concessionario subentrante a quello uscente, se a seguito della gara cambia il concessionario*”.

²⁴ Così G. Ragazzi, “I signori delle autostrade”, il mulino, 2008, 61.

1.2.2 Gli anni delle concessioni “uniche” (2006-2010)

L’assetto venutosi a creare a fine anni ’90 permane fino al 2006, quando, anche a seguito di una segnalazione congiunta dell’AGCM e della allora AVLP (Autorità vigilanza sui lavori pubblici)²⁵ trasmessa al Parlamento ed al Governo, si rileva come le società concessionarie facciano ricorso “ad affidamenti a imprese proprie o controllate, talvolta anche non rispettando le soglie di riserva fissate dalla legge in favore di terzi²⁶”: ulteriori segnalazioni della stessa AVLP in quell’anno²⁷, portano il legislatore a conoscenza del risultato largamente insoddisfacente degli impegni presi dalle concessionarie in relazione agli investimenti da effettuare per le infrastrutture viarie, unite ad una tariffazione con incrementi dei pedaggi ben poco proporzionati tanto da generare ingenti extraprofitti, nonché la scarsa vigilanza dell’allora concedente ANAS sull’intera situazione generale venutasi a creare. Il legislatore decide di intervenire per modificare lo *status quo* dei rapporti concessori, con una normativa decisamente ambiziosa: l’obiettivo è quello di addivenire ad una “convenzione unica” tra l’ANAS e le società concessionarie. Per questo scopo viene emanato l’art. 12, commi 82-89, del decreto legge 3 ottobre 2006 n.262: prima di descrivere le novità in esso previste, è tuttavia necessario ripercorrere gli eventi successivi alla sua entrata in vigore. Infatti furono numerose le rimostranze dei concessionari, che denunciarono la violazione del principio *pacta sunt servanda*, in quanto tale decreto avrebbe alterato le pattuizioni contenute nelle convenzioni sottoscritte nel periodo 1997-2000. Intervenne anche la Commissione Europea, che aprì ben due procedure di infrazione²⁸ a seguito dell’emissione di tale decreto.

Si sono dunque resi necessari diversi interventi correttivi dello stesso, tra i quali:

- la stessa legge di conversione del decreto, la n. 286 del 24 novembre 2006, la quale elimina il divieto di partecipazione nell’azionariato delle concessionarie di soggetti attivi nel settore delle costruzioni edili;
- successivamente, la legge n.296 del 27 dicembre del 2006, all’art. 1 comma 1030, che indentifica nel CIPE il soggetto delegato a meglio definire la regolazione del settore, attraverso sue deliberazioni²⁹; questa legge inoltre prevede che l’obbligo di evidenza pubblica sia previsto solo per appalti e servizi sopra soglia comunitaria e assicura la possibile corresponsione di un indennizzo qualora la concessione decada.

²⁵ Si tratta del documento AS336 del 28 marzo 2006.

²⁶ Così L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p. 63.

²⁷ Si tratta, in particolare, di due segnalazioni dell’AVLP, quella dell’8 giugno 2006 e quella del 19 ottobre dello stesso anno.

²⁸ Si tratta di quella prevista al Comunicato del 18 ottobre 2016, IP06/1418 e di quella di cui al Comunicato 14 novembre 2006, IP06/1561, procedura 2419/2006.

²⁹ Si tratta in particolare delle delibere n. 39 del 2007 e n. 27 del 2013, sulle quali torneremo.

Verso la fine del 2007 “*il Ministero delle infrastrutture, tramite l’ANAS, tenta di superare la situazione di stallo e di risolvere i contenziosi con le concessionarie mediante negoziati diretti con ciascuna*³⁰”: tuttavia l’iter seguito per giungere alla stipulazione dei nuovi atti concessori non è del tutto lineare, poiché non tutte le bozze di convenzione superano il giudizio del Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica³¹ (CIPE) e del NARS³², e anche quando ciò avviene, non vengono effettuati tutti i passaggi necessari, (quali, ad esempio, il vaglio delle Camere, il decreto congiunto MIT e MISE e la registrazione alla Corte dei Conti conseguente).

A porre rimedio alla situazione di stallo venutasi a creare, interviene nuovamente il legislatore: con il decreto legge 8 aprile 2008 n.59, convertito con la legge 6 giugno 2008 n. 101, vengono approvati tutti gli schemi di concessione sino ad allora sottoscritti dall’ANAS con le varie società concessionarie. Questo *modus operandi* viene giudicato in maniera opposta non soltanto dalla dottrina, ma perfino da istituzioni pubbliche differenti³³: a prescindere dalla valutazione positiva o negativa che se ne voglia dare, va rimarcato come questo metodo di approvazione legislativa venga successivamente ribadito con le leggi n. 191 del 2009 (che approva tutte le convenzioni sottoscritte fino al 31 dicembre 2009) e n. 78 del 2010. Pertanto al 2010, “*quasi tutte le concessionarie*³⁴ *finiscono per avere una convenzione unica coperta dalla legge, con risultati non completamente in linea con gli intendimenti iniziali*³⁵”, specialmente con riguardo ai diversi regimi tariffari posti in essere, di cui si dirà a breve.

³⁰ Così L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p. 68.

³¹ Si tratta di un organo collegiale “*per la programmazione economica del Paese, costituito con l. 48/27 febbraio 1967. La sua composizione e le sue funzioni sono state riformate dal d.lgs. 430/5 dicembre 1997: esso è Presieduto dal presidente del Consiglio dei ministri, ed è costituito dal ministro dell’Economia e delle Finanze, che ne è vicepresidente, e dai ministri degli Affari esteri, degli Affari regionali, dell’Ambiente, dei Beni e Attività culturali, delle Infrastrutture, dell’Istruzione, del Lavoro, delle Politiche agricole, delle Politiche comunitarie, della Salute, dello Sviluppo economico, dei Trasporti, dell’Università. Il CIPE definisce le linee di politica economica in ambito nazionale, comunitario e internazionale, individuando gli specifici indirizzi e gli obiettivi prioritari di sviluppo economico e sociale, delineando le azioni necessarie per il conseguimento degli obiettivi prefissati, tenuto conto anche dell’esigenza di perseguire uno sviluppo sostenibile sotto il profilo ambientale, ed emanando le conseguenti direttive per la loro attuazione e per la verifica dei risultati. Inoltre definisce gli indirizzi generali di politica economica per la valorizzazione dei processi di sviluppo delle diverse aree del paese, con particolare riguardo alle aree depresse, e ne verifica l’attuazione, attraverso una stretta cooperazione con le Regioni, le Province autonome e gli enti locali interessati. A tale fine approva, fra l’altro, piani e programmi di intervento settoriale e ripartisce, su proposta delle amministrazioni interessate, le risorse finanziarie dello Stato da destinare, anche attraverso le intese istituzionali di programma, allo sviluppo territoriale. Svolge anche funzioni di coordinamento e di indirizzo generale in materia di intese istituzionali di programma e di altri strumenti di programmazione negoziata, per il raggiungimento degli obiettivi generali di sviluppo fissati dal governo e del pieno utilizzo delle risorse destinate allo sviluppo regionale, territoriale e settoriale. Procedo, inoltre, periodicamente a ridefinire obiettivi e indirizzi in base all’efficacia degli interventi attuati*”.

³² Il NARS (Nucleo di consulenza per l’Attuazione delle linee guida per la Regolazione dei Servizi di pubblica utilità (NARS) è descritto sul proprio sito come “l’organismo tecnico di consulenza e supporto alle attività del CIPE in materia tariffaria e di regolazione dei servizi di pubblica utilità non regolamentati da una specifica Autorità di settore”.

³³ Il giudizio dato dall’AGCM e dall’allora AVCP sulla L. n. 101/2008 è stato infatti ben differente: se la prima, con la sua segnalazione del 4 luglio 2008 ha riscontrato “*effetti distorsivi derivanti dalla modalità di regolamentazione delle tariffe autostradali ivi prevista*”, la seconda, con un comunicato del 7 luglio 2008 ha invece fatto notare come tale normativa comporti un risparmio in termini tariffari del 6% al termine dei cinque anni di regolazione.

³⁴ Su 25 concessioni infatti, ben 20 sono state approvate per legge, mentre per altre 5 si è ricorsi a decreti ministeriali o a trattati internazionali.

³⁵ Così L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p. 70.

La tabella³⁶ che segue riporta la situazione delle concessioni esistenti a novembre 2017, a seguito degli *iter* sopra descritti.

Società concessionaria	Km	Scadenza	Concessione ex	Sistema di tariffazione	Aggiornamenti
Asti – Cuneo S.p.A.	39,5	30/06/2035	D.M. 21/11/2007	Regime specifico	
ATIVA S.p.A.	155,8	31/08/2016 In proroga*	L. n. 101/2008	Delibera CIPE 319/1996 (integrata con il fattore K investimenti di cui alla Delibera CIPE 39/2007)	Per lo schema della nuova concessione si veda Delibera ART n.119/2017
Aut. Brescia – Verona – Vicenza – Padova	182,5	31/12/2026	L. n. 101/2008	Delibera CIPE 39/2007	
Autocamionale della CISA S.p.A.	101	31/12/2031	L. n. 191/2009	Legge n.2 del 2009	
Autostrada dei Fiori S.p.A.	113,3	30/11/2021	L. n. 191/2009	Legge n.2 del 2009 (regime semplificato)	
Autostrada del Brennero S.p.A.	314	30/04/2014 in proroga*	D.M. 30/11/2005	Delibera CIPE 319/1996	Il 14.01.2016 è stato siglato protocollo d'intesa con il MIT per una proroga fino al 2045.
Autostrade Centro Padane S.p.A.	88,6	30/09/2011 in proroga*	L. n. 101/2008	Regime specifico	La gara bandita per la nuova concessione da ANAS nel 2012 è stata vinta nel 2015 dal gruppo GAVIO; ciò nonostante permane il regime di proroga.
Autostrade Meridionali S.p.A.	51,6	31/12/2012 in proroga	L. n. 191/2009	Regime specifico	
Autostrade per l'Italia S.p.A.	2854	31/12/2038	L. n. 101/2008	L. n. 47 del 2004	E' in discussione una proroga fino al 2042 della concessione ³⁷
Autovie Venete S.p.A.	210,6	31/03/2017	L. n. 191/2009	Regime specifico	Il 14.01.2016 è stato siglato protocollo d'intesa con il MIT per un regime di proroga
Concessioni Autostradali Venete S.p.A.	74,1	31/12/2032	L. n. 244/2007	Legge n.2 del 2009	
Consorzio Aut. Siciliane	294,4	31/12/2030	D.M. 702/2001	Delibera CIPE 319/1996	
Milano Serravalle-Milano Tangenziali	179,1	31/10/2028	L. n. 108/2008	Delibera CIPE 319/1996 (integrata con il fattore K investimenti di cui alla Delibera CIPE 39/2007)	
Raccordo Aut. Valle d'Aosta S.p.A.	32,4	31/12/2032	L. n. 191/2009	Delibera CIPE 39/2007	
SALT S.p.A.	154,9	31/07/2019	L. n. 191/2009	Legge n.2 del 2009 (regime semplificato)	
SAT S.p.A.	36,6	31/12/2046	L. n. 191/2009	Delibera CIPE 39/2007	
SATAP A4 S.p.A.	127	31/12/2026	L. n. 101/2008	Delibera CIPE 39/2007	E' in discussione una proroga di 4 anni della concessione con impegno di SATAP a finanziare i lavori di completamento dell'A33
SATAP A21 S.p.A.	164,9	30/06/2017* (in proroga)	L. n. 101/2008	Delibera CIPE 39/2007	Per lo schema della nuova concessione si veda Delibera ART n.119/2017
SITAF S.p.A.	82,5	31/12/2050	L. n. 191/2009	Legge n.2 del 2009 (regime semplificato)	
Soc. Aut. Valdostane S.p.A.	67,1	31/12/2032	L. n. 191/2009	Legge n.2 del 2009	
Società Italiana Traforo Monte Bianco	5,8	31/12/2050	Trattato internazionale	Regime Specifico	
Società Italiana Traforo San Bernardo	12,8	31/12/2034	Trattato internazionale	Regime Specifico	
Strada dei Parchi S.p.A.	281,4	31/12/2030	L. n. 191 del 2009	Delibera CIPE 39/2007	
Tangenziale di Napoli S.p.A.	20,2	31/12/2037	L. n. 191 del 2009	Delibera CIPE 39/2007	
Torino-Savona S.p.A.	130,9	31/12/2038	L. n. 191 del 2009	Legge n.2 del 2009 (regime semplificato)	

³⁶ Le informazioni contenute nella tabella, sono tratte da quella presente alla pagina 19 della “Indagine conoscitiva in materia di concessioni autostradali-Testimonianza del Capo del Servizio di Struttura economica della Banca d'Italia” a cura di Paolo Sestito, presentata alla VIII Commissione della Camera dei Deputati in data 11 giugno 2015.

³⁷ L'ipotesi di un prolungamento di 4 anni della concessione di ASPI è riportata nell'articolo “Autostrade, accordo Mit-Ue sulle proroghe: sbloccate Asti-Cuneo, Gronda, A24/A25” pubblicato il 19 giugno 2017 sul sito www.stradeeautostrade.it, dove si fornisce anche la motivazione della suddetta prorogatio: essa consentirebbe infatti al concessionario la remunerazione necessaria alla realizzazione della “Gronda di Genova”, evitando “gli aumenti tariffari del 18% in 10 anni previsti per finanziarla”, (la tariffa dei pedaggi dovrebbe in questo modo subire “aumenti annui non superiori allo 0.5%”).

Conclusa la breve trattazione degli eventi che hanno portato alla situazione attuale (che proseguirà fino al 2050 salvo ulteriori proroghe), descritta sinteticamente nella precedente tabella, risulta doveroso soffermarsi sulle caratteristiche ed i contenuti delle concessioni redatte negli anni 2007-2010, in quanto, se si escludo i differenti sistemi tariffari, esse presentano molti aspetti tra loro in comune: esse sono state redatte tutte redatte tenendo presenti i parametri e le prescrizioni del D.lgs. n. 262 del 2006, seppur modificato in alcune parti, come visto, dalla normativa successiva.

Nelle convenzioni uniche di cui sopra, uno degli aspetti principali riguarda i rapporti tra concedente e concessionario, ossia i poteri del primo e gli obblighi del secondo. Questi ultimi sono elencati al n.85 dell'art. 2 del D.lgs. n. 262 del 2006, che sostituisce il comma 5 dell'art.11 della legge 22 dicembre 1992 n.498: tra gli obblighi del concessionario ivi riportati, possono citarsi i seguenti:

- 1) “*certificare il bilancio*” (lett.a);
- 2) “*mantenere adeguati requisiti di solidità patrimoniale*” (lett.b);
- 3) “*agire a tutti gli effetti come amministrazione aggiudicatrice negli affidamenti di forniture e servizi di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria nonché di lavori*³⁸” (lett. c) ;

³⁸ Il tema degli affidamenti di forniture e di servizi, nonché di lavori, da parte dei concessionari autostradali ha conosciuto diverse modifiche normative successivamente al D.lgs. 262/2006 sopra citato; infatti il Legislatore è intervenuto in tema con le seguenti disposizioni:

- la legge 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 1030 (finanziaria 2007): ha modificato l'art. 2 n.85 del D.lgs. n.262 del 2006, stabilendo che le società concessionarie autostradali sono soggette ai suddetti obblighi solo negli affidamenti di forniture e servizi di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria nonché di lavori, ancorché misti con forniture o servizi;
- il D.L. 28 dicembre 2006, n. 300, art. 3 – comma 3 ter (convertito con la L. 17/07) ha poi differito l'efficacia delle disposizioni sopradette (art. 1 comma 1030, lettera d) n. 1), capoverso c) della L. 296/2006) al 10 gennaio 2008 limitatamente ai lavori ed alle forniture per la manutenzione delle infrastrutture;
- il D.L. 30 dicembre 2008, n. 207, convertito in legge dalla L. 27 febbraio 2009 n. 14, ha sostituito l'articolo 253, comma 25, del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, prevedendo che in relazione alla disciplina recata dalla parte II, titolo III, capo II, i titolari di concessioni già assentite alla data del 30 giugno 2002, ivi comprese quelle rinnovate o prorogate ai sensi della legislazione successiva, sono tenuti ad affidare a terzi una percentuale minima del 40% dei lavori, agendo, esclusivamente per detta quota, a tutti gli effetti come amministrazioni aggiudicatrici;
- il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, ha poi elevato al 60%, a decorrere dal 1 gennaio 2014, la quota di lavori che i concessionari autostradali titolari di concessioni assentite prima del 30 giugno 2002 sono tenuti ad affidare a terzi;
- il D. lgs. 50/2016 ha infine previsto, tramite l'art. 177, che i “*titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare, una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica*”; tuttavia per i concessionari autostradali la suddetta quota dell'80% potrebbe non essere applicata, infatti è attualmente in discussione l'introduzione di una deroga all'art. 177 proprio per le concessionarie autostradali, che lascerebbe la quota per i lavori al 60% come stabilito precedentemente al nuovo codice appalti del 2016. Tale ipotesi è riportata ad esempio da G. Latour, il quale, nel suo articolo “Sulle autostrade si torna al passato”, pubblicato sul quotidiano Il Sole 24 ore, in data 8 novembre 2017, afferma che verrà discusso in Senato, in sede di approvazione della legge di conversione del decreto fiscale, un emendamento che prevedrebbe “*che in deroga a quanto previsto dalla regola generale, i soggetti titolari delle concessioni autostradali sono obbligati ad affidare una quota pari al sessanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo pari o superiore a 150mila euro, tramite gara*” mentre “*il resto potrà essere affidato alla società in house. L'effetto pratico, allora, è di tenere in vita il vecchio tetto del 60%, lasciando la situazione invariata [...] con un solo cambiamento di rilievo: oggi, infatti, non sono previsti limiti per i servizi e le forniture*”.

- 4) *“sottoporre gli schemi dei bandi di gara delle procedure di aggiudicazione all'approvazione”* (lett. d) del concedente, (fino al 30 settembre 2012 l'ANAS, poi il MIT);
- 5) *“prevedere nel proprio statuto idonee misure atte a prevenire i conflitti di interesse degli amministratori, e, per gli stessi, speciali requisiti di onorabilità e professionalità, nonché, per almeno alcuni di essi, di indipendenza”*(lett. e).

Il concedente, dal canto suo, ha a disposizione numerose facoltà e strumenti per vigilare sui concessionari, in base ai compiti di cui all'art. 2, comma 1, lettera d), del decreto legislativo 26 febbraio 1994, n.143; tra le attività che regolarmente l'ANAS prima, ed il MIT oggi, hanno possibilità di compiere, si possono citare le seguenti, contenute nel n.86 del dell'art. 2 del D.lgs. n. 262 del 2006:

- a) *richiedere “informazioni ed effettuare controlli, con poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili in ordine al rispetto degli obblighi di cui alle convenzioni di concessione [...]nonché dei propri provvedimenti;*
- b) *emanare “direttive concernenti l'erogazione dei servizi da parte dei concessionari, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente”;*
- c) *emanare “direttive per la separazione contabile e amministrativa” delle società concessionarie;*
- d) *irrogare “in caso di inosservanza degli obblighi di cui alle convenzioni di concessione e di cui all' articolo 11, comma 5, della legge 23 dicembre 1992, n. 498, [...] nonché dei propri provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei concessionari alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri, sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori nel minimo a euro 25.000 e non superiori nel massimo a euro 150 milioni [...]; in caso di reiterazione delle violazioni ha la facoltà di proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione”.*

Con l'attuazione della normativa sopra menzionata, è possibile distinguere le convenzioni in due macro categorie:

- *quelle cosiddette ricognitive che “mutuano la propria definizione dal contenere i diritti e gli obblighi già presenti nelle precedenti convenzioni, ulteriormente specificati, salvo poi il recepimento degli obblighi derivanti dalle eventuali nuove disposizioni legislative³⁹” e la loro disciplina “non prevede meccanismi di rimodulazione del PEF [...] lasciando il rischio di gestione interamente a carico del concessionario⁴⁰”;*

³⁹ Così D. Anselmi “Le concessioni di gestione dell'infrastruttura stradale” intervento al Convegno RAZIONALIZZAZIONI DEI MERCATI E AGGREGAZIONI FRA IMPRESE DI TRASPORTO”, tenutosi presso la sede dell'AGCM, a Roma, il 26 gennaio 2017, e successivamente pubblicato sul sito www.sipotra.it, p.6.

⁴⁰ Così D. Anselmi “Le concessioni di gestione dell'infrastruttura stradale” intervento al Convegno RAZIONALIZZAZIONI DEI MERCATI E AGGREGAZIONI FRA IMPRESE DI TRASPORTO”, tenutosi presso la sede dell'AGCM, a Roma, il 26 gennaio 2017, e successivamente pubblicato sul sito www.sipotra.it, p.6.

- quelle a riequilibrio che sono disciplinate dal contenuto della Delibera CIPE n.39 del 2007⁴¹.

Per una valutazione di quanto avvenuto nel periodo temporale preso qui in considerazione, si può in primis affermare che per il Legislatore sia andato incontro ad una sostanziale sconfitta, in quanto “*il tentativo del 2006 di definire un regime concessorio unico generale è stato in gran parte superato, per cui il panorama delle concessioni esistenti offre una pluralità di modelli e soluzioni, difficilmente riconducibili ad una logica unitaria*⁴²”: ciò è evidente nei diversi sistemi tariffari⁴³ attualmente presenti nelle varie convenzioni scaturiti dalla contrattazione tra l’allora concedente ANAS ed i singoli concessionari che ha portato ad “*una regolazione tariffaria à la carte*⁴⁴”. Il superamento di questo *status quo* avverrà soltanto nel corso dei prossimi anni attraverso l’operato dell’Autorità dei Trasporti, la quale, come avremo modo di esporre successivamente, ha il compito di fornire al MIT gli schemi delle future concessioni: è pacifico che essa proporrà sempre lo stesso regime tariffario, in modo che l’operato dei concessionari possa essere analizzato mediante gli strumenti della *yardstick competition*, operazione oggi di fatto impossibile.

⁴¹ Tale delibera oltre a specificare i contenuti del PEF, “*delinea i criteri di ammissibilità dei costi sostenuti e quelli per la remunerazione del capitale investito. In terzo luogo individua la formula tariffaria, conformata ai principi del Rab, per la quale la tariffa di ciascun concessionario deve essere adeguata annualmente. In quarto luogo, la delibera Cipe enuclea il metodo di definizione e di adeguamento della tariffa al termine di ciascun quinquennio regolatorio. Infine, è parimenti fissato in cinque anni il periodo al termine del quale il Pef è soggetto a verifica di riequilibrio*”, come ricorda D. Anselmi “Le concessioni di gestione dell’infrastruttura stradale” intervento al Convegno RAZIONALIZZAZIONI DEI MERCATI E AGGREGAZIONI FRA IMPRESE DI TRASPORTO”, tenutosi presso la sede dell’AGCM, a Roma, il 26 gennaio 2017, e successivamente pubblicato sul sito www.sipotra.it, p.6.

⁴² Così Così L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p. 77.

⁴³ Nella Audizione del MIT alla Commissione VIII del Senato della Repubblica del 22 gennaio 2014, si riporta a pag. 52 l’elenco dei sei diversi regimi tariffari, con l’avvertenza che ve ne sono in realtà ulteriori e specifici in quanto “*derivanti direttamente da pattuizioni convenzionali ovvero definiti in sede di affidamento tramite procedura di gara*”; i sei regimi tariffari sono i seguenti:

- I regime tariffario : Delibera CIPE 20 dicembre 1996 n. 319
- II regime tariffario : Art. 21 legge 47/2004
- III regime tariffario : Delibera CIPE 15 giugno 2007 n. 39
- IV regime tariffario : Delibera CIPE n. 319 e Delibera CIPE n. 39
- V regime tariffario : Art. 3 della Legge 2/2009
- VI regime tariffario : Delibera CIPE n. 39 e Art. 3 della Legge 2/2009.

⁴⁴ Così L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p. 83.

1.3 La natura giuridica delle concessioni autostradali.

Il fenomeno delle privatizzazioni degli anni '90 e delle nuove concessioni degli anni 2006-2010 ha imposto nella dottrina e nella giurisprudenza una riflessione circa la natura giuridica delle stesse concessioni autostradali: essa ha attraversato, negli anni, un lungo e tortuoso percorso di elaborazione concettuale, al pari di quanto già si era osservato per la generale categoria dell'istituto concessorio. Quest'ultimo infatti è nato *“come un contratto tra una pubblica amministrazione ed un operatore economico privato, dopo un lungo bagno nel fiume dell'idealismo giuridico tedesco, ha ripreso i propri vestiti privatistici e si presenta per quello che è in realtà: un negozio giuridico a titolo oneroso tra una pubblica amministrazione ed un operatore privato”*⁴⁵. Un sostanziale ritorno alle origini della concessione, ed in parte lo stesso può dirsi delle concessioni autostradali: considerate nei primi anni come aventi natura privatistica, dalla fine degli anni '50 del secolo scorso⁴⁶ sono state ricondotte nell'alveo pubblicistico, anche a causa dello *status* dei concessionari, tutti riconducibili alla sfera dell'amministrazione pubblica.

A seguito dell'entrata nel mercato autostradale di gruppi industriali privati, è invece sembrato che i titoli concessori fossero divenuti *tout court* di natura privata. Tale assunto non è del tutto corretto, poiché se considerassimo questi ultimi semplicemente dei contratti, *“ne discenderebbe che un soggetto regolato è legittimamente posto nella condizione di negoziare col Regolatore il contenuto dei vincoli di regolazione”*⁴⁷: pertanto, una soluzione al quesito proposto prevede il considerare *“l'idea della una natura ibrida delle concessioni autostradali, più privatistica che pubblicista perché in esse le competenze realizzazione di lavori è preminente sulle attività di gestione”*⁴⁸.

La concezione di una natura “ibrida” delle concessioni autostradali sembra poi essere confermata dal fatto che in tali fattispecie convivono opposte esigenze, ovvero quelle di tutela degli interessi della collettività e quelle relative al rapporto di scambio tra concedente e concessionario: le prime esigenze sono rappresentate dal provvedimento concessorio stesso, mentre le seconde trovano riscontro nella convenzione-contratto che

⁴⁵ Così A. Botto e L. Iannotta in “La concessione di lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno”, in “Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati ” a cura di G. Bottino, A. Botto, M.M. Cafagno, G. Fidone, Giuffrè, Milano, 2013, 65.

⁴⁶ Si può citare come punto di svolta che ha determinato la fine della teoria del rapporto contrattuale la sentenza della Corte di Cassazione del 12 febbraio 1960 n.218, la quale *“a proposito di ANAS, ma con un principio valido evidentemente anche per i concessionari, affermava che «l'adempimento dei compiti istituzionali dell'ente non viene in essere come un obbligo giuridico cui siano correlati dei diritti, ma costituisce un dovere inerente a funzioni di diritto pubblico, onde i privati utenti, anche se tenuti all'onere della corresponsione di un pedaggio, non vantano un diritto soggettivo sorretto da azione contrattuale per l'adempimento, da parte dell'ANAS, dei doveri inerenti a tali compiti»*”, così B. Tonoletti, in “Beni pubblici e concessioni”, Cedam, Padova, 2008, 372.

⁴⁷ Così L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p. 81, i quali proseguono affermando che un contratto di tal fatta, *“entrerebbe a far parte delle sfera patrimoniale della società concessionaria che ne potrebbe disporre a proprio libero arbitrio”*.

⁴⁸ L'espressione è opera di L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p. 83.

accede alla concessione: in quest'ultima pertanto sono presenti due tipologie di rapporti, uno di tipo pubblicistico e uno prettamente privatistico, ed il loro “*collegamento[...] si realizza attraverso gli effetti che le vicende dell'uno producono sull'altro*”⁴⁹.

⁴⁹ Così L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p.97.

1.4 Il complesso scenario delle concessioni autostradali a seguito della nascita dell'ART (dal 2011 ad oggi), anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n.69/2017.

Il 2011 ha segnato l'ennesima importante svolta nel settore della regolazione autostradale: da tale anno infatti non sono state più sottoscritte le cosiddette concessioni uniche⁵⁰ viste nel paragrafo precedente. Nello stesso anno viene emanato il D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, (poi convertito, con modificazioni, nella legge 22 dicembre 2011, n. 214, c.d. Salva Italia), dove l'art. 37 istituisce l'Autorità di regolazione dei trasporti, ultima tra quelle di settore⁵¹ ad essere sorta⁵²: tutte e tre le autorità di questo tipo esistenti nel nostro Paese possono qualificarsi come “convergenti”, ossia svolgenti funzioni di regolamentazione e vigilanza su vari settori⁵³. Tale organismo si inserisce dentro il quadro regolatorio delle autostrade già di per sé variegato⁵⁴, caratterizzato “per il suo essere multilivello anche per effetto dell'attività dei numerosi⁵⁵” enti⁵⁶ esistenti, le cui competenze sono spesso ben poco delineate dalla normativa: ciò ha causato, non di rado, confusione tra i concessionari e tra le stesse amministrazioni pubbliche, e tali incertezze permangono tuttora, come si vedrà a breve.

⁵⁰ Tra le ultime concessioni uniche sottoscritte possiamo ricordare quella della SAT: (società autostrada tirrenica): la SAT Società Autostrada Tirrenica p.A. è una società costituita nel 1968 a cui è stata affidata in concessione dallo Stato la costruzione e la gestione dell'Autostrada Livorno – Civitavecchia A 12, estesa per Km 242. Attualmente opera sulla base della Convenzione di Concessione sottoscritta l'11 marzo 2009 e resa efficace dal 24 novembre 2010 a seguito del recepimento delle prescrizioni imposte dal CIPE.

⁵¹ Dopo la creazione della generale autorità antitrust, ossia l' AGCM con la L. n. 287 del 1990, è sorta la prima autorità di settore, ossia l'ex AEEG oggi AEEGSI, ovvero Autorità per l'energia elettrica il gas ed il sistema idrico, creata con la legge n. 481 del 14 novembre 1995: avrebbe dovuto successivamente essere rinominata ARERA (Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente) ma la sentenza della Corte Costituzionale 251 del 2016 ha dichiarato incostituzionale l'art. 19 della legge delega c.d. Madia (n. 124/2015), che ne disponeva il cambio di denominazione. L'altra autorità indipendente di settore è l'AGCOM, istituita dalla L. n. 249 del 31 luglio 1997.

⁵² Si noti tuttavia come già da metà anni '90 il legislatore sentisse l'esigenza di creare un'autorità indipendente nel settore dei trasporti, infatti una tale idea è già presente dal DDL AS 359/1994, che pone i trasporti tra i settori da sottoporre a regolazione indipendente, da cui poi deriverà la Legge 14 novembre 1995, n. 481 (Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità).

⁵³ Infatti l'AEEGSI si occupa di regolare il settore energetico, quello idrico e da pochissimo quello dei rifiuti: tutti questi mercati sono comunque afferenti all'ambiente *tout court* considerato. L'AGCOM invece svolge funzioni di regolamentazione e vigilanza nei settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo, dell'editoria e, più recentemente, delle poste. Infine l'ART., che come si vedrà, ha avuto dal legislatore una ampia quanto poco definita competenza su tutti i settori del trasporto ove vi fosse la necessità di una regolamentazione, dunque quello ferroviario, quello del trasporto pubblico locale ed a lunga percorrenza, quello degli aeroporti (per quanto riguarda la parte “non aviation” e le tariffe aeroportuali degli scali), quello navale (sull'accesso e le tariffe nei porti), ed infine quello oggetto di questo lavoro, ossia la rete autostradale, in particolare sulle nuove concessioni che andranno a sostituire quelle attualmente ancora in vigore.

⁵⁴ L'Autorità dei Trasporti è stata creata *in primis* per regolare il delicato mercato ferroviario, aperto al mercato libero da pochi anni, e caratterizzato dalla presenza di una grande holding (Ferrovie dello Stato Spa) proprietaria della rete attraverso una sua società controllata (R.F.I.) e con una ampia fetta del mercato stesso. Per quanto riguarda gli altri settori dei trasporti, tale autorità ha avuto e continuerà a registrare diversi conflitti di competenze con altri enti pubblici che già si occupavano direttamente dei mercati ove essa si è innestata: escludendo la rete autostradale, su cui vi è qui ampia trattazione, possono ricordarsi i conflitti regolatori sorti nel settore navale con le autorità portuali ma soprattutto quanto avvenuto in campo aeronautico, dove già dal 1997 è presente un ente di regolazione creato *ad hoc* per il settore, ossia l'ENAC: al momento l'ART si è limitata ad intervenire nella regolazione delle tariffe aeroportuali, mentre altri aspetti che comunque possono o meno favorire la concorrenza tra i vettori aerei permangono in campo ad ENAC, quali ad esempio la regolamentazione degli slot (ossia diritti di decollo ed atterraggio) e delle gare per l'affidamento dei diritti di traffico aereo.

⁵⁵ Così S. Zunarelli e L. Di Girolamo “Il settore autostradale”, in F. Bassan “La regolazione dei trasporti in Italia: L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati”, Giappichelli editore, 2015, 168.

⁵⁶ Infatti oltre ai preesistenti Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture e all'Anas, possono comunque intervenire nel settore autostradale l'AGCM ed in particolare dal 2014 l'Anac, la quale è sorta con la L.n. 190 del 2012 e che successivamente, con il decreto legge n.90/2014 poi convertito nella L. n. 114/2014, ha incorporato la soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), ereditandone le funzioni ed il personale.

Risulta dunque quanto mai opportuno soffermarsi sulle competenze dell'ART nel settore autostradale e di come le stesse vadano ad integrarsi con quelle degli altri enti preesistenti ad essa.

Bisogna premettere, *in primis*, che il 2011 può essere ricordato per un'ulteriore cambiamento a livello istituzionale, non meno importante per questo mercato: infatti è l'ultimo anno in cui l'ANAS ancora mantiene la sua natura "ibrida" di concedente e concessionario vista in precedenza. Si discuteva già da tempo sul ruolo particolare che il suddetto ente aveva acquisito e che risultava poco consono sia per possibili conflitti di interesse dello stesso sia per lo sviluppo della concorrenza nel mercato autostradale. Il Legislatore, muovendosi parallelamente alla creazione dell'ART, aveva infatti previsto nell'art. 36 del D.L. n. 98/2011, convertito in L. n. 111/2011, l'istituzione di una apposita "Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali" che sarebbe dovuta subentrare all'ANAS nel ruolo di concedente e di vigilanza sui concessionari: il passaggio di funzioni sarebbe dovuto avvenire, in base al quarto comma del suddetto art. 36 entro il 30 settembre 2012 "*per le concessioni in essere alla stessa data*". Successivamente tuttavia, non essendo stata posta in essere, è intervenuto l'art. 11, comma 5, D.L. n. 216/2011, convertito in L. n. 14/2012, il quale ha stabilito la soppressione di suddetta agenzia, trasferendo le sue attività e compiti al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a decorrere dal 1 ottobre 2012: da ciò consegue inoltre che qualsiasi riferimento alla mai nata agenzia sopradetta da parte dell'art. 37⁵⁷, D.L. n.201/2011, va rivolto a tale ministero, "*il quale esercita una serie articolata di competenze in maniera autostradale, espressamente elencate nel D.M. 1 ottobre 2012 n.341*", attraverso una direzione *ad hoc* per la vigilanza sulle concessioni autostradali in essere al 1 ottobre 2012, posta in essere all'art. 1 dalla norma anzidetta, la quale sarà poi confermata dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell' 11 febbraio 2014, n. 72, come si dirà a breve.

Il primo comma dell'art. 2 del decreto ministeriale sopra citato elenca i compiti attribuiti alla Direzione generale di Vigilanza sulle concessioni autostradali, in particolare essa si occupa:

- della "*selezione dei concessionari autostradali e relativa aggiudicazione*" (lett. a);
- della "*vigilanza e controllo dei concessionari autostradali, ivi compresa la vigilanza sull'esecuzione dei lavori di costruzione delle opere date in concessione ed il controllo della gestione delle autostrade il cui esercizio è dato in concessione*" (lett. b);
- della "*approvazione dei progetti relativi ai lavori inerenti la rete autostradale di interesse nazionale*" (lett. d);
- di formulare proposte per il "*progressivo miglioramento ed adeguamento delle autostrade statali in concessione*" (lett. e);

⁵⁷ Il Legislatore infatti, nonostante abbia nel tempo modificato alcune parti dell'art. 37 sopradetto, non si è mai preoccupato di rimuovere i riferimenti alla soppressa agenzia sulle infrastrutture stradali ed autostradali in favore di più corretti riferimenti alla Direzione generale di Vigilanza sulle concessioni autostradali del MIT.

Sull'organizzazione interna del MIT, come detto, è successivamente intervenuto il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell' 11 febbraio 2014, n. 72 (“regolamento di organizzazione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135”), che ha fissato l'attuale riparto di competenze delle direzioni generali presenti nel suddetto dicastero: al settore autostradale sono dedicate ben due le direzioni, quella per la vigilanza sulle concessionarie, sopra citata, e quella per le strade e le autostrade e per la vigilanza e la sicurezza nelle infrastrutture stradali. La prima, in base al n.8 dell'art. 5 del suddetto d.p.c.m., si occupa di diversi ambiti, tra i quali possiamo ricordare:

- la “*vigilanza e controllo sui concessionari autostradali, inclusa la vigilanza sull'esecuzione dei lavori di costruzione delle opere date in concessione e il controllo della gestione delle autostrade il cui esercizio è dato in concessione*” (lett.a);
- la “*gestione dei rapporti in essere con i concessionari autostradali, nonché predisposizione degli atti aggiuntivi alle vigenti convenzioni*” (lett. b);
- la “*proposta in ordine alla regolazione e variazioni tariffarie per le concessioni autostradali secondo i criteri e le metodologie stabiliti per le nuove concessioni dalla competente Autorità di regolazione*” (lett. e).

La direzione “*per le strade e le autostrade e per la vigilanza e la sicurezza nelle infrastrutture stradali*” invece, in base al n.5 dell'art. 5 del suddetto d.p.c.m., svolge le funzioni di competenza del MIT in ulteriori ambiti del settore, tra i quali è interessante ricordare, in questa sede, i seguenti:

- “*concedente della rete autostradale in concessione, anche avvalendosi delle società miste regionali*” (lett. b);
- “*selezione dei concessionari autostradali e relativa aggiudicazione*” (lett. c);
- “*convenzioni uniche autostradali e relativi piani economico-finanziari*” (lett. d);
- “*regolamentazione dei servizi stradali ed autostradali riferiti agli enti ed organismi gestori delle strade e delle autostrade*” (lett. j).

Risulta pertanto evidente come mentre la prima direzione si occupa della vigilanza dei concessionari attualmente presenti nel mercato autostradale, la direzione “*per le strade e le autostrade e per la vigilanza e la sicurezza nelle infrastrutture stradali*” svolge invece un importante compito per le future concessioni che verranno sottoscritte nel corso dei prossimi anni alla scadenza di quelle attualmente operanti: in questo senso, come vedremo successivamente, essa si deve coordinare con l'ART nel rispetto dei relativi compiti che la normativa assegna a questi due organi pubblici.

Alla luce delle considerazioni sopra riportate, risulta pertanto evidente che per le concessioni poste in essere prima dell'istituzione dell'ART , gli unici due soggetti pubblici legittimati a proseguire nell'attività regolatoria del settore siano il Ministero dei Trasporti ed il CIPE, per quanto già visto in precedenza sui suoi

compiti in materia tariffaria: vedremo poi come anche l'ANAC abbia assunto delle peculiari competenze circa la vigilanza dei concessionari.

Sembra pertanto che l'opera regolatoria dell'ART possa porsi solo con riferimento alle nuove concessioni poste in essere dalla sua creazione, anche alla luce dell'art. 37 del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, il quale, ai sensi del comma 2, lettera g), prevede che la stessa debba:

- *“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”;*
- *“definire gli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o costruzione”;*
- *“definire gli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali per le nuove concessioni”;*
- *“definire gli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali, allo scopo di promuovere una gestione plurale sulle diverse tratte e stimolare la concorrenza per confronto”.*

Torneremo sulle competenze dell'ART nel settore autostradale a breve, mentre quello che preme ora chiedersi è se possa bastare che l'art. 37 espressamente si riferisca a “nuove concessioni” per circoscrivere il perimetro regolatorio di tale ente.

In apparenza sembrerebbe che non possano sorgere dubbi a riguardo, data la chiarezza con cui il legislatore ha formulato la lett.g) del comma 2 dell'art. 37 di cui sopra, tuttavia sono sorti a riguardo dei dubbi tra gli operatori poiché *“la commistione di compiti di natura “orizzontale”⁵⁸[...]e “verticale”⁵⁹[...], non dovrebbe “limitare” la competenza dell'ART esclusivamente al loro svolgimento[...] se così non fosse, resterebbero escluse dalla competenza regolatoria alcuni profili fondamentali, compromettendone l'efficienza complessiva⁶⁰”*. Il ragionamento appena riportato condurrebbe a non delimitare il perimetro regolatorio dell'ART a quanto riportato dall'art. 37: con riferimento ai pedaggi autostradali dunque, sembrerebbe non consono che la suddetta autorità *“si occupi solo dei meccanismi di pedaggiamento delle nuove concessioni autostradali (lett. g), ma dovrebbe almeno includere alcuni profili di quelli operanti sulle concessioni in*

⁵⁸ Tra i compiti di natura orizzontale dell'ART possiamo ricordare quelli esposti al comma 2 dell'art. 37, d.l. 201/2011:

- accesso alle infrastrutture (lett.a);
- regolazione economica con relativo controllo (alle lett. b e c);
- qualità ed oneri del servizio pubblico (lett. d);
- diritti degli utenti (lett.e).

⁵⁹ Tra i compiti invece di natura verticale, il comma 2 dell'art. 37, d.l. 201/2011 espone tra gli altri:

- pedaggi autostradali (lett.g);
- vigilanza con riguardo al mercato aeroportuale (lett. h);
- accesso alla rete ferroviaria (lett. i);
- trasporti pubblici non di linea (lett. m).

⁶⁰ Così G.Mele “Il perimetro regolatorio dell'Autorità dei trasporti: prime considerazioni e verifiche”, pubblicato sul n.2 del 2014 della Rivista Italiana di Antitrust, p. 79.

essere [...] qualora si verificano sensibili modifiche rispetto agli assetti convenzionali originari (nel rispetto, cioè, di un principio di invarianza sostanziale [...])⁶¹”.

La posizione dell'ART è da sempre quella di interpretare le norme nel senso più ampio possibile attribuendosi dunque estese competenze e poteri. Questo *modus operandi* si riflette anche nella richiesta del contributo al finanziamento delle attività dell'autorità stessa, in base al comma 6, lett.b), dell'art. 37 del D.l. n. 201/2011, la quale viene fatta, fin dal primo anno di operatività⁶², anche ai concessionari titolari di titoli concessori antecedenti alla creazione dell'Autorità stessa e sui quali essa non ha mai elaborato alcun tipo di atto o di studio⁶³. Le pretese dell'ART nei confronti di soggetti sui quali essa non ha direttamente una competenza regolatoria, ha generato, fin dalla prima delibera a riguardo nel 2014⁶⁴, un contenzioso di rilevante entità con diversi operatori coinvolti operanti in distinti settori trasportistici, quali ad esempio i corrieri espressi, i vettori aerei, le compagnie di navigazione ed ovviamente anche i concessionari autostradali titolari di concessioni precedentemente assentite: essi, tramite l'AISCAT⁶⁵, hanno sempre ben espresso la loro contrarietà alle richieste di contribuzione di questo ente pubblico, non essendo soggetti alla sua attività di regolazione.

Sembrerebbe dunque che l'ART non abbia effettuato un adeguato approfondimento sui presupposti dell'obbligo di contribuzione: ciò è stato compiuto probabilmente per *“l'esigenza e l'urgenza di pervenire quanto prima all'autonomia di bilancio, premessa necessaria per procedere al completamento dell'organico*

⁶¹ Così G.Mele “Il perimetro regolatorio dell'Autorità dei trasporti: prime considerazioni e verifiche”, pubblicato sul n.2 del 2014 della Rivista Italiana di Antitrust, p. 81.

⁶² Si vedano a riguardo le Delibera ART n.10/2014 del 23 gennaio 2014, n. 78/2014 del 27 novembre 2014, n. 94/2015 del 5 novembre 2015 e n. 139/2016 del 24 novembre 2016, nonché la n. 120/2017 del 05.10.2017 con le quali l'Autorità ha stabilito misura e modalità di versamento del contributo riferito rispettivamente agli anni 2014, 2015, 2016, 2017 e 2018: tali atti, tranne la Delibera n.120/2017, sono stati poi approvati, ai fini dell'esecutività, rispettivamente dai DCPM del 12 febbraio 2014, del 2 aprile 2015, del 23 dicembre 2015 e del 28 dicembre 2016 con i quali sono state approvate, ai fini dell'esecutività, rispettivamente le citate delibere n. 10/2014, n. 78 del 27/2014, n. 94/2015 e n. 139/2016.

⁶³ La scarsa attività dell'ART sul settore autostradale è confermata anche dai dati contenuti nell'allegato a) della Delibera ART n.75 del 31 maggio 2017; in tale documento si ripercorre l'intero operato dell'ente stesso ed è espressamente riportato come le delibere sul settore dei trasporti qui in esame siano molto modeste come numero, potendosi contare soltanto 4 alla data di emissione della delibera stessa. Si tratta delle seguenti delibere, le quali, si badi, sono comunque tutte riferibili a schemi di nuove concessioni, ed in nessun modo intervengono sulla regolazione dello status quo precedente:

- delibera n.23/2014: consultazione schema concessione gara A22 (mai attuato per i fatti successivi alla stessa, qui riportati nel prosieguo);
- delibera n.45/2015: schema concessione A22 a seguito della consultazione di cui al precedente punto (valgono le stesse considerazioni appena fatte per la delibera n.23/2014);
- delibera n.70/2016: ambiti ottimali di gestione da utilizzarsi come parametri per i futuri schemi di concessioni autostradali;
- delibera n. 142/2016: avvio procedimento schema concessione autostrade A5 e A4-5 con individuazione sistema tariffario basato sul price cap (delibera poi successivamente annullata dalla delibera n.82/2017 a favore di un nuovo schema di concessione comprendente anche la tratta A21, si vedano le delibere nn. 83, 86 e 119 del 2017).

⁶⁴ Ci si riferisce alla Delibera n.10 del 2014.

⁶⁵ Solo a titolo di esempio circa la posizione dell'AISCAT, si veda il suo “documento di consultazione per la determinazione del contributo per il funzionamento dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti per l'anno 2016”, dove è ribadito come secondo tale associazione di categoria non debbano essere soggetti a contribuzione le società concessionarie titolari di concessioni antecedenti all'istituzione dell'ART, ossia sostanzialmente tutte quelle oggi operanti nel mercato.

e alla piena funzionalità della struttura, ma a scapito della chiarezza, della trasparenza e della sostenibilità di una propria fondamentale determinazione⁶⁶”.

Nel 2017 è intervenuta sul punto una sentenza della Corte Costituzionale, che merita di essere qui brevemente analizzata nei suoi punti essenziali: si tratta della pronuncia n. 69 del 22 febbraio 2017. Questo arresto della Corte di legittimità è stato posto a seguito di un ricorso presso il TAR Piemonte di alcune imprese operanti nel settore dei corrieri espressi, le quali hanno ritenuto la richiesta di contribuzione da parte dell'ART illegittima. Il Giudice Amministrativo adito, pronunciandosi con ordinanza del 17 dicembre 2015 ha ritenuto di dover sollevare questione di legittimità costituzionale riguardo l'art. 37, comma 6, lettera b), di cui sopra, per violazione di diverse norme costituzionali: tra di esse, ad esempio, l'art. 3, poiché la parificazione di un novero di obbligati così indefinito, pur parte del mercato dei trasporti, e non certo impermeabili ad esigenze di regolazione, colliderebbe con il dettato di questa disposizione, nonché anche l'art. 41 poiché l'imprevedibilità degli oneri impositivi si tradurrebbe anche in una violazione della libertà di iniziativa economica tutelata dalla disposizione citata: oneri peraltro adottati in maniera arbitraria⁶⁷ secondo i ricorrenti.

La sentenza n.69/2017 ha in realtà confermato la piena costituzionalità della lett.b) dell'art. 37 del D.l. n. 201/2011, e la questione a riguardo sembra pertanto essere destinata a concludersi: la stessa Autorità dei Trasporti, nella Delibera n.75 del 31 maggio 2017, forte di quanto affermato dalla Corte Costituzionale, ha pertanto deciso di effettuare una ricognizione delle sue competenze e degli ambiti interessati dalle attività poste in essere. Tuttavia, una attenta lettura sia di questo atto sia delle motivazioni contenute nella sentenza appena citata possono condurre a ritenere che i concessionari autostradali titolari di concessioni antecedenti all'istituzione dell'ART siano esenti da tale obbligo contributivo. Questa affermazione si basa su due considerazioni: *in primis* l'Autorità afferma correttamente nella Delibera n.75/2017 che sono presenti nell'ordinamento nazionale e comunitario ulteriori normative, oltre all'art. 37 del D.l. n.201/2011, che regolano la materia sottoposta alla sue funzioni, e questo assunto la legittimerebbe a richiedere il contributo per il suo funzionamento sostanzialmente a tutti i soggetti privati operanti nel campo dei trasporti; non può tuttavia tacersi come nel contesto normativo citato⁶⁸ dall'ART non compaia una singola disposizione

⁶⁶ Così G.Mele “Il perimetro regolatorio dell'Autorità dei trasporti: prime considerazioni e verifiche”, pubblicato sul n.2 del 2014 della Rivista Italiana di Antitrust, p. 88, il quale prosegue sul perimetro contributivo affermando che esso “*pare però più indotto da una nominalistica ricognizione delle attività economiche, elencate nella sezione “H. Trasporto e magazzinaggio” della Classificazione ATECO, che “dovrebbero” rientrare nel suo perimetro regolatorio, più che da una motivata e approfondita analisi delle attività di trasporto, di accesso alle infrastrutture e di servizi accessori, per arrivare a individuare quelle effettivamente da considerare nella regolazione e, quindi, a sottoporre i soggetti economici che le svolgono all'obbligo della contribuzione”.*

⁶⁷ L'arbitrarietà del *modus operandi* dell'ART sembrerebbe configurarsi almeno nel caso della delibera n. 10 del 2014, per la quale non è stata attivata alcuna forma di partecipazione: nella successiva delibera n. 78 del 2014, l'autorità, dopo aver affermato di essere ricorsa a numerose consultazioni, “*ha altresì evidenziato la difficoltà di coinvolgere un numero talmente elevato e indefinito di soggetti: il che comproverebbe l'indeterminatezza della previsione legislativa e la conseguente ratio legis di esclusione della partecipazione”*, come si può leggere in un passaggio della sentenza della Corte Cost. n.69/2017.

⁶⁸ Le normative citate, per il cui elenco si rinvia alla delibera sopra citata, riguardano principalmente il settore ferroviario ed il settore aeronautico, nonché quello marittimo e quello dei trasporti effettuati con autobus lungo linee interregionali.

legislativa, nazionale o comunitaria, che possa essere riferita direttamente alla regolazione del settore autostradale, e dunque, di riflesso ai concessionari del settore *tout court* considerati: l'unica normativa riportata sul settore è il comma 5bis⁶⁹ dell'art. 24 D.lgs. n.285/1992, dove viene riconosciuta all'ART una competenza circa eventuali modalità che l'Autorità potrebbe fissare con riguardo alle pertinenze di servizio delle autostrade. Qualora si voglia comunque legittimare l'ART alla richiesta del contributo nei confronti di tutti i concessionari autostradali, alla luce di quest'ultima norma citata del Codice della strada e di un'interpretazione ampia del dettato dell'art. 37 del D.l. n.201/2011, si considerino *a contrario* le considerazioni che seguono.

La sentenza della Corte Costituzionale sopra menzionata infatti, con riferimento all'individuazione dei soggetti tenuti alla dazione del contributo, ritiene che essi siano soltanto *“coloro nei confronti dei quali l'ART abbia effettivamente posto in essere le attività (specificate al comma 3 dell'art. 37) attraverso le quali esercita le proprie competenze (enumerate dal comma 2 del medesimo articolo)”* (corsivo e sottolineato nostri).

Come sopra riportato, tuttavia, l'ART non ha mai posto in essere azioni che abbiano coinvolto i concessionari titolari di concessioni antecedenti alla stessa, essendosi soltanto limitata a poche delibere per il settore, (le quali hanno tutte per oggetto le future concessioni che andranno poste in essere).

Potrebbe dunque concludersi, seguendo le indicazioni della Corte Costituzionale, che i concessionari autostradali titolari di concessioni stipulate precedentemente alla creazione dell'ART possano essere ritenuti esenti dall'obbligo contributivo richiesto invece dall'Autorità, sia perché la norma istitutiva di quest'ultima le attribuisce competenze solo per le nuove concessioni, sia perché è un fatto che fino ad oggi tale ente non si è mai adoperata nei loro confronti, limitandosi ad intervenire su due schemi di concessioni, (per l'A22 prima ed ultimamente per i tratti A5, A21 e “A4-5”), in vista di future procedure ad evidenza pubblica.

Si noti infine che l'ART ha avviato, tramite la Delibera n.120 del 05 ottobre 2017, la consultazione pubblica per la determinazione del suddetto contributo per l'anno 2018: in tale atto, nonostante le considerazioni sopra esposte in merito al contenuto della Delibera dell'ART stessa n.75/2017 e della Sentenza della Corte Costituzionale n.69/2017, la medesima Autorità, continua a richiedere il versamento del contributo anche ai concessionari autostradali titolari di concessioni stipulate precedentemente alla nascita di quest'ultima.

⁶⁹ Esso così recita “5-bis. Per esigenze di sicurezza della circolazione stradale connesse alla congruenza del progetto autostradale, le pertinenze di servizio relative alle strade di tipo A) sono previste, secondo le modalità fissate dall'Autorità di regolazione dei trasporti, sentita l'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali di cui all'articolo 36 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111 dai progetti dell'ente proprietario ovvero, se individuato, del concessionario e approvate dal concedente, nel rispetto delle disposizioni in materia di affidamento dei servizi di distribuzione di carbolubrificanti e delle attività commerciali e ristorative nelle aree di servizio autostradali di cui al comma 5-ter dell'articolo 11 della legge 23 dicembre 1992, n. 498, e successive modificazioni, e d'intesa con le regioni, esclusivamente per i profili di competenza regionale”.

La discussione sulla competenza dell'ART sulle vecchie concessionari non potrà comunque concludersi fintantoché il legislatore e/o la magistratura amministrativa non decidano di intervenire sul punto interpretando e chiarendo con maggiore dettaglio l'attuale normativa.

PARTE SECONDA:

LA DISCIPLINA DELLE CONCESSIONI

NEL VECCHIO E NEL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

2.1. La normativa nel codice appalti del 2006.

Fin dall'inizio della storia delle autostrade è stato utilizzato come strumento per addivenire alla realizzazione ed alla gestione delle stesse l'istituto concessorio. Non può dunque nascondersi come quest'ultimo sia il punto centrale sul quale porre l'attenzione quando si argomenta circa la regolazione del mercato autostradale: è pertanto necessario soffermarsi sia a livello più generale nella descrizione di questa figura giuridica *tout court* considerata, sia approfondire le particolarità previste dall'ordinamento per le concessioni autostradali.

Prima di affrontare la nuova normativa introdotta dal D.lgs. n.50/2016, non è possibile tuttavia esimersi da una breve disamina del contenuto del previgente codice degli appalti proprio con riferimento a quanto esso prevedeva in materia di concessioni: conoscere la disciplina dettata dal d.lgs. 163 del 2006 infatti consente di comprendere la loro evoluzione normativa. Non bisogna poi dimenticarsi che quanto contenuto nel Codice del 2006 rappresenta, insieme ad altre norme⁷⁰, la base giuridica su cui sono state poste in essere le convenzioni autostradali ancora attualmente in essere di cui ampiamente si è detto in precedenza.

Il Codice appalti 2006 può considerarsi una pietra miliare nel variegato panorama legislativo caratterizzante l'ordinamento amministrativo: è un *corpus* normativo che ha cercato, per la prima volta, di mettere ordine in un settore così cruciale per l'intera economia del Paese, quale quello degli appalti e del partenariato pubblico privato. Esso è stato redatto anche sotto l'influenza del diritto comunitario, in particolare a seguito delle Direttive del 31 marzo 2004 nn. 2004/17/CE⁷¹ e 2004/18/CE, riunendo insieme le disposizioni di entrambe.

⁷⁰ Come si è già detto, infatti, le concessioni sottoscritte tra l'allora concedente ANAS ed i concessionari autostradali sono state redatte tenendo in considerazione non solo le disposizioni del D.lgs. n.163/2006, ma anche quelle presenti nel D.lgs. n. 262/2006 (rapporti concedente-concessionario) e in numerose altre normative di secondo livello, quali su tutte, ad esempio, le delibere del CIPE n.319/1996 e n.37/2007.

⁷¹ La Direttiva 2004/17/CE si occupa soltanto dei settori speciali, mentre la Direttiva 2004/18/CEE riguarda in generale gli appalti pubblici, unificando tutte le norme comunitarie nel tempo emanate ed introducendo diverse importanti innovazioni, quali ad esempio, soglie di applicazione più elevate, l'introduzione del dialogo competitivo, delle aste elettroniche, dei sistemi dinamici di acquisto, degli accordi quadro, la possibilità di partecipare alle gare con le holding.

L'istituto concessorio non poteva che collocarsi in tale testo unico, il quale ha attinto alle precedenti normative nazionali⁷² e comunitarie⁷³ rappresentando un indubbio passo in avanti rispetto alle preesistenti disposizioni.

La normativa del 2006, compreso il D.P.R. n. 207/2010, poneva *“l'interprete [...] di fronte ad un coacervo di ipotesi riconducibili al modello della concessione⁷⁴”*, tra le quali possono citarsi:

- le concessioni di servizi a iniziativa pubblica *ex art. 30* del Codice del 2006;
- le concessioni di lavori *ex art 144* del Codice del 2006.

In questa sede risulta opportuno soffermarsi unicamente sulle sole concessioni di lavori pubblici e di servizi: rispetto al successivo Codice degli appalti del 2016, queste due tipologie di titoli concessori non presentano la medesima disciplina.

Con riguardo alle concessioni di lavori, oltre ad una prima definizione data dal comma 11 dell'art.3⁷⁵, era ad esse dedicato anche l'art. 143 che riaffermava come le stesse avessero ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica. Il comma quarto dell'art. 143 era poi rivolto al prezzo, il quale veniva determinato *“qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare”*.

⁷² In Italia già con la L. n.109/1994 è presente una prima definizione di concessione ed *“il processo di riforma della disciplina dei lavori pubblici [...] prosegue con legge 18 novembre 1998, n. 415, c.d. Merloni-ter, e con il successivo regolamento di attuazione, disposizioni normative emanate con l'obiettivo di stimolare il coinvolgimento di capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche e la legge Merloni-quater nel 2002”*, così B. Raganelli, *“Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti”*, pubblicato sulla rivista elettronica *“Amministrazione in cammino”*, pp. 4-5, 2017.

⁷³ Antecedentemente alla direttiva 2004/18/CE, si veda la comunicazione interpretativa della Commissione europea del 29 aprile 2000: per un commento della stessa può citarsi C. Guccione, *“La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario”*, in *Giornale di diritto amministrativo*, volume 6, fascicolo 12, 2000, p.1263 e ss. Per una ricostruzione della normativa comunitaria precedente alla suddetta comunicazione si veda C.F. Giordano e G. Pasquini *“Le concessioni di lavori pubblici”*, in M. Clarich, *“Commento al codice dei contratti pubblici”*, Giappichelli, 2010, p.711 nota 1, i quali citano *“la direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, n.89/440/CEE che ha modificato la direttiva 71/305/CEE con l'art. 1 ter, che ha espressamente preso in considerazione le concessioni di lavori pubblici rendendo ad esse applicabili le regole di pubblicità dettate dagli artt. 12, nn. 3,6,7 e 9-13, nonché 15 bis. Successivamente, la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE ha menzionato espressamente la concessione di lavori pubblici tra i contratti che rientrano nella propria sfera di applicazione”*.

⁷⁴ Così P. Verri *“Le concessioni alla luce del diritto europeo sui contratti pubblici”*, tesi finale di dottorato, ciclo XXVIII, Università degli studi di Milano *“Bicocca”*, anno accademico 2015/2016, p.97.

⁷⁵ Il quale così riportava *“le concessioni di lavori pubblici sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice, l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.*

L'art. 144 era invece indirizzato alle modalità delle gare, prevedendo sia la procedura aperta che quella ristretta, con l'utilizzo del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa: l'aver previsto anche la procedura aperta accanto alla ristretta (diretta discendente della licitazione privata), può considerarsi un deciso passo in avanti della normativa, sempre più orientata ad una logica concorrenziale. Non era invece consentito l'utilizzo del dialogo competitivo: la scelta in tal senso del legislatore del 2006 è stata contestata da buona parte della dottrina⁷⁶, poiché questo strumento avrebbe potuto dare ottimi risultati nella realizzazione di opere complesse⁷⁷.

Anche la procedura negoziata non era stata menzionata per le concessioni di lavoro, tuttavia si presumeva che potesse essere utilizzata dalle stazioni appaltanti qualora fosse risultato inutile l'esperimento di una procedura aperta o ristretta, secondo quanto previsto dall'art. 57, comma 2, lett. a). L'unico criterio di aggiudicazione previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre si riteneva corretto l'aver escluso la possibilità di utilizzo del criterio del prezzo più basso, anche per la complessità della figura stessa della concessione di lavori.

Interessante poi risultava essere il contenuto del comma 3 *bis* dell'art. 144, il quale prescriveva che *“i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario, sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità dell'opera”*: il concetto di bancabilità è stato poi confermato nella disciplina del nuovo Codice degli Appalti 2016 al terzo comma dell'art. 165 del D.lgs. n.50/2016.

Quanto alla durata standard delle concessioni, essa è stata stabilita in trent'anni dal comma 6 dell'art. 143: è evidente la differenza con il codice appalti del 2016 che non stabilisce più una durata standard dell'istituto⁷⁸, come si avrà modo di descrivere nella pagine che seguiranno.

Le maggiori questioni e controversie hanno tuttavia riguardato la concessione di servizi⁷⁹, a causa dell'incerta interpretazione del contenuto dell'art. 30 del D.lgs. n.163/2006: questa disposizione, dopo aver stabilito che *“le disposizioni del codice, salvo quanto dalla stessa previsto, non trovavano applicazione*

⁷⁶ Si veda sul punto R. Giovagnoli, “Sistemi di realizzazione delle opere pubbliche e strumenti di finanziamento: dall'appalto pubblico al partenariato pubblico privato”, Relazione tenuta al Convegno “Appalto pubblico: chance di sviluppo efficiente”, tenutosi a Ravello il 14 e 15 ottobre 2011, e successivamente pubblicata sul sito www.jusforyou.it.

⁷⁷ Si pensi nel settore dei lavori autostradali all'esperienza del dialogo competitivo per il Passante di Bologna svoltosi nel 2016, i cui risultati sono così sintetizzati: “l'esperienza bolognese, se pur non ancora conclusa nelle sue fasi di realizzazione del progetto, nell'anticipare i contenuti del nuovo codice sugli appalti sui temi della qualità progettuale e del dibattito pubblico, rappresenta un significativo cambio di rotta in “QUALE VIA PER IL DIBATTITO PUBBLICO? Il caso del Passante di Bologna” di A. Delpiano e L.Ferroni, in “Quale futuro per la politica dei trasporti dopo il nuovo codice degli appalti” pubblicato in quaderni di SIPoTra 1/2017 ad Aprile 2017.

⁷⁸ La direttiva 2014/23/UE al punto 52 fissa invece, implicitamente, la durata “standard” di una concessione in appena cinque anni, segno tangibile dell'estremo disfavore del legislatore comunitario per titoli concessori troppo protesi nel tempo.

⁷⁹ Esse erano definite dall'art. 3, comma 12, d.lgs. n. 163/2006, che le presentava come aventi “le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'articolo 30”.

alle concessioni di servizi”, si preoccupava di regolare la scelta del concessionario, la quale sarebbe dovuta avvenire “nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all’oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi”; questo dispositivo ha fatto sorgere molteplici dibattiti circa la reale portata del richiamo ai “*principi generali desumibili dal Trattato e di quelli relativi ai contratti pubblici e, dunque, circa la reale ampiezza della discrezionalità riconosciuta alle amministrazioni in tema di concessioni di servizi [...] più nel dettaglio, il punctum pruriens riguardava la questione se, al di là dell’ipotesi in cui fossero le stesse amministrazioni ad auto vincolarsi espressamente all’applicazione di una serie di norme puntuali, talune disposizioni previste nella disciplina dei contratti pubblici potessero automaticamente applicarsi alle procedure in tema di concessioni di servizi*⁸⁰”.

I molteplici dubbi interpretativi sulla citata norma hanno generato un gran numero di controversie, in particolare sulle seguenti tematiche:

- applicazione o meno della disciplina sull’anomalia delle offerte;
- applicazione o meno dei termini di presentazione dell’offerta;
- obbligo o meno di specificare espressamente le condizioni di esecuzione del contratto;
- divieto o meno di rinnovazione dei contratti pubblici mediante accordi taciti;
- motivi di esclusione dalle gare tassativi o meno.

La certezza giuridica è stata poi definitivamente minata quando anche la stessa giurisprudenza ha fornito risposte contraddittorie su alcune specifiche tematiche⁸¹: non deve sorprendere allora che nel 2013 si sia

⁸⁰ Così P. Verri “Le concessioni alla luce del diritto europeo sui contratti pubblici”, tesi finale di dottorato, ciclo XXVIII, Università degli studi di Milano “Bicocca”, anno accademico 2015/2016, 106.

⁸¹ Tra le tematiche oggetto di contrasti giurisprudenziali possono essere menzionate le seguenti:

- applicabilità o meno delle disposizione sulle cauzioni, si veda contra sent. Cons. St., sez. V, 13 luglio 2010, n. 4510, mentre a favore può citarsi la sent. TAR Lazio-Latina, sez. I, 28 luglio 2009, n. 737;
- motivi di esclusione automatica ed obbligatoria: a riguardo infatti sono state emesse pronunce che ne hanno escluso l’operatività, ad esempio sent. T.A.R. Lazio-Latina, sez. I, 7 marzo 2012, n. 195, mentre altre erano di opposto avviso, come la sent. Cons. St., sez. VI, 7 agosto 2015, n. 3910;
- modifiche dei prezzi, dove alcuni arresti giurisprudenziali erano sfavorevoli ad una revisione degli stessi, come sent. Cons. St., sez. VI, 5 giugno 2006, n. 333, mentre altri li ammettevano, come sent. T.A.R. Sardegna, sez. I, 22 marzo 2006, n. 338;
- composizione commissione aggiudicatrice e regole per la sua formazione: secondo una certa giurisprudenza tali regole non erano applicabili, come ad es. la sent. Cons. St., sez. V, 6 luglio 2010, n. 4311, tuttavia altri Giudici Amministrativi dissentivano da questa inapplicabilità, come si evince dalla sent. Cons. St., sez. V, 23 maggio 2011, n. 3086.

giunti a ben due Adunanze Plenarie del Consiglio di Stato, la n. 13 del 7 maggio 2013⁸² e la n. 19 del 6 agosto 2013⁸³ con riguardo alle concessioni di servizi.

La prima Adunanza plenaria citata si è concentrata nel dirimere la questione circa la differenza tra principi e mere disposizioni: è pacifico che solo i primi possano applicarsi all'istituto delle concessioni di servizi, stante anche quanto espressamente previsto dall'art. 30 del d.lgs. n.163/2006. Il Consiglio di Stato ha compiuto una profonda analisi interpretativa dell'espressione "principi": il termine infatti può essere interpretato sia restrittivamente, e dunque di questa nozione farebbero parte solo le norme che espressamente si dichiarano tali, ovvero in maniera più ampia, includendovi anche tutte quelle fattispecie *"a carattere puntuale ma con un certo grado di categorialità"*⁸⁴.

L'Adunanza Plenaria n.13/2013 ha accolto quest'ultima interpretazione chiarendo come sia possibile che anche delle norme di dettaglio possano essere considerate "principi": ciò è ammissibile qualora esse *"rendano possibile la comprensione delle singole parti connettendole al tutto e che, finalmente, rendono intellegibile il disegno armonico, organico ed unitario sotteso rispetto alla frammentarietà delle parti"*⁸⁵. Pertanto, secondo i Supremi giudici amministrativi erano estendibili alle concessioni di servizi tutte quelle fattispecie normative che pur essendo specifiche, potevano comunque definirsi come corollari dei principi generali in materia. Anche alla luce delle difficoltà riscontrate con la distinzione tra concessioni di lavori e di servizi, il nuovo codice del 2016 ha totalmente eliminato differenze di disciplina tra le une e le altre, di fatto equiparandole pur essendo sempre ben presente il loro differente oggetto.

⁸² Pubblicata anche su Foro amm., 2014, 7-8, 1912.

⁸³ Si veda il Foro amm. CDS, 2013, 7-8, 1843.

⁸⁴ Così P. Verri "Le concessioni alla luce del diritto europeo sui contratti pubblici", tesi finale di dottorato, ciclo XXVIII, Università degli studi di Milano "Bicocca", anno accademico 2015/2016, 108.

⁸⁵ Così afferma un passo della sent. n. 13/2013 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

2.2 La nuova disciplina dettata dal D.lgs. n.50/2016.

2.2.1 Introduzione.

L'argomento centrale di questa trattazione concerne la nuova disciplina prevista per le concessioni, a seguito del D.lgs. n. 50/2016, così come modificato dal decreto correttivo del 19 aprile 2017, n.56. Mentre permane in vigore il decreto n.262/2006 che continua a regolare i rapporti tra concedente e concessionario, il nuovo codice appalti sostituisce completamente il precedente, anche con riguardo alle modalità di affidamento: esse, infatti, *“erano in precedenza soggette al decreto legge 8 aprile 2008, n. 59, che rimandava all’art. 144 (Affidamento delle concessioni di lavori pubblici) e all’art. 153 (Finanza e progetto) del decreto legislativo n. 163/2006⁸⁶”*. Le autostrade erano poi considerate opere strategiche, e come tali oggetto di specifiche disposizioni per la loro progettazione, realizzazione e gestione (artt. 161-185 del d.lgs. n. 163/2006).

Il nuovo codice appalti tuttavia non si è limitato ad aggiornare la precedente normativa, in quanto ha recepito la direttiva europea 26 febbraio 2014, n. 23, contenente *“la prima regolamentazione organica dei contratti di concessione, provando così a fare ordine in un settore centrale per la sua rilevanza economica, ma finora regolato in modo disordinato, prevalentemente con comunicazioni⁸⁷ [...] ovvero con tecniche di interpretazione analoga⁸⁸”*: la ratio di un simile intervento del legislatore comunitario va individuata nella volontà di superare l'incertezza giuridica che per anni ha caratterizzato tale istituto; viceversa, *“un quadro giuridico idoneo, equilibrato e flessibile per l'aggiudicazione di concessioni garantisce un accesso effettivo e non discriminatorio al mercato a tutti gli operatori economici dell'Unione assicurando altresì la certezza giuridica e favorendo quindi gli investimenti pubblici in infrastrutture e servizi strategici per i cittadini⁸⁹”*: questo “quadro giuridico” descritto è poi stato unificato, poiché è venuta meno la differenziazione tra la disciplina sulle concessioni di lavori rispetto a quelle di servizi; questa uniformità è stata poi fatta propria anche dal legislatore nazionale, rivoluzionando il precedente assetto del codice del 2006 dove disposizioni separate concernevano le prime rispetto alle seconde (artt. 30 e 143 del D.lgs. 163/2006).

L'ordinamento nazionale ha pertanto recepito la suddetta direttiva, prevedendo la terza parte del Codice appalti 2016 interamente dedicata alle concessioni: ad esse inoltre, per quanto compatibili, si debbono applicare anche le disposizioni delle prime due parti del menzionato testo unico⁹⁰. Quest'ultimo comunque,

⁸⁶ Così D. Anselmi in “Le concessioni di gestione dell’infrastruttura stradale” intervento al Convegno RAZIONALIZZAZIONI DEI MERCATI E AGGREGAZIONI FRA IMPRESE DI TRASPORTO”, tenutosi presso la sede dell’AGCM, a Roma, il 26 gennaio 2017, e successivamente pubblicato sul sito www.sipotra.it, p.5.

⁸⁷ Si veda ad esempio la “Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario” (2000/C 121/02).

⁸⁸ Così M. Macchia in “I contratti di concessione”, in *Giornale di diritto amministrativo* n.4/2016, p.477.

⁸⁹ Così la suddetta Direttiva europea 26 febbraio 2014, n. 23.

⁹⁰ Le prime due parti del Codice degli appalti 2016 riguardano i principi generali, alle procedure di scelta del contraente, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara, ai requisiti di qualificazione soggettivi, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione, nonché alle modalità esecutive del contratto.

non si è limitato a riportare pedissequamente soltanto quanto previsto dal legislatore comunitario: proprio con riferimento alle concessioni infatti: una tra le principali differenze tra la Direttiva 23/2014 e la terza parte del Codice appalti 2016 differiscono ad esempio nella distinzione tra queste ultime ed il partenariato pubblico-privato, che è stato collocato in un'altra parte del testo unico, mentre il diritto comunitario ritiene i due istituti in rapporto di genere a specie, e pertanto le concessioni andrebbero collocate concettualmente *“tra le fattispecie di “partenariato contrattualizzato”⁹¹”*. Altra rilevante diversità consiste nell'aver dedicato una specifica ed articolata norma, (l'art. 178 su cui torneremo a breve), alle concessioni autostradali, sulle quali invece *“a livello europeo si è occupata principalmente la Commissione con riguardo al tema del divieto di aiuti di Stato, ma che non è stata finora oggetto di un intervento organico di regolazione”⁹²* comunitaria.

Al fine di effettuare un'analisi accurata del modo in cui i 14 articoli del Codice (artt. 164-178) vanno ad incidere sulla materia delle concessioni autostradali, è utile suddividere la disciplina in esame in quattro parti, ognuna delle quali verte su un aspetto chiave dell'intera regolazione dell'istituto: si tratta, in particolare, della scelta del concessionario, dell'allocazione del rischio, dell'aggiornamento e della revisione del rapporto concessorio e della cessazione di quest'ultimo con eventuale proroga e relative questioni sottese ad essa.

2.2.2 La scelta del concessionario.

Le nuove modalità di affidamento delle concessioni rappresentano un deciso passo in avanti dell'ordinamento nazionale verso un mercato autostradale sempre più aperto alla concorrenza, ridimensionando fortemente il ricorso al regime delle proroghe che a lungo ha caratterizzato tale settore economico. Il nuovo codice degli appalti pone a riguardo una disciplina dettagliata, distinguendo innanzitutto le procedure di selezione del concessionario in base al fatto se l'infrastruttura viaria sia o meno già stata realizzata: nel primo caso è stato previsto all'art. 178, così come modificato dal D. lgs. n. 56/2017, un *“regime speciale [...] scomponibile in almeno tre frammenti [...] distinguendo tra concessioni scadute, concessioni in scadenza e concessioni che scadranno tra più di due anni”⁹³*, il quale, pur essendo *ad hoc*, deve comunque rispettare le altre prescrizioni della parte terza. Per quelle scadute, il primo comma dell'art. 178 dispone che *“il concedente, che non abbia ancora provveduto, procede alla predisposizione del bando di gara per l'affidamento della concessione, secondo le regole di evidenza pubblica previste dal presente codice dalla Parte III del presente codice, nel termine perentorio di sei mesi dalla predetta data”*. Il comma terzo dell'art. 178 è invece relativo ai titoli concessori di prossima scadenza, per i quali stabilisce che lo

⁹¹ Così M. Macchia in “I contratti di concessione”, in *Giornale di diritto amministrativo* n.4/2016, p.478.

⁹² Così M. Macchia, *Le concessioni autostradali nella riforma del codice dei contratti pubblici*, in *Riv. giur. Mezz.*, 3, 2016, p.831.

⁹³ Così M. Macchia, *Le concessioni autostradali nella riforma del codice dei contratti pubblici*, in *Riv. giur. Mezz.*, 3, 2016, p.835-

stesso “*concedente avvia la procedura per l’individuazione del concessionario subentrante, mediante gara ad evidenza pubblica, in conformità alle disposizioni della Parte III del presente codice*”: simile infine il dettato normativo per quelle concessioni che scadranno oltre i due anni dall’entrata in vigore del suddetto Codice, dove anche per esse vale la regola della procedura ad evidenza pubblica. Contemporaneamente a queste attività, il concedente è chiamato, in base al comma sei dell’art. 178, ad effettuare, “*due anni prima della data di scadenza della concessione, [...] in contraddittorio con il concessionario, tutte le verifiche necessarie a valutare lo stato tecnico complessivo dell’infrastruttura ed ordina, se del caso, i necessari ripristini e le occorrenti modificazioni dello stato dei luoghi in conformità degli impegni assunti convenzionalmente*⁹⁴”.

Le prescrizioni stabilite dall’art. 178 necessitano di due fondamentali precisazioni per avere un quadro completo della materia:

- La prima concerne il fatto che l’art. 178 debba essere letto in combinato disposto con l’art. 37 del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, in legge 22 dicembre 2011, n. 214: con questa norma viene istituita l’Autorità dei Trasporti e vengono fissati i suoi principali compiti, tra i quali la redazione dello schema di convenzione autostradale che il concedente ha la facoltà di richiedere alla stessa⁹⁵ prima dell’emissione del bando di gara per l’affidamento del titolo concessorio.
- La seconda è invece relativa proprio all’art. 178, il quale al primo comma prevede un’ulteriore modalità di assegnazione, ossia attraverso una società in house, ai sensi dell’art. 5 del D.lgs. 50/2016: il d.lgs. 56/2017 ha poi aggiunto all’art. 178 il comma 8ter che specifica a riguardo che le concessioni autostradali interessanti “*una o più regioni possono essere affidate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a società in house di altre amministrazioni pubbliche anche appositamente costituite*⁹⁶”.

Qualora invece la costruzione dell’infrastruttura debba ancora essere effettuata o completata, l’affidamento di tale concessione “mista”, (poiché include i lavori e la successiva gestione dell’opera realizzata), può avvenire o attraverso il normale regime previsto per tutte le concessioni, ossia quanto previsto dall’art. 164 e ss., oppure ricorrendo alla finanza di progetto, di cui all’art. 183.

⁹⁴ Il comma 7 poi garantisce un indennizzo al concessionario uscente per quelle opere che esso “*ha già eseguito e non ancora ammortizzate alla scadenza della concessione [...] da parte del subentrante, pari al costo effettivamente sostenuto, al netto degli ammortamenti, dei beni reversibili non ancora ammortizzati come risultante dal bilancio di esercizio alla data dell’anno in cui termina la concessione, e delle variazioni eseguite ai fini regolatori. L’importo del valore di subentro è a carico del concessionario subentrante*”.

⁹⁵ Successivamente si avrà modo di analizzare i primi interventi in tal senso di questa Autorità, relativi al rinnovo dell’A22, poi avvenuto con altre modalità, e con la Delibera n.86 del 2017, la quale ha avviato la procedura di elaborazione di uno schema di concessione principalmente per le tratte A5 e A21: tale schema concessorio è stato poi definito, a seguito di consultazioni, con la Delibera n.119 del 28.09.2017 .

⁹⁶ Questa modalità è stata recentemente utilizzata dal concedente Ministero dei trasporti, infatti, come riportato successivamente, il 14 gennaio 2016 sono stati infatti firmati due protocolli d’intesa tra lo stesso MIT ed i rappresentanti degli enti territoriali per il passaggio delle concessioni delle tratte autostradali attualmente affidate ad Auto Brennero Spa e ad Autovie Spa (con le precedenti concessioni scadute, rispettivamente, il 30 aprile 2014 ed il 31 marzo 2017), a due società interamente pubbliche, applicando quanto previsto dall’art. 17 della Direttiva 2014/23/UE.

Il più comune dei due procedimenti prevede in primis il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche all'art. 166, il quale recita che esse hanno la facoltà sia “*di organizzare la procedura per la scelta del concessionario*” sia di “*di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici*”: tuttavia tali enti devono rispettare la prescrizione presente nell'art. 30, dove si precisa che l'intera procedura ad evidenza pubblica debba svolgersi rispettando “*i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza*” nonché quelli “*di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità*”.

L'art. 171 poi fornisce garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione, i quali “*sono stabiliti dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 173*”⁹⁷, onerando le stazioni appaltanti a fornire nel bando di gara cruciali informazioni agli interessati, quali “*una descrizione della concessione e delle condizioni di partecipazione*” e “*l'espressa indicazione che la concessione è vincolata alla piena attuazione del piano finanziario e al rispetto dei tempi previsti dallo stesso per la realizzazione degli investimenti in opere pubbliche e che l'offerta deve espressamente contenere, a pena di esclusione, l'impegno espresso da parte del concessionario al rispetto di tali condizioni*”, nonché l'invito “*a presentare offerte o negli altri documenti di gara, una descrizione dei criteri di aggiudicazione e, se del caso, i requisiti minimi da soddisfare*”.

E' stato poi correttamente fatto notare come sia stata posta “*una notevole attenzione al tema dell'accesso ai finanziamenti in tempi ragionevoli da parte dei soggetti vincitori delle gare*”⁹⁸: deve pertanto essere assicurata, già dal bando della gara, una sufficiente bancabilità dell'opera, da intendersi come “la

⁹⁷ In particolare l'art. 173, rubricato “termini, principi e criteri di aggiudicazione”, così recita:

- 1. Le concessioni sono aggiudicate sulla base dei principi di cui all'articolo 30.
- 2. Fermo restando quanto previsto dal comma 1, e comunque in deroga all'articolo 95, la stazione appaltante elenca i criteri di aggiudicazione in ordine decrescente di importanza. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione, comprese eventualmente le offerte, è di trenta giorni dalla data di pubblicazione del bando. Se la procedura si svolge in fasi successive, il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di ventidue giorni. Si applica l'articolo 79, commi 1 e 2.
- 3. Se la stazione appaltante riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista utilizzando l'ordinaria diligenza, può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione di cui al comma 2, per tenere conto di tale soluzione innovativa. In tal caso, la stazione appaltante informa tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza dei criteri ed emette un nuovo invito a presentare offerte nel termine minimo di ventidue giorni di cui al suddetto comma 2, terzo periodo. Se i criteri di aggiudicazione sono stati pubblicati al momento della pubblicazione del bando di concessione, la stazione appaltante pubblica un nuovo bando di concessione, nel rispetto del termine minimo di trenta giorni di cui al comma 2, secondo periodo. La modifica dell'ordine non deve dar luogo a discriminazioni.

⁹⁸ Così L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p.94, i quali, proseguendo, affermano come, secondo i dati dell'Osservatorio nazionale Project Financing, “il settore delle infrastrutture ha riscontrato un modesto livello di closing di contratti finanziari a causa della scarsa bancabilità dei progetti posti a gara”.

reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito”, secondo la definizione del terzo comma dell’art. 165.

Il nodo del finanziamento dell’opera da realizzare è talmente cruciale che qualora non sia presentata idonea documentazione a riguardo, è vietata la sottoscrizione del contratto di concessione, in base sempre al terzo comma dell’art. 165: tale divieto vige anche nel caso in cui non vi sia stata l’approvazione del progetto definitivo. Si noti poi che il decreto correttivo n.56/2017 ha espunto, sempre dal comma citato, la previsione che il contratto di concessione sia “*risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto di concessione*”.

Con riferimento invece alla finanza di progetto, prevista dall’art. 183, è bene premettere che tale strumento, inizialmente utilizzabile per qualunque concessione, è stato poi successivamente precluso alle amministrazioni pubbliche per quei titoli concessori autostradali scaduti o in scadenza, in base al comma 8bis dell’art. 178, inserito dal D.lgs. n.56/2017: la *ratio* di questa norma va ricercata probabilmente nella volontà del legislatore che i titoli concessori scaduti possano essere sostituiti soltanto tramite le due alternative procedure previste dall’art. 178, di cui sopra.

Questo istituto, originario dei Paesi di Common Law, può essere definito come “*un’operazione di finanziamento di una particolare unità economica, nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare, sin dallo stadio iniziale, il flusso di cassa e gli utili dell’unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell’unità economica come garanzia collaterale del prestito*”⁹⁹: nel contesto delle opere pubbliche, tale complessa operazione consente di poterle realizzare, per lo più, senza finanziamenti di risorse statali, qualora la pubblica amministrazione trovi dei validi promotori.

Questo istituto era peraltro già previsto nell’ormai abrogato codice appalti 2006, ed ha consentito, tra le molte opere citabili come esempio, la “*realizzazione del collegamento autostradale Brescia-Bergamo-Milano (cd. Bre.be.mi)*”¹⁰⁰.

Il nuovo codice appalti ha previsto un’articolata disciplina a riguardo ex art. 183, a cui si rinvia.

⁹⁹ Così Nevitt K.P., Project Financing, trad. it. della 4 ed. a cura di P. De Sury, Roma, 1987, 13.

¹⁰⁰ Così L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p.97.

2.2.3 L'allocazione del rischio operativo.

L'istituto del rischio operativo rappresenta un elemento cardine nella descrizione delle caratteristiche delle concessioni: non è un caso infatti che il legislatore comunitario¹⁰¹ abbia *“dato enfasi [...] elevandolo ad elemento idoneo a chiarire lo stesso concetto di concessione e, dunque, capace di delineare più chiaramente i tratti distintivi di tale istituto giuridico rispetto all'appalto”*¹⁰².

E' possibile definire quest'ultimo come l'incognita gravante sul concessionario di subire perdite economiche dirette o indirette, le quali possono essere causate da molteplici fattori riconducibili alle categorie delle risorse umane, dei processi di controllo interni, degli eventi esogeni e della tecnologia: esso tuttavia non deve essere scambiato per la normale alea che permea tutti i contratti posti in essere, ma rappresenta un *quid pluris* specifico delle concessioni. Pertanto il rischio operativo è determinato da circostanze che non possono essere controllate dalle parti contraenti, si pensi ad esempio alle fluttuazioni di mercato: tuttavia è bene precisare già adesso che eventi straordinari non possono comunque essere imputabili al concessionario e in simili circostanze sarà pertanto necessario addivenire tra le parti contraenti a nuove contrattazioni, ad esempio con la rinegoziazione del PEF, come si vedrà a breve per il settore autostradale.

Il nuovo codice degli appalti ha recepito pienamente gli indirizzi dettati dalla direttiva 23/2014/CE sul rischio operativo, dedicandogli un'intera disposizione, l'art. 165, il quale al primo comma, trasferisce totalmente sul concessionario il rischio operativo specificando come le *“le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario”* ossia esse devono *“essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario”* stesso.

Il comma sesto prevede inoltre che *“il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio”*¹⁰³.

Con riferimento al settore autostradale, per completezza d'analisi, è doveroso illustrare le componenti del rischio operativo per il concessionario; esso infatti, può essere composto dai seguenti elementi¹⁰⁴:

- a) rischio progettazione;

¹⁰¹ Il legislatore comunitario ha seguito la linea interpretativa della giurisprudenza comunitaria, si veda a riguardo la Comunicazione Interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni nel diritto comunitario, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 29.04.2000, peraltro citata dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie, del 01.03.2002 n. 3944, rubricata “Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori”.

¹⁰² Così M.G. Greco “Chiarimenti sull'istituto giuridico di concessione nella Direttiva 2014/23/UE. Il rischio “operativo” nel rapporto concessorio”, pubblicato sul sito www.lineeavcp.it il 16 giugno 2014.

¹⁰³ Per i concessionari autostradali la procedura di revisione del PEF è disciplinata dalla Delibera CIPE n. 15 giugno 2007, n. 39, la quale al punto 5 dell'allegato 1 regola la procedura di revisione del PEF: da notare come al punto 7, ben prima del nuovo codice appalti, sia stato già previsto che il rischio di costruzione venga posto in capo al concessionario.

¹⁰⁴ Si noti come gli elementi dal punto a) al punto e) sono tratti dalla Delibera ART. n. 86 del 2017, e confermati successivamente dalla Delibera ART n.119 del 2017, sulle quali torneremo nel prosieguo di questo lavoro.

- b) rischio esecuzione opera difforme al progetto;
- c) rischio aumento del costo dei fattori produttivi o di inadeguatezza o indisponibilità di quelli previsti nel progetto;
- d) rischio di errata valutazione dei costi e tempi costruzione;
- e) rischio di inadempimenti contrattuali di fornitori e subappaltatori;
- f) rischio traffico¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Esso infatti è espressamente ricompreso nel rischio operativo dall'ottavo comma dell'art. 178 del D.lgs. n.50/2016.

2.2.4 L'aggiornamento e la revisione del rapporto concessorio: il principio *pacta sunt servanda*.

Nel corso di un rapporto concessorio, specialmente in casi di durate temporali piuttosto lunghe, è fisiologico che possa sorgere la necessità per le parti contraenti di aggiornare o revisionare quanto pattuito: ciò era già espressamente previsto nella precedente normativa al nuovo codice appalti, nonché “*anche in alcune convenzioni*”¹⁰⁶. La modifica del contenuto delle concessioni è ammessa qualora si verificano eventi non imputabili al concessionario che vadano ad incidere pesantemente sul piano economico finanziario (PEF), tanto che sia reputato necessario il ripristino delle condizioni di equilibrio venute meno: nel caso in cui non si giunga ad un accordo a riguardo, il sesto comma dell'art. 165 del D.lgs. n.50/2016 consente alle parti contraenti di recedere dal contratto (di concessione). Con riguardo al settore autostradale, un evento considerabile idoneo a revisionare il PEF è, ad esempio, un drastico calo dei volumi di traffico causato da un evento esterno straordinario e non riconducibile ad una normale dinamica di mercato: in quest'ultimo caso infatti, il rischio traffico è interamente attribuito al concessionario, come ricorda anche il comma 8 dell'art. 178 del D.lgs. n.50/2016.

In base al comma 82 dell'art. 2 del D.l. n. 262/2006, il PEF viene comunque automaticamente rivisto al termine di ogni periodo regolatorio (generalmente di durata quinquennale), e come stabilito dal punto 5.3 della Delibera CIPE del 15 giugno 2007 n.39, in tale procedimento di aggiornamento “*si procede in ogni caso: al calcolo dei costi ammessi per il successivo periodo regolatorio (lett.a); al riconoscimento tra i costi ammessi dei maggiori oneri eventualmente sostenuti nel periodo precedente per l'attività di progettazione e costruzione derivanti da eventi di forza maggiore o fatto del terzo (lett.b); alla deduzione dai costi ammessi di eventuali altri importi da recuperare (es. sanzioni o penali) (lett.c); all'aggiornamento delle stime di traffico (lett.d); alla rideterminazione del parametro X da applicare nel periodo successivo (lett. e)*”.

L'art. 175 del D.lgs. n. 50/2016 ha poi definito le circostanze in cui è consentita la modifica dei contratti di concessione durante il loro periodo di efficacia senza una nuova procedura di aggiudicazione¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Così L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p. 104.

¹⁰⁷ L'art. 175 così recita infatti: “*Le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione nei seguenti casi:*

a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state espressamente previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili che fissino la portata, la natura delle eventuali modifiche, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate. Tali clausole non possono apportare modifiche che alterino la natura generale della concessione. In ogni caso le medesime clausole non possono prevedere la proroga della durata della concessione;

b) per lavori o servizi supplementari da parte del concessionario originario che si sono resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale, ove un cambiamento di concessionario risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito della concessione iniziale e comporti per la stazione appaltante un notevole ritardo o un significativo aggravio dei costi;

c) ove ricorrano, contestualmente, le seguenti condizioni:

1) la necessità di modifica derivi da circostanze che una stazione appaltante non ha potuto prevedere utilizzando l'ordinaria diligenza;

2) la modifica non alteri la natura generale della concessione;

d) se un nuovo concessionario sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione a causa di una delle seguenti circostanze:

1) una clausola di revisione in conformità della lettera a);

La modifica dei contenuti delle concessioni attualmente in essere non può poi prescindere dal rispetto del principio *pacta sunt servanda*. La convenzione accessiva alla concessione autostradale infatti è a tutti gli effetti un contratto e come tale soggiace alle regole stabilite dal Codice Civile¹⁰⁸, oltre che a quelle previste nell'ordinamento amministrativo. Non sarebbe pertanto possibile né per il concedente né per il concessionario addivenire a modificazioni del rapporto prese in maniera unilaterale. Questo implicito divieto è emerso con forza a seguito della prima versione dell'art. 12 della Legge 3 ottobre 2006 n.262, la quale, come si è visto in precedenza, aveva tentato di obbligare i vecchi concessionari a stipulare una nuova concessione “unica” con l'ANAS nonostante gli accordi sottoscritti qualche anno prima: questa circostanza ha provocato numerosi contenziosi tra l'amministrazione pubblica ed i concessionari con una conseguente situazione di stallo protrattasi fino al decreto legge 8 aprile 2008 n.59, poi convertito con la legge 6 giugno 2008 n. 101, con il quale furono approvati tutti gli schemi di concessione sino ad allora concordati tra l'ANAS con le varie società

2) al concessionario iniziale succeda, in via universale o particolare, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice, fatta salva l'autorizzazione del concedente, ove richiesta sulla base della regolamentazione di settore;

3) nel caso in cui la stazione appaltante si assuma gli obblighi del concessionario principale nei confronti dei suoi subappaltatori;

e) se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali ai sensi del comma 7.

2. Nelle ipotesi di cui al comma 1, lettere a), b) e c), per le concessioni aggiudicate dalle amministrazioni aggiudicatrici allo scopo di svolgere un'attività diversa da quelle di cui all'allegato II l'eventuale aumento di valore, anche in presenza di modifiche successive, non può eccedere complessivamente il 50 per cento del valore della concessione iniziale, inteso come valore quale risultante a seguito dell'aggiudicazione delle opere o dei servizi o delle forniture oggetto di concessione. Le modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice.

3. Le stazioni appaltanti che hanno modificato una concessione nelle situazioni di cui al comma 1, lettere b) e c), pubblicano, conformemente a quanto disposto dall'articolo 72, un avviso nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, contenente le informazioni di cui all'allegato XXV.

4. Le concessioni possono essere modificate senza necessità di una nuova procedura di aggiudicazione, né di verificare se le condizioni di cui al comma 7, lettere da a) a d), sono rispettate se la modifica è al di sotto di entrambi i valori seguenti:

a) la soglia fissata all'articolo 35, comma 1, lettera a);

b) il 10 per cento del valore della concessione iniziale.

5. La modifica di cui al comma 4 non può alterare la natura generale della concessione. In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche.

6. Ai fini del calcolo del valore di cui ai commi 1, lettere a), b) e c), 2 e 4 il valore aggiornato è il valore di riferimento quando la concessione prevede una clausola di indicizzazione. Se la concessione non prevede una clausola di indicizzazione, il valore aggiornato è calcolato tenendo conto dell'inflazione calcolata dall'ISTAT.

7. La modifica di una concessione durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale, quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuito. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 4, una modifica è considerata sostanziale se almeno una delle seguenti condizioni è soddisfatta:

a) la modifica introduce condizioni che, ove originariamente previste, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata, oppure avrebbero consentito una maggiore partecipazione alla procedura di aggiudicazione;

b) la modifica altera l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale;

c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione;

d) se un nuovo concessionario sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d).

8. Una nuova procedura di aggiudicazione di una concessione è richiesta per modifiche delle condizioni di una concessione durante il periodo della sua efficacia diverse da quelle previste ai commi 1 e 4”.

¹⁰⁸ In particolare il principio *pacta sunt servanda* emerge dal contenuto dell'art. 1372 c.c. .

concessionarie: questo metodo fu poi riproposto con le leggi n. 191 del 2009 (che approva tutte le convenzioni sottoscritte fino al 31 dicembre 2009) e n. 78 del 2010.

Il rispetto del principio dei *“pacta sunt servanda”* non coinvolge soltanto i rapporti interni tra concedente e concessionario, ma ha una valenza ben maggiore, interessando l’intera stabilità del mercato nel settore autostradale, tanto che la Commissione europea a seguito dell’emanazione della Legge 3 ottobre 2006 n. 252 avviò¹⁰⁹ *“una procedura d’infrazione per violazione della libertà di circolazione dei capitali e della libertà di stabilimento, rilevando, tra l’altro, che l’incertezza del quadro regolatorio derivante dalla imposta rinegoziazione dei contratti[...] scoraggiano gli investitori”*¹¹⁰.

Le considerazioni appena esposte conducono pertanto a ritenere sconsigliabile che l’Autorità dei Trasporti, interpretando in maniera ampia le sue funzioni ex art. 37 del D.l. n.201/2011, vada in futuro ad intervenire sulla regolamentazione delle concessioni sorte prima dell’inizio del suo operato: si rischierebbe di ricadere nella situazione già vista nel biennio 2006-2008 e minerebbe ancora di più la considerazione degli investitori privati circa la stabilità normativa, requisito fondamentale per favorire la concorrenza ed il “ricambio” tra soggetti privati interessati alle nuove concessioni che saranno messe a gara nei prossimi anni.

¹⁰⁹ Si veda il Comunicato della Commissione del 14 novembre 2006, IP/06/1561, procedura 2419/2006.

¹¹⁰ Così L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 66-67.

2.2.5 La cessazione del rapporto e la *vexata quaestio* della proroga.

Un tema particolarmente delicato in materia di concessioni, specialmente per quelle autostradali, concerne le varie ipotesi in cui il rapporto concessorio giunge al termine: è possibile distinguere tra cessazioni “naturali”, ossia a seguito della scadenza prefissata in convenzione del titolo concessorio e quelle invece che ne pongono fine anticipatamente.

Sul primo caso bisogna premettere un breve inciso sul *quantum* della durata delle concessioni, il quale è stato più volte modificato dalle varie normative a riguardo succedutesi nel tempo: il vecchio codice appalti del 2006 ad esempio, aveva fissato la durata massima di una concessione in trenta anni (art. 143 comma 6 del D.lgs. n.163/2006). Tuttavia l’esperienza ha dimostrato come sia controproducente tentare di stabilire, a priori una durata “corretta” di una concessione, senza nemmeno conoscere l’oggetto specifico del futuro rapporto concessorio.

Il nuovo codice del 2016, infatti, ha evitato di ripetere un simile errore, non fissando più una durata massima, ma semplicemente come essa vada “*determinata nel bando di gara dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario*” e che “*la stessa è commisurata al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa*” (primo comma dell’art. 168).

Il secondo comma dell’art. 168 specifica ulteriormente la materia: la prima versione di tale disposizione tuttavia non differenziava tra le concessioni di durata quinquennale e quelle con scadenze superiori, limitandosi a chiarire che il periodo temporale del titolo concessorio non può superare quello “*necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario*”: tale inciso tuttavia, mentre inizialmente poteva valere per tutte le concessioni, a prescindere dalla loro durata, è stato poi riferito soltanto a quelle ultra quinquennali dal decreto correttivo al Codice, ossia il D.lgs. n.56/2017. Quest’ultimo, modificando leggermente il secondo comma dell’art. 168, ha reso la normativa nazionale più in linea con quella comunitaria, dove la direttiva 2014/23/UE¹¹¹ “*stabilisce, infatti, in cinque anni la durata ordinaria delle concessioni, facendo salva la possibilità di derogare a tale principio laddove una durata maggiore sia indispensabile per consentire al concessionario di recuperare l'investimento*¹¹²”: questa previsione della direttiva testimonia l’ormai consolidato orientamento comunitario poco incline a concessioni temporalmente molto lunghe, viste come un ostacolo alla concorrenza nel mercato: si è pertanto giunti ad un sistema “ibrido”, dove è stata fissata una durata standard delle concessioni (5 anni), ammettendo comunque concessioni con decorsi superiori, in modo da dare all’istituto una ragionevole flessibilità. Scaduta la concessione, “*il*

¹¹¹ Si vedano il considerando 52 e l’art. 18 della citata direttiva.

¹¹² Così R. Cori e I. Paradisi “I contratti di concessione e il Partenariato pubblico privato dopo il correttivo del Codice dei contratti pubblici”, in Appalti e Contratti, n. 6/2017, p. 40.

*cessionario uscente è tenuto a proseguire l'ordinaria amministrazione dell'esercizio dell'autostrada assentita [...] e delle relative pertinenze fino al trasferimento della gestione stessa*¹¹³. Dal tenore dell'art. 178 del D.lgs. n. 50/2016, analizzato in precedenza, si evince poi la preoccupazione del legislatore nel cercare di stabilire tempi certi per le procedure ad evidenza pubblica che consentano la sottoscrizione di una nuova concessione, scaduta la precedente: il timore è infatti quello che possano ripetersi situazioni di stallo, spesso ancora in itinere¹¹⁴, successivamente al termine della concessione stessa, determinando di fatto “proroghe tacite” non espressamente vietate ma fortemente osteggiate dalla Commissione Europea. La fine anticipata di un rapporto concessorio è prevista nei due distinti casi di decadenza e revoca:

- la prima ipotesi ricorre qualora il concessionario sia gravemente inadempiente delle disposizioni previste nelle convenzioni, le quali “*individuano puntualmente le fattispecie di gravi inadempimenti contrattuali [...] a titolo esemplificativo, il mancato mantenimento delle funzionalità delle autostrade concesse, la mancata tenuta della contabilità analitica, il mancato mantenimento di adeguati requisiti di solidità economico-patrimoniale*¹¹⁵”: tali mancanze generalmente comportano una sanzione pecuniaria per il concessionario con un importo che oscilla tra un minimo di euro 25.000 e un massimo a euro 150 milioni come previsto dal n.86 dell'art. 2 del decreto 262/2006. Tuttavia se queste ultime sono ripetute nel tempo, possono comportare la decisione del concedente di avviare un procedimento di decadenza, il quale andrà comunicato al concessionario ex art. 7 della L.n. 241 del 1990: l'iter si conclude con il concedente che fa istanza formale ai Ministri preposti di dichiarare l'avvenuta decadenza (ossia il MIT ed il Ministero dell'Economia e delle Finanze), la quale comunque fa rimanere obbligato il concessionario a proseguire nell'ordinaria amministrazione fino al nuovo soggetto gestore;
- la revoca invece non è conseguenza di un comportamento scorretto del concessionario, bensì, in base all'art. 21 *quinquies* della L.n. 241/90¹¹⁶, “*per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di*

¹¹³ Così L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p. 106, i quali successivamente sottolineano la rilevanza del comma 7 dell'art. 178 del D.lgs 50/2016, dove si stabilisce che “*per le opere assentite che il concessionario ha già eseguito e non ancora ammortizzate alla scadenza della concessione, il concessionario uscente ha diritto ad un indennizzo di tali poste dell'investimento, da parte del subentrante, pari al costo effettivamente sostenuto, al netto degli ammortamenti, dei beni reversibili non ancora ammortizzati come risultante dal bilancio di esercizio alla data dell'anno in cui termina la concessione, e delle variazioni eseguite ai fini regolatori. L'importo del valore di subentro è a carico del concessionario subentrante*”.

¹¹⁴ Nel settore autostradale i casi più emblematici in tal senso sono i seguenti:

- la concessione per l'Autostrada A21 nel tratto Piacenza – Brescia e la diramazione per Fiorenzuola d'Arda, attualmente ancora gestite dalla società Autostrade Centro Padane S.p.a., nonostante la scadenza avvenuta il 30 settembre 2011: ad aggravare la gravità della situazione, è la circostanza che la gara bandita per la nuova concessione da ANAS nel 2012 è stata vinta dal 2015 da gruppo Gavio, e ciò nonostante si permane in una situazione di stallo;
- la concessione per l'Autostrada A22, scaduta il 30 aprile 2014, per la quale, come si vedrà successivamente, dopo un travagliato iter si è giunti il 14 gennaio 2016 alla stipula di un protocollo tra enti locali e MIT che ha risolto la questione con un affidamento in house ex art. 178 comma 8 ter del D.lgs. n.50/2016 con una durata quasi trentennale (scadenza nel 2045): stesso iter è stato seguito per le Autovie venete S.p.a, la quale tuttavia aveva una concessione scaduta il 31 marzo 2017, per cui non si sono verificati, al momento, situazioni di tacita proroga.

¹¹⁵ Così L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p. 107.

¹¹⁶ Così come da ultimo modificato dal D.l. 12 settembre 2014, n. 133 (in G.U. 12/09/2014, n.212) , convertito con modificazioni dalla L. 11 novembre 2014, n. 164.

mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario”: tale norma prevede anche un indennizzo per il concedente parametrato al solo danno emergente (comma 1bis).

Alla scadenza di una concessione, può verificarsi, come appena visto, un intermezzo fino al nuovo affidamento che spesso viene taciuto essere una “proroga tacita” al vecchio concessionario: si sono tuttavia verificati casi di proroghe dei titoli concessori formalmente accordate dal concedente, soprattutto relativamente alle concessione ante 2006, dove l’istituto della *prorogatio* era una prassi consueta.

La posizione della Commissione europea è sempre stata di netta opposizione¹¹⁷ al regime di proroga delle concessioni, salvo rari casi¹¹⁸, ad esempio per migliorare l’infrastruttura o ulteriormente svilupparla: tuttavia tale istituzione comunitaria ha sempre preteso di essere informata per tempo circa l’intenzione da parte del legislatore nazionale (Governo o Ministero preposto) o del concedente di voler allungare i termini di scadenza di un titolo concessorio. Infatti in tutte le ipotesi dove essa non è stata avvisata, molto spesso è scattata la procedura di infrazione¹¹⁹ per il nostro Paese. Anche per la Francia nel 2014 sono state autorizzate diverse dalla Commissione europea¹²⁰, come si può osservare nella seguente tabella¹²¹:

SINTESI DELLE PROROGHE DELLE CONCESSIONI AUTOSTRADALI IN FRANCIA AUTORIZZATE DALL'UNIONE EUROPEA			
Società concessionaria	Importo lavori ulteriori previsti (M€)	Fine concessione attuale	Durata della proroga autorizzata
ESCOTA	600-650	2027	4 anni e 2 mesi
SANEF	300-350	2029	2 anni
SAPN	250-300	2029	3 anni e 8 mesi
COFIROUTE	550-600	2031	2 anni e 6 mesi
APRR	400-450	2032	2 anni e 1 mese
AREA	300-350	2032	3 anni e 9 mesi
ASF	800-850	2033	2 anni e 4 mesi
TOTALE	3.200		2 anni e 11 mesi

¹¹⁷ Stessa posizione di rifiuto dell’istituto della proroga è stata espressa a più riprese dall’AGCM, si vedano le sue segnalazioni AS135, 22 maggio 1998 e AS137, 2 luglio 2014.

¹¹⁸ Possiamo ricordare un caso del recente passato, ossia la “*proroga in concessione del traforo del Monte Bianco a favore della Concessionaria italiana SITMB, autorizzata dalla Commissione europea il 16 maggio 2006, al fine di permettere investimenti relativi alla sicurezza necessari dopo il grave incidente del 1999*”, così L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p. 108 nella nota 82. .

¹¹⁹ Tra le più recenti contestazioni nei confronti del nostro Paese possiamo citare la procedura di infrazione per la proroga concessa alla SAT (Società Autostrada Tirrenica S.p.A.), senza previa gara ad evidenza pubblica, come emerge dal Comunicato stampa della Commissione Europea del 17 maggio 2017, dove la stessa ha annunciato di aver deferito il nostro Paese alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea per violazione del diritto comunitario, in particolare la direttiva 2004/18/CE, che già dieci anni prima l’attuale 2014/23/CE, vietava queste pratiche.

¹²⁰ Si veda a riguardo la Decisione Commissione Europea - C(2014) 7850 del 28 ottobre 2014.

¹²¹ La tabella è tratta dal documento “Approfondimento sul tema “Gronda di Ponente e proroga della concessione””, redatto dalla Camera di Commercio di Genova e pubblicato sul suo sito nel 2015.

E' stato fatto giustamente notare come in tale materia vi sia “*l'esistenza di un difficile bilanciamento tra due importanti interessi[...]: la necessità di costruire nuove infrastrutture o di rinnovare quelle esistenti garantendo, attraverso la durata della concessione, l'ammortamento degli investimenti e la necessità di non chiudere il mercato della gestione per un periodo di tempo eccessivamente lungo*¹²²”: mentre, come visto, la Commissione e l'AGCM hanno sempre preferito, almeno per principio, il secondo interesse, viceversa il legislatore italiano ha scelto di privilegiare il primo. Quest'ultima linea di pensiero sembrerebbe oggi non essere più percorsa dall'ordinamento, dato che il primo comma dell'art. 178 del D.lgs. n. 50/2016, vieta espressamente, nell'ultimo periodo, la proroga delle concessioni autostradali: ma è davvero così?

Sul punto, tutt'altro che pacifico, è infatti emersa un'altra interpretazione della disposizione, la quale giunge ad un diverso e quasi opposto significato del dettato normativo. Infatti il primo comma dell'art. 178 D.lgs. n.50/2016 esordisce con queste parole: “*per le concessioni autostradali che, alla data di entrata in vigore del presente codice, siano scadute*” (sottolineato nostro); pertanto, nulla vieterebbe di considerare il divieto previsto per le proroghe sulle concessioni riferito solamente a quelle già scadute all'epoca dell'entrata in vigore del codice (aprile 2016), mentre per i titoli concessori ancora validi sarebbe possibile una eventuale *prorogatio*¹²³. Essa sarebbe allora ammissibile, per le ragioni sopra viste di compensazione del concessionario per opere ancora da realizzare, ed ovviamente dopo aver informato la Commissione europea ed ottenuto dalla stessa il suo *nulla osta*: l'interpretazione sopra descritta sembra confermata dalle ultimissime attività in materia compiute dal Ministero dei Trasporti¹²⁴.

La proroga di una concessione autostradale sembra poi essere l'unica soluzione possibile quando non sia possibile mettere subito a gara la concessione di una tratta stradale poiché la sua estensione chilometrica non risulta compresa tra i 180 ed i 315 Km, essendo dunque fuori dal cosiddetto ambito ritenuto ottimale dall'ART.

E' evidente che in una tale circostanza, l'unica soluzione possibile sia quella di accorpare due o più concessioni scadute, per raggiungere l'estensione ritenuta ottimale, in un unico titolo concessorio su cui effettuare la procedura ad evidenza pubblica: ciò è già avvenuto, come si vedrà nel prosieguo, per le tratte fino ad oggi

¹²² L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p. 109.

¹²³ Si noti poi come il secondo comma dell'art. 178 preveda che nelle more di nuove gare, i reciproci obblighi tra concedente e concessionario sono regolati secondo le condizioni contrattuali presenti nelle attuali convenzioni: è stato fatto notare come fosse più restrittivo il testo preliminare di tale disposizione, il quale, “*al fine di incentivare l'avvio e celere espletamento delle nuove gare, disponeva che i reciproci obblighi sono regolati da apposito atto e che per detto periodo il concessionario uscente non matura il diritto al riequilibrio del piano economico e finanziario e il riconoscimento delle condizioni preesistenti*”, così R. De Nictolis, “Il nuovo codice dei contratti pubblici”, in Urbanistica e appalti, n.5/2016, p.503 ss.

¹²⁴ Il Ministero dei Trasporti ad esempio infatti, sta negoziando con il gruppo Gavio l'estensione di quattro anni della concessione di SATAP S.p.A. per la tratta A4 Torino-Milano, come compensazione del costo dei lavori per il completamento dell'A33 Asti-Cuneo. E' inoltre in discussione una proroga di ben dieci anni della concessione dell'Autostrada dei parchi, che scadrebbe il 31.12.2030, per consentire al Gruppo Toto, gestore di tale tratta, di realizzare ingenti ed onerosi lavori di adeguamento sismico dell'infrastruttura, come riporta il quotidiano “Milano Finanza” nell'articolo di L. Leone “Autostrade, proroghe più vicine”, pubblicato il 13.09.2017.

gestite, in proroga, dalle concessionarie ATIVA S.p.A. e SATAP S.p.A. (per quest'ultima la tratta con concessione scaduta è quella della A21). La questione appena esposta non è da sottovalutare in quanto sono esigue le concessioni che attualmente possono vantare un chilometraggio che supera o è pari a 180 Km¹²⁵.

¹²⁵ Infatti ricomprese in questi valori troviamo solo:

- Autostrada Brescia-Verona-Vicenza-Padova S.p.A. (182,5 km);
- Autostrada del Brennero S.p.A. (314 Km), che tra l'altro non andrà a gara ma sarà gestita da una società *ad hoc* in house;
- Autovie Venete S.p.A. (210,6 Km), *idem* della Autostrada del Brennero di cui al precedente punto;
- Consorzio Autostrade Siciliane (294,4 Km);
- Milano Serravalle-Milano Tangenziali S.p.A. (180 Km);

PARTE TERZA

I SOGGETTI ATTUALMENTE PREPOSTI ALLA REGOLAZIONE E ALLA VIGILANZA DEI CONCESSIONARI AUTOSTRADALI:

LORO FUNZIONI E POSSIBILI CONFLITTI DI COMPETENZA

3.1 Introduzione: uno sguardo d'insieme sull'odierno assetto istituzionale

Il mercato autostradale italiano è basato, come già detto, sull'affidamento in concessione dei diversi tratti della rete non di competenza dell'ANAS. L'istituto concessorio è dunque il perno su cui deve necessariamente ruotare la regolazione di tale settore economico e la vigilanza dell'Amministrazione pubblica sul corretto operato dei concessionari privati.

Tuttavia, un quadro istituzionale relativamente semplice fino alla prima decade del secolo attuale, caratterizzato da un lato dall'allora concedente/vigilante ANAS e dal soggetto preposto alla regolazione, ossia il CIPE, ha visto mutare profondamente il proprio assetto con la nascita di due nuove Autorità Indipendenti, l'ART e l'Autorità Anticorruzione (ANAC), e con il passaggio delle funzioni di concedente nel 2012 dall'ANAS al MIT.

Pertanto attualmente sono ben quattro i soggetti pubblici (CIPE, MIT, ART e ANAC) preposti dall'ordinamento ad intervenire sulla normativa autostradale.

Quanto sopra esposto è poi reso ulteriormente complesso dalla differenziazione tra le "vecchie" concessioni, sottoscritte prima della nascita dell'ART, e quelle poste in essere successivamente alla stessa: se per le prime rimangono come soggetti ad esse deputati il MIT ed il CIPE (più l'ANAC con ulteriori funzioni di vigilanza), per le seconde, in base al dettato del già citato art. 37 del D.l. n.201/2011, interviene anche l'ART, nelle modalità che a breve esporremo.

Un simile scenario comporta inevitabilmente dei conflitti di competenza, di cui daremo conto nelle pagine che seguiranno, i quali rischiano di permanere per anni nell'ordinamento: si auspica un intervento in merito del Legislatore con delle norme che consentano una semplificazione del sistema regolatorio autostradale.

3.2 Il ruolo dell'ANAC sul controllo dei concessionari e possibili conflitti di competenza con il MIT e l'ART.

Il quadro regolatorio dei concessionari autostradali ha visto aggiungersi nel 2014 anche l'ANAC, la quale, come riportato, sorta con la L.n. 190 del 2012 e successivamente, con il decreto legge n.90/2014 poi convertito nella L. n. 114/2014, ha incorporato la soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), ereditandone le funzioni ed il personale. La competenza dell'ANAC nei contratti pubblici, ivi comprese dunque le concessioni, appare essere estremamente ampia. Ci si è dunque posti il problema se potessero verificarsi conflitti di competenza nel settore tra la stessa autorità e gli altri soggetti pubblici richiamati in precedenza: in particolare è necessario porre attenzione alla divisione dei compiti tra ANAC e la struttura di vigilanza sulle concessioni del MIT a: tale dubbio interpretativo non può tuttavia risolversi sostenendo semplicemente che, al fine di una adeguata distinzione dei ruoli, "la linea di

demarcazione [...] parrebbe ruotare tutta attorno alle parole “corruzione¹²⁶” e “trasparenza¹²⁷” che qualificano l’operato¹²⁸ della prima rispetto al soggetto ministeriale. Infatti la normativa attribuisce all’ANAC compiti che vanno al di là di un mero controllo sulla legittimità o meno di atti o attività poste in essere. A riguardo, come esempio, può citarsi il disposto dell’art. 177 del D.lgs. n. 50/2016: nel primo comma si prevede che “*i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici e di forniture, già in essere all’entrata in vigore del Codice dei contratti, non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica, sono obbligati ad affidare una quota pari all’ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi o forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica*”; risulta pacifico che tra i questi soggetti obbligati rientrano certamente anche i concessionari autostradali¹²⁹, qualora le rispettive concessioni non siano state affidate in origine con procedure di evidenza pubblica.

Il secondo comma dell’art. 177 è invece tuttora al centro di un conflitto interpretativo: la norma infatti dispone un periodo transitorio di adeguamento di ventiquattro mesi affinché “*le concessioni di cui al comma 1 già in essere si adeguano alle predette disposizioni entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice*”. L’espressione “*entro ventiquattro mesi*” è persa ambigua, tanto che per alcuni interpreti¹³⁰ essa debba intendersi semplicemente nel fatto che i concessionari dovranno adeguarsi entro due anni dall’ingresso del codice del 2016 nell’ordinamento (dunque entro il 19 aprile 2018), mentre una delle prime pronunce giurisprudenziali ritiene invece che tale obbligo sia immediatamente operativo, ossia tale fin

¹²⁶ Il fenomeno corruttivo viene definito come quello “*comprensivo delle varie situazioni in cui, nel corso delle attività amministrative, si riscontri l’abuso da parte di un soggetto, del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati*”, così si può leggere all’interno del Piano Nazionale Anticorruzione approvato da ANAC stessa l’11 settembre 2013.

¹²⁷ Del termine trasparenza non è espressamente rinvenibile una definizione. Essa, “*tenendo a mente la finalità anti-corruttiva, la trasparenza cui deve tendere la Pubblica Amministrazione, parrebbe concretarsi in un modus operandi orientato non soltanto ai principi di buon andamento ed imparzialità quanto soprattutto a garantire forme di democrazia partecipativa*”, così S. Zunarelli e L. Di Girolamo “Il settore autostradale”, in F. Bassan “La regolazione dei trasporti in Italia: L’ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati”, Giappichelli editore, 2015, 177.

¹²⁸ Così S. Zunarelli e L. Di Girolamo “Il settore autostradale”, in F. Bassan “La regolazione dei trasporti in Italia: L’ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati”, Giappichelli editore, 2015, 176.

¹²⁹ Tale affermazione alla luce dell’attuale tenore dell’art. 177 sopra citato: tuttavia questo *status quo* potrebbe modificarsi nel prossimo futuro a seguito di un emendamento che prevedrebbe “*che in deroga a quanto previsto dalla regola generale, i soggetti titolari delle concessioni autostradali sono obbligati ad affidare una quota pari al sessanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo pari o superiore a 150mila euro, tramite gara*” mentre “*il resto potrà essere affidato alla società in house. L’effetto pratico, allora, è di tenere in vita il vecchio tetto del 60%, lasciando la situazione invariata [...] con un solo cambiamento di rilievo: oggi, infatti, non sono previsti limiti per i servizi e le forniture*”, così G. Latour, il quale, nel suo articolo “Sulle autostrade si torna al passato”, pubblicato sul quotidiano Il Sole 24 ore, in data 8 novembre 2017, aggiunge che tale modifica al corpo dell’art. 177 verrà discussa in Senato, in sede di approvazione della legge di conversione del decreto fiscale, presumibilmente nel mese di dicembre 2017.

¹³⁰ Questa tesi è avallata dal Comunicato del Presidente ANAC del 17 maggio 2017 nonché da ultimo, dal parere dell’ANAC fornito al MIT in data 19 luglio 2017 (poi pubblicato sul sito dell’autorità stessa il 12 settembre 2017), proprio con riferimento all’interpretazione dell’art. 177 del Codice degli appalti 2016. Ad esempio il primo di questi due documenti così riporta a riguardo: “*l’adeguamento dei concessionari alle condizioni di cui al citato art.177 dovrà avvenire entro 24 mesi dall’entrata in vigore del Codice dei contratti e la verifica del rispetto del limite dell’ottanta per cento spetterà all’ANAC, con modalità che saranno previste in apposite linee guida di prossima approvazione*”.

dal momento stesso dell'entrata in vigore del nuovo codice appalti, e dunque il termine indicato sarebbe soltanto di tipo finale¹³¹.

Il terzo ed ultimo comma, infine, è quello attributivo all'ANAC del compito di verificare quanto imposto ai concessionari nel primo capoverso dell'art. 177: tale indagine *“viene effettuata, annualmente, secondo le modalità indicate dall'ANAC stessa in apposite linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice. Eventuali situazioni di squilibrio rispetto al limite indicato devono essere riequilibrate entro l'anno successivo. Nel caso di reiterate situazioni di squilibrio per due anni consecutivi il concedente applica una penale in misura pari al 10 per cento dell'importo complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura ad evidenza pubblica”*.

Proprio per far fronte a questo compito, l'ANAC ha emesso il 17 maggio 2017 un Comunicato del Presidente, un primo atto per la verifica futura del rispetto dell'obbligo visto al comma 1 dell'art. 177: tale documento afferma che, a tal fine, è divenuto necessario avviare¹³² *“una ricognizione generale di tutti i concessionari titolari di convenzioni non affidate con procedura di evidenza pubblica, onde conoscere tipologia dei contratti (lavori, servizi e fornitura), tipologia delle prestazioni, stato di esecuzione dei contratti medesimi e principali caratteristiche economiche nonché temporali delle attività espletate e da espletare”*, essendo altresì indispensabile *“conoscere l'entità delle quote di contratti di lavori, servizi e forniture che potranno presumibilmente essere oggetto di appalti con procedure ad evidenza pubblica, tenendo conto di tutti gli elementi che hanno caratterizzato gli investimenti progressi e pianificati per il futuro”*¹³³.

Sempre in tema di conflitti di competenze tra gli enti pubblici che regolano e vigilano il settore autostradale, si segnala come spesso si cerchi di porvi rimedio con la sottoscrizione di “protocolli d'intesa” tra due o più di essi: nel caso dell'ANAC può citarsi, in questa sede, quello stipulato dalla stessa con l'ART il 20 novembre 2014, con il quale è stata avviata una attività di collaborazione tra i due enti; come ricorda l'art.2 di tale documento, questi ultimi, *“con le proprie competenze e nell'ambito delle rispettive funzioni e poteri, collaborano nella definizione dei bandi di gara e delle relative convenzioni nei settori dei trasporti [...]”*.

¹³¹ Così ritiene la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, del 27 luglio 2017 n.3708, la quale sostiene un' interpretazione in tal senso della norma, sopra riportata, poiché *“la tesi alternativa [...] secondo cui il termine di ventiquattro mesi sarebbe un termine iniziale (nel senso che l'obbligo diventerebbe operativo solo dopo ventiquattro mesi dall'entrata in vigore del codice), oltre a non tenere conto del dato letterale (che individua – come si è già evidenziato – nei ventiquattro mesi un termine massimo non superabile), porterebbe anche ad un differimento irragionevole (e non predeterminabile sotto il profilo temporale) del nuovo assetto pro-concorrenziale”*.

¹³² Si tratta del primo atto formale in tal senso avviato dall'ANAC su disposto delle norme sopra citate, in vista delle verifiche che saranno effettuate dalla stessa, dalla metà del 2018.

¹³³ I concessionari pertanto debbono comunicare le informazioni richieste all'ANAC attraverso, come riporta il suddetto Comunicato, *“un Modulo riepilogativo dei dati che l'Autorità ha necessità di conoscere e che potrà essere compilato da parte dei titolari delle concessioni, i quali potranno anche avvalersi dell'ausilio di uno “sportello” appositamente dedicato ai concessionari e finalizzato specificatamente a questa fase ricognitiva”*: tale modulo potrà essere inviato solamente telematicamente via PEC ed inizialmente il termine fissato era di 90 giorni dalla pubblicazione del documento stesso, avvenuta il 30 maggio 2017; data la complessità delle informazioni da dichiarare all'ANAC, anche su sollecito degli stessi concessionari, quest'ultima ha deciso di prorogare, con il Comunicato del 19 luglio 2017, il suddetto termine di ulteriori trenta giorni, portandone la scadenza per l'invio alla data del 30 settembre 2017.

Sempre nel 2014, precisamente il 27 agosto, è stato siglato un altro protocollo d'intesa che merita di essere qui menzionato, ossia quello tra l'AGCM e la medesima ART: tale documento, di durata triennale, mira a stabilire una proficua collaborazione tra i due enti pubblici in tutti i settori economici di loro pertinenza (dunque anche quello dei concessionari autostradali), attraverso le modalità previste nel secondo comma dell'art. 1 di suddetto protocollo, a cui si rinvia. Il comma quarto della disposizione appena citata invece riguarda le pratiche commerciali scorrette nel settore dei trasporti, dove le due autorità debbono, date le loro competenze, necessariamente interagire tra loro: in simili circostanze, all'ART viene richiesto dall'AGCM di esprimere un parere entro 30 giorni nella fase endoprocedimentale dell'istruttoria, mentre un ulteriore parere può essere domandato alla stessa sempre dall'autorità antitrust qualora quest'ultima non ritenga sufficienti gli impegni presi dal professionista "reo" di eventuali scorrettezze nel suo operato sul mercato di riferimento. Tuttavia, è stato fatto correttamente notare come tale punto del protocollo "*non chiarisce [...] una serie di ipotesi in astratto configurabili, come ad esempio l'efficacia vincolante o meno del parere dell'ART, le conseguenze di una mancata emanazione o trasmissione nei termini del parere, nonché le conseguenze circa eventuali diversità di vedute tra le due Autorità in merito alla medesima questione*"¹³⁴.

Pertanto mentre l'ANAC e l'ART possono potenzialmente entrare in conflitto di competenza specialmente nel momento in cui devono essere definiti bandi di gara e le relative convenzioni agli stessi, eventuali sovrapposizioni tra l'ART stessa e l'AGCM sono fisiologiche poiché le stesse hanno interessi convergenti nello sviluppo e mantenimento di adeguati livelli di concorrenza nei mercati e la tutela dei consumatori.

Come può evincersi dalla considerazioni appena riportate, le tre autorità indipendenti (ANAC, ART e AGCM), hanno cercato di garantirsi la collaborazione reciproca qualora l'ambito di intervento sia lo stesso: la sottoscrizione di protocolli d'intesa non può tuttavia considerarsi risolutiva in toto dei conflitti di competenza tra tali enti, poiché sarebbe più opportuno intervenire in sede legislativa per una maggiore certezza del diritto.

¹³⁴ Così Zunarelli e L. Di Girolamo "Il settore autostradale", in F. Bassan "La regolazione dei trasporti in Italia: L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati", Giappichelli editore, 2015, 198, i quali successivamente concludono sul punto affermando che tali mancanze nelle previsioni citate "*rappresentano senza dubbio profili sui quali occorre meditare attentamente*".

3.3 L'ART e le sue prime attività regolatorie ex art. 37 del D.l. n.201 del 2011.

3.3.1 Introduzione: quadro sintetico dell'operato dell'ART sul settore autostradale.

Si è avuto modo in precedenza di soffermarsi sulla competenza sulle nuove concessioni attribuite all'ART dall'art. 37 del D.l. n.201/2011: dall'analisi effettuata precedentemente in questa sede sulla legittimità o meno della richiesta del contributo per il finanziamento delle attività dell'autorità stessa, (in base al comma 6, lett.b), dell'art. 37 del D.l. n. 201/2011), anche ai concessionari titolari di titoli concessori antecedenti alla creazione dell'Autorità stessa, è emersa la modesta opera regolatoria di quest'ultima nel settore autostradale¹³⁵.

A riguardo è doveroso ricordare che nel 2014 infatti l'ART *“ha avviato un'attività finalizzata ad individuare i fattori che meglio potessero dare contezza dell'andamento dei costi di produzione delle singole concessionarie autostradali (sia di piccola, che di media-grande dimensione), in modo da permettere la costruzione di una c.d. “frontiera di costo efficiente”; tale “frontiera” è costituita dall'insieme dei punti che identificano il costo minimo di produzione per ogni livello di output (ad es. i volumi di traffico o la lunghezza della tratta in concessione), dati i prezzi dei fattori produttivi e le caratteristiche qualitative/quantitative della tecnologia esistente¹³⁶”*: tale iter, che ha visto la partecipazione della maggior parte dei concessionari e dell'AISCAT nel corso dei primi mesi del 2015, ha avuto diverse tappe, che possono qui riassumersi come segue:

- inizialmente, alla luce degli utili elementi emersi all'esito alle suddette attività propedeutiche, l'Autorità, con delibera n. 32 del 23 aprile 2015, ha avviato il procedimento per la definizione degli ambiti ottimali di gestione, fissando il termine di conclusione del procedimento al 30 giugno 2015;
- in seguito, la stessa ART, con delibera n. 52 del 30 giugno 2015, ha fissato il termine di conclusione del procedimento al 31/12/2015, ponendo a consultazione pubblica il documento contenente la metodologia di analisi;
- il 13 luglio 2015 poi, AISCAT ha provveduto ad inviare un documento di analisi¹³⁷ redatto dalla società The Brattle Group² all'Autorità, la quale ha pertanto ritenuto di prorogare ulteriormente il procedimento fino al 30 aprile 2016 (delibera 113 del 17 dicembre 2015);
- la delibera n.1 del 14 gennaio 2016 ha dunque posto in consultazione il documento contenente la misura di regolazione del settore, con il calcolo degli ambiti ottimali.

¹³⁵ La scarsa attività dell'ART sul settore autostradale è confermata anche dai dati contenuti nell'allegato a) della Delibera ART n.75 del 31 maggio 2017; in tale documento si ripercorre l'intero operato dell'ente stesso ed è espressamente riportato come le delibere sul settore dei trasporti qui in esame siano molto modeste come numero, potendosene contare soltanto 4 alla data di emissione della delibera stessa: per l'elenco completo delle delibere relative al mercato autostradale, si rinvia alla precedente nota 63.

¹³⁶ Così la delibera ART n. 70 del 2016.

¹³⁷ Si tratta del documento *“Analisi dei costi efficienti per il settore autostradale italiano”*, preparato per AISCAT, 10 luglio 2015 dalla società sopra detta.

L'ART è dunque giunta ad emanare nel giugno del 2016 la delibera n.70, la quale si conclude affermando che *“i risultati ottenuti[...] hanno portato all'individuazione di un ambito ottimale, espresso in termini di estesa chilometrica dell'infrastruttura autostradale affidata ad un singolo concessionario, superiore ad una soglia minima di 180 km ed inferiore ad una soglia massima situata in un intorno di 315 km. Ciò implica che per sfruttare le economie di scala, ed eliminare le inefficienze produttive dovute alla ridotta estesa chilometrica di un'autostrada affidata ad un singolo concessionario, ogni singola concessione non dovrebbe avere ad oggetto infrastrutture autostradali con estensione inferiore a 180 km. Nell'intervallo tra 180 km e 315km¹³⁸, l'analisi effettuata ha riscontrato la presenza di possibili benefici legati all'aumento della dimensione dell'estesa in concessione, ma ha tuttavia evidenziato che tali benefici si riducono, fino ad un sostanziale annullamento, man a mano che l'estesa tende verso valori situati nell'intorno dell'estremo superiore dell'intervallo”*: tali risultati sono peraltro in linea con numerosi studi effettuati nel corso degli anni dalla dottrina economica¹³⁹.

Sempre nel 2014 poi, l'ART ha stipulato un Protocollo d'intesa con l'Autorità Nazionale Anticorruzione, (datato 21 novembre 2014), iniziando con quest'ultima, in materia autostradale, un'attività di collaborazione funzionale alla predisposizione di uno schema di convenzione per l'affidamento della concessione di gestione o di costruzione e gestione, da porre a base di gara.

Dopo esserci soffermati sulla Delibera n.70/2016 relativa agli ambiti ottimali, non rimane che analizzare gli atti dove l'ART ha elaborato nuovi schemi di concessione: ciò è avvenuto in due casi, ossia per la nuova concessione dell'A22, (dove come vedremo non è stato poi utilizzato quanto posto in essere dalla suddetta autorità) e per quella attraverso la quale saranno gestite diverse tratte (tra cui la A5 e la A21). Quest'ultimo caso è certamente quello più interessante, poiché, come diremo a breve, sarà il modello di schema

¹³⁸ E' curioso rilevare che attualmente non sono molte le società concessionarie che possiedono una gestione con estensione compresa tra i 180 ed i 315 Km; infatti ricomprese in questi valori troviamo solo:

- Autostrada Brescia-Verona-Vicenza-Padova S.p.A. (182,5 km);
- Autostrada del Brennero S.p.A. (314 Km);
- Autovie Venete S.p.A. (210,6 Km);
- Consorzio Autostrade Siciliane (294,4 Km);
- Milano Serravalle-Milano Tangenziali S.p.A. (180 Km);

Tutte le altre società concessionarie, esclusa ASPI S.p.A., gestiscono tratti autostradali di estensione minore ai 180 Km: questo dato deve far riflettere sulle difficoltà, mano a mano che le concessioni scadranno, di bandire gare d'appalto per futuri titoli concessori stradali con il corretto ambito ottimale di estensione sopra visto. Una soluzione a tale difficoltà sembra essere l'accorpamento in una unica gara di più tratti, una volta gestiti con concessioni separate: è il caso, come si è visto, delle tratte che sono state di competenza di ATIVA S.p.A. (155,8 Km in totale) che verranno nel prossimo futuro messe a gara insieme alla A21 (164,9 Km, attualmente gestita in proroga dalla SATAP S.p.A.). E' evidente tuttavia come tale condizione comporti il ricorso a diverse proroghe per i vecchi concessionari, per addivenire a gare uniche di più tratte da destinare a nuovi titoli concessori: infatti “l'obiettivo dichiarato [...]è quello di limitare il frazionamento nella gestione delle autostrade italiane, mettendo a gara [...] una buona fetta delle arterie del Nordovest” del Paese presumibilmente nel 2031, come riporta il quotidiano “Milano Finanza” nell'articolo di L. Leone “Autostrade, proroghe più vicine”, pubblicato il 13.09.2017.

¹³⁹ A titolo di esempio può citarsi lo studio condotto da Benfratello, L., Iozzi, A., Valbonesi, P. (2009), “Technology and incentive regulation in the Italian motorways industry”, *Journal of Regulatory Economics*, 35(2), 201-22, secondo cui l'ambito ottimale di estensione chilometrica minima affidata ad un singolo concessionario è di circa 300 km: l'analisi in questione è stata compiuta con l'utilizzo di serie storiche di dati dei concessionari italiani in un periodo temporale compreso tra il 1992 ed il 2004.

concessorio su cui verranno basate tutte le future concessioni autostradali assegnate dal concedente ad un soggetto privato in seguito ad una procedura ad evidenza pubblica.

3.3.2 Il caso della nuova concessione per l'Autostrada del Brennero.

La concessione dell'autostrada del Brennero (A22) rappresenta un caso emblematico della difficoltà insita nel nostro Paese di superare il regime giuridico delle concessioni del passato per addivenire ad un assetto più concorrenziale ed in linea con il dettato del diritto comunitario.

Dopo aver sottoscritto la convenzione in data 29 luglio 1999, l'ANAS e la società Autostrade del Brennero p.a. la integrarono con la convenzione aggiuntiva del 06 maggio 2004: l'intero impianto concessorio è poi scaduto alla data del 30 aprile 2014.

In vista della scadenza della concessione, intervenne il legislatore che all'art. 47 del D.l. 31 maggio 2010 n.78, convertito con modificazioni dalla Legge 30 luglio 2010 n.122, aveva prescritto alcune misure¹⁴⁰ volte a disciplinare l'affidamento della concessione autostradale suddetta, ed aveva imposto ad ANAS, a quel tempo ancora nel doppio ruolo di concedente-concessionario, di pubblicare il bando di gara entro il 31 dicembre 2010.

Il bando, inizialmente pubblicato il 12 settembre 2012, a seguito di varie impugnazioni e del succedersi di provvedimenti cautelari giurisdizionali volti a contestarne il tenore, veniva nel corso del tempo più volte sospeso e riavviato, venendo infine riaperto¹⁴¹ da ANAS stessa il termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara, essendo state apportate numerose modifiche allo stesso, volte a renderlo idoneo al vaglio della giurisprudenza qualora vi fossero stati nuovi contenziosi.

Ciò nonostante la società Autostrada del Brennero p.a. ha deciso di impugnare tale bando, ottenendone infine l'annullamento da parte del Giudice Amministrativo nel 2013¹⁴²: tra i motivi di contestazione dal parte del concessionario, risulta interessante notare come il primo di questi abbia riguardato proprio il ruolo

¹⁴⁰ Per comodità del lettore si riporta il primo comma dell'art. 47 sopra citato: “(Concessioni autostradali) 1. All'articolo 8-duodecimes del decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 giugno 2008, n. 101, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 2 le parole : "31 dicembre 2009" sono sostituite dalle seguenti: "31 luglio 2010";

b) il comma 2. bis è sostituito dal seguente: "2. bis. - La società ANAS S.p.A. ((, salva la preventiva verifica da parte del Governo presso la Commissione europea di soluzioni diverse da quelle previste nel presente comma che assicurino i medesimi introiti per il bilancio dello Stato e che garantiscano il finanziamento incrociato per il tunnel di base del Brennero e le relative tratte di accesso nonché la realizzazione da parte del concessionario di opere infrastrutturali complementari sul territorio di riferimento, anche urbane o consistenti in gallerie,)) entro il ((31 dicembre 2010)) pubblica il bando di gara per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione dell'autostrada del Brennero. A tal fine il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti d'intesa con il Ministro dell'economia e delle finanze, impartisce direttive ad ANAS S.p.A. in ordine ai contenuti del bando di gara ((e del relativo capitolato o disciplinare)), ivi compreso il valore della concessione, le relative modalità di pagamento e la quota minima di proventi ((annuale, comunque non inferiore a quanto accantonato in media negli esercizi precedenti,)) che il concessionario è autorizzato ad accantonare nel fondo di cui all'articolo 55, comma 13, della legge 27 dicembre 1997, n. 449. Il predetto bando deve prevedere un versamento annuo di 70 milioni di euro, a partire dalla data dell'affidamento e fino a concorrenza del valore di concessione, che viene versato all'entrata del bilancio dello Stato. Nella determinazione del valore di concessione, di cui al periodo precedente, vanno in ogni caso considerate le somme già erogate dallo Stato per la realizzazione dell'infrastruttura.”

¹⁴¹ L'avviso di riapertura del bando suddetto fu pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n.93 del 10 agosto 2012.

¹⁴² Si tratta della sentenza della IV sez. del Consiglio di Stato, pubblicata il 13 marzo 2014.

dell'ANAS, il quale è stato considerato essere divenuto incompetente durante l'iter che avrebbe portato all'ammissione dei concorrenti alla gara; questo a seguito del passaggio delle funzioni e dei compiti al MIT visto in precedenza, avvenuto il 1 ottobre 2012¹⁴³.

Come riportato, alla data della pubblicazione di suddetta pronuncia giurisprudenziale, la situazione istituzionale per la regolazione del mercato autostradale si era già profondamente modificata, con l'entrata in scena della nuova Autorità dei trasporti. Pertanto, poiché di lì a breve sarebbe scaduta la concessione per l'A22, alla luce della lett. g) del secondo comma dell'art. 37 del D.l. n.201/2011, tale soggetto pubblico è quello deputato a definire lo schema di concessione dei bandi di gara relativi alle nuove concessioni autostradali da porsi.

L'ART ha provveduto ad emanare la delibera n.23 dell'11 aprile 2014 con i relativi allegati, avviando l'avvio della consultazione per lo schema di bando di gara per l'affidamento di suddetta concessione: si tratta dunque del primo caso in cui è possibile verificare la modalità pratica attraverso cui questo soggetto pubblico esercita la competenza astrattamente delineata dal legislatore. Nella disamina del testo posto in consultazione non vi sono “dubbi in ordine al fatto che l'Autorità provvede ad individuare una puntuale e circostanziata serie di numerosi “quesiti di natura regolatoria”, che entrano nel merito delle problematiche giuridiche prospettate, al fine di provocare una condivisione dei contenuti in contraddittorio tra i soggetti interessati¹⁴⁴”.

Le criticità nell'operato dell'ART in tal senso sono molteplici, poiché sembra evidente la volontà della stessa di “elaborazione di una disciplina (già) di dettaglio dei contenuti degli atti e dei documenti di gara,

¹⁴³ Per meglio comprendere le circostanze che portarono al dichiarare l'incompetenza dell'ANAS in suddetta gara, può citarsi un passo della sentenza del Consiglio di Stato, di cui alla nota precedente: *“Alla data di riapertura dei termini per le domande di partecipazione, pertanto, la normativa in materia prevedeva espressamente che la competenza di Anas non avrebbe potuto travalicare la data del 31 settembre 2012. L'Anas, quindi, anche se competente alla data di adozione dell'avviso in discorso (10 agosto 2012), essendo a conoscenza dell'imminente scadenza sopra richiamata e avrebbe dovuto disporre che a far data dal 1 ottobre 2012 le domande di partecipazione avrebbero dovuto essere presentate direttamente al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Neppure poteva utilmente invocarsi il principio di continuità dell'azione amministrativa (che legittima la permanenza di determinate funzioni in capo a un organo decaduto onde impedire eventuali stasi procedurali): esso non poteva trovare applicazione ove, (come nel caso in specie) la legge avesse individuato espressamente il nuovo titolare delle predette funzioni, a partire dal giorno successivo alla decadenza del primo ente e senza alcuna soluzione di continuità. Neppure poteva essere considerata rilevante la circostanza che, al tempo della fissazione del termine di presentazione delle domande di partecipazione, l'Anas fosse ancora titolare delle funzioni concedenti nel settore autostradale. L'orientamento secondo cui il bando resiste allo ius superveniens poteva predicarsi solo con riferimento a modifiche normative idonee a incidere sul regolamento della gara e non anche in presenza del trasferimento delle stesse funzioni amministrative di stazione appaltante a un altro soggetto giuridico, pena l'insanabile carenza di attribuzione degli atti emanati dal primo ente in vigenza delle nuove regole sulla competenza. Tale plastica rappresentazione era peraltro dimostrata dalle condotte tenute dalla Stazione appaltante: l'Anas non aveva più svolto, dopo aver ricevuto le domande di partecipazione sino al 2 ottobre 2012, ulteriori attività concorsuali, ma aveva provveduto a trasmettere tali domande al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti affinché lo stesso provvedesse allo svolgimento delle ulteriori procedure (accedendo alla tesi prospettata dal TAR Lazio con la sentenza impugnata, l'Anas avrebbe dovuto continuare a svolgere la procedura di gara).La procedura quindi era stata viziata da un vulnus irreparabile nel momento in cui l'Anas aveva ricevuto le domande di partecipazione: lo stesso avviso pubblicato nell'agosto 2012 avrebbe dovuto tener conto del trasferimento di funzioni al Ministero e prevedere la consegna delle domande direttamente a quest'ultimo”*.

¹⁴⁴ Così S. Zunarelli e L. Di Girolamo “Il settore autostradale”, in F. Bassan “La regolazione dei trasporti in Italia: L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati”, Giappichelli editore, 2015, 185.

e non certamente “di cornice” come prospettato dal legislatore e precisato dalla Corte Costituzionale¹⁴⁵¹⁴⁶”; questo comporta un’erosione tacita delle competenze degli altri enti pubblici coinvolti nella regolazione autostradale (MIT e CIPE), i quali rischiano di trovarsi costretti ad elaborare una normativa di secondo grado ulteriormente dettagliata rispetto a quella già alquanto specifica dettata dalla prima.

Lo sforzo dell’ART per giungere in tempi rapidi ad una gara per l’affidamento della concessione è tuttavia risultato vano: infatti gli enti territoriali fondatori della società A22, per non perderne il controllo, “hanno frapposto una vigorosa resistenza politica alla riassegnazione concorsuale della concessione, ottenendo dal MIT [...] una proroga trentennale del titolo concessorio¹⁴⁷”, ossia fino al 2045: il 14 gennaio 2016 sono stati infatti firmati due protocolli d’intesa¹⁴⁸ tra lo stesso MIT ed i rappresentanti degli enti territoriali per il passaggio delle concessioni delle tratte autostradali attualmente affidate ad Autobrennero Spa e ad Autovie Spa (la concessione di quest’ultima è poi scaduta il 31 marzo 2017), a due società interamente pubbliche di prossima costituzione, applicando quanto previsto dall’art. 17 della Direttiva 2014/23/UE e dall’art. 178 del d.lgs 50/2016¹⁴⁹. Quanto compiuto è in sostanza un affidamento a società in house, una modalità alternativa a quella della predisposizione di una gara per l’aggiudicazione della concessione. Tuttavia è curioso notare come la procedura seguita, comunque già consentita dalla prima versione del suddetto art. 178, sia stata poi esplicitamente prevista dal comma 8ter¹⁵⁰, aggiunto a questa norma successivamente dal d.lgs. n.56 del 2017.

¹⁴⁵ Si veda a riguardo la sentenza della Corte Costituzionale n.41 del 2013, la quale evidenzia come “l’Autorità è investita della competenza a definire gli schemi, senza sostituirsi alle amministrazioni competenti nell’elaborazione in dettaglio dei bandi, delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e delle concessioni (lettera f del comma 2 dello stesso articolo). Ciò vale anche con specifico riferimento al settore autostradale (lettera g del citato comma 2 dell’art. 37)” e prosegue, citando la sua sentenza n.88 del 2009, che “«non vi è ragione di ritenere che le Autorità di tale natura [...] possano produrre alterazioni dei criteri costituzionali in base ai quali viene ripartito l’esercizio delle competenze amministrative tra Stato, Regioni ed enti locali»”.

¹⁴⁶ Così S. Zunarelli e L. Di Girolamo “Il settore autostradale”, in F. Bassan “La regolazione dei trasporti in Italia: L’ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati”, Giappichelli editore, 2015, 186.

¹⁴⁷ Così L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p. 37.

¹⁴⁸ Si riporta un estratto del comunicato del MIT, pubblicato sul proprio sito in data 06.04.2016, che spiega sinteticamente la ratio di tali protocolli: “la firma di oggi avvia un percorso fortemente innovativo per le concessioni autostradali e rappresenta la prima sperimentazione in Europa di società a intera partecipazione pubblica [...] Le condizioni poste per le concessioni prevedono controllo delle tariffe, certezza degli investimenti, armonizzazione delle opere e impegno per la sostenibilità. E’ un inizio che determina un percorso obbligato e toglie incertezze in futuro. Ci sono investimenti quantificabili, in coerenza con i progetti sul territorio che la concessione in house con soggetti pubblici garantisce con maggiore compliance rispetto agli obiettivi strategici, un migliore assetto viabilistico e più lavoro [...]”.

¹⁴⁹ Si noti come nonostante il rispetto della disciplina comunitaria, “in data 04.02.2016 il Dipartimento per le Politiche Europee ha inviato i Protocolli sottoscritti dal Ministero in data 14.01.2016 con le società Concessionarie Autovie Venete ed Autostrada del Brennero, alla Rappresentanza Permanente presso l’UE per il successivo inoltro al competente Ufficio della DG Concorrenza. In data 28.04.2016 la Commissione Europea ha richiesto chiarimenti per quanto riguarda il rispetto delle norme UE in materia di aiuti di Stato (DG Comp) e la normativa UE in materia di appalti pubblici (DG Growth). I chiarimenti richiesti sono stati forniti dal Ministero con nota del 16.05.2016”, come riportato dalla “Relazione attività 2016” del settore autostradale in concessione, redatta dalla Direzione Generale per la Vigilanza sulle Concessionarie Autostradali utilizzando dati aggiornati al 31 dicembre 2016, e pubblicata sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in data 07 settembre 2017.

¹⁵⁰ Così recita il comma 8-ter: “Le concessioni autostradali relative ad autostrade che interessano una o più regioni possono essere affidate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a società in house di altre amministrazioni pubbliche anche appositamente costituite. A tal fine il controllo analogo di cui all’articolo 5 sulla predetta società in house può essere esercitato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti attraverso un comitato disciplinato da apposito accordo ai sensi dell’articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che eserciti sulla società in house i poteri di cui al citato articolo 5”.

3.3.3 La consultazione per la concessione delle autostrade A5, A21 ed ulteriori tratte.

La consultazione per l'A22 è stata dunque un primo esperimento che preannuncia quello che sarà il futuro scenario delle concessioni autostradali: il nuovo assetto è destinato a sostituire quello attuale delle concessioni uniche degli anni 2008-2010 e sarà l'unico previsto entro il 2050¹⁵¹ insieme ad ulteriori ed eventuali affidamenti in house.. Tuttavia, mentre l'esperienza dell'A22 non si è conclusa con l'indizione di una gara pubblica, maggior fortuna dovrebbe avere il recente documento di consultazione, di cui alla delibera dell'ART n. 86 del 23 giugno 2017, riguardante diverse tratti autostradali nella regione Piemonte¹⁵², dal quale è poi derivato lo schema di concessione di cui alla Delibera n.119/2017: tale atto individua gli elementi per la definizione dello schema di concessione, il quale sarà successivamente inserito nel bando di gara a cura del concedente MIT, nonché il Sistema tariffario di pedaggio, basato sul metodo del price cap e con determinazione dell'indicatore di produttività X a cadenza quinquennale.

Posto dunque in essere sia l'ambito ottimale sia il sopra menzionato protocollo d'intesa con l'ANAC, l'ART si è quindi attivata per rispondere all'esigenza di definire uno schema di concessione per le tratte autostradali¹⁵³ gestite dalla società ATIVA p.a. (Autostrada Torino–Ivrea–Valle d'Aosta), le quali avrebbero visto scaduto il loro titolo concessione dalla data del 31 agosto 2016. Anche in questo caso l'iter per giungere ad una consultazione pubblica non è stato tra i più lineari e per esigenze di semplificazione è possibile citare i seguenti passaggi amministrativi:

- La Direzione Generale per le strade e le autostrade e per la vigilanza e la sicurezza nelle infrastrutture stradali del MIT, con nota del 5.10.2016, ha chiesto all'ART di acquisire lo Schema di concessione da porre a base di gara per le tratte gestite da ATIVA S.p.a;
- con delibera n. 142/2016 del 30 novembre 2016, l'Autorità ha avviato il procedimento finalizzato a definire lo Schema di concessione richiesto, da porre a base di gara, ai sensi del citato art. 37 del D.L. n.201/2011;

¹⁵¹ Si indica il 2050 come data finale, salvo future ed eventuali proroghe delle concessioni attuali, in quanto alla data del 31/12/2050 scadrà l'ultima concessione sottoscritta nel periodo delle concessioni uniche (2008-2010): si tratta della concessione della Sita - Società Italiana per il Traforo Autostradale del Frejus SpA, per la quale è stata decisa una durata quarantennale; questo dato può evincersi dall'Audizione del MIT alla Commissione VIII del Senato della Repubblica del 22 gennaio 2014, in particolare a pag. 18, in cui sono riportate tutte le scadenze delle concessioni autostradali in essere.

¹⁵² Si tratta di vari tratti autostradali aventi un'estensione complessiva pari a 320 km, così suddivisi:

- A5 – Torino – Ivrea – Quincinetto (km 51,29);
- A4/A5 – Ivrea – Santhià (km 23,65);
- Sistema Tangenziale di Torino (km 56,38);
- Diramazione Torino – Pinerolo (km 24,63);
- A21 – Torino – Alessandria – Piacenza (km 164,90).

¹⁵³ Si tratta di vari tratti autostradali aventi un'estensione complessiva pari a circa 155 km, così suddivisi:

- A5 – Torino – Ivrea – Quincinetto (km 51,29);
- A4/A5 – Ivrea – Santhià (km 23,65);
- Sistema Tangenziale di Torino (km 56,38);
- Diramazione Torino – Pinerolo (km 24,63).

- con successiva nota del 17 maggio 2017, l’Autorità ha evidenziato che l’attività istruttoria compiuta a seguito dell’avvio del procedimento di cui alla delibera n. 142/2016, ha confermato le criticità riguardanti gli aspetti di efficienza economica correlati alla dimensione delle tratte autostradali oggetto del procedimento di affidamento: infatti le tratte gestite da ATIVA S.p.a. hanno un’estensione complessiva di 155 km, al di sotto dunque dei 180 km previsti dalla delibera n.70/2016 come limite inferiore dell’ambito ottimale di gestione;
- preso atto delle criticità riscontrate in sede di istruttoria dall’ART, la Direzione Generale per le strade e le autostrade e per la vigilanza e la sicurezza nelle infrastrutture stradali del MIT, con nota del 19 maggio 2017 n. 4414, ha richiesto di realizzare un unico procedimento di gara che contempli l’affidamento congiunto delle tratte autostradali sopra richiamate, unitamente alla tratta autostradale A21 Torino - Alessandria - Piacenza¹⁵⁴, la cui concessione sarebbe scaduta il 30 giugno 2017, chiedendo dunque all’Autorità di acquisire lo Schema di concessione da porre a base di gara per l’affidamento unitario delle suddette tratte autostradali;
- in conseguenza di quanto richiesto dal MIT, l’ART, con la delibera n. 82 del 31 maggio 2017, ha archiviato il procedimento avviato con la delibera n. 142/2016 e contestualmente, con la delibera n. 83/2017 del 31 maggio 2017, ha disposto l’avvio del procedimento volto a definire lo Schema di concessione da porre a base di gara per l’affidamento delle tratte autostradali sopra citate;
- essendo stato avviato tale procedimento con la delibera n.83, di cui sopra, ed in applicazione dell’articolo 5 del Regolamento sui procedimenti dell’Autorità, che richiede la sottoposizione tramite consultazione pubblica gli elementi per la definizione dello schema di concessione relativo alle tratte autostradali sopra citate, nonché il relativo sistema tariffario di pedaggio, è stata emessa la delibera n.86 del 23 giugno 2017, contenente il testo della consultazione e fissando come termine ultimo per la presentazione di osservazioni e proposte da parte degli interessati, la data del 24 luglio 2017¹⁵⁵;

Risulta in queste sede decisamente opportuno soffermarsi nell’analisi dei principali punti sui quali l’ART ha proposto la consultazione, poiché lo schema di concessione ivi presente, nel momento in cui sarà adottato dal concedente, sarà il primo in tal senso nel sistema regolatorio autostradale: esso nelle sue linee essenziali sarà, con estrema probabilità, riprodotto per tutte le future concessioni che dovranno essere poste a gara, in modo da raggiungere entro il 2050 quell’uniformità nel contenuto delle convenzioni che è decisamente mancata, come visto in precedenza, in quelle redatte negli anni a cavallo tra il 2008 ed il 2010,

¹⁵⁴ Tale tratto si estende per quasi 165 km, e pertanto con un’unica gara si verrebbe a dare in concessione complessivamente quasi 320 km, un valore molto vicino ai 315 km che è il limite massimo dell’ambito ottimale. La tratta in questione è stata gestita dalla Satap S.p.a, gruppo Gavio, attraverso la concessione unica sottoscritta con ANAS il 10 ottobre 2017, ed efficace dall’08 giugno 2008.

¹⁵⁵ A tale consultazione hanno partecipato diversi soggetti pubblici e privati, ossia, oltre all’AISCAT, concessionari stradali quali ASPI, ATIVA e SAIS, associazioni di categoria come l’Unione Nazionale Consumatori, società private nel campo del trasporto merci come Monge Spa ed un ente locale, il Comune di Scarmagno.

specialmente con riguardo alla metodologia per il calcolo delle tariffe per la remunerazione del concessionario.

Il documento posto in consultazione dall'ART qui in esame si compone di due parti, la prima riguarda gli elementi¹⁵⁶ per lo schema di concessione, mentre la seconda è tutta incentrata sul sistema tariffario. L'Autorità ha richiesto osservazioni ed eventuali proposte sia sui vari punti della prima parte, sia dettagliatamente su vari aspetti della seconda: in particolare è stato sollecitato un confronto con gli interessati con riguardo alla struttura del sistema tariffario, alla sua modulazione e dinamica, al tasso di remunerazione del capitale investito, alla separazione contabile imposta alle società concessionarie, all'impatto della qualità dei servizi sulla tariffa finale per gli utenti.

Rispetto allo schema proposto dall'ART nella delibera n.23 dell'11 aprile 2014 per la concessione dell'A22, si riscontrano caratteristiche simili unite ad elementi di discontinuità: quello proposto nella delibera n.86 del 2017 infatti appare un modello molto più dettagliato ed approfondito, soprattutto nella seconda parte relativa alla tariffazione, oltre ad essere basato sul nuovo codice degli appalti del 2016 (d.lgs. n.50), mentre il precedente è stato redatto con ancora in vigore l'ormai abrogato d.lgs. n.163 del 2006. Certamente analogo al precedente del 2014 è invece l'atteggiamento dell'ART che tende ad interpretare estensivamente i compiti attribuitigli dall'art. 37 del D.l. n.201/2011, sino ad assumere all'atto pratico delle competenze che sarebbero astrattamente in capo ad altri enti: un esempio emblematico a riguardo è l'aver elaborato una formula tariffaria basata sul metodo del price cap che diverge profondamente rispetto a quella pochi anni prima formulata dal CIPE¹⁵⁷. Questa discrepanza non è sfuggita alla società SAIS p.a. (gruppo Toto), la quale nelle sue osservazioni scritte inviate all'ART afferma drasticamente come quest'ultima abbia *“ecceduto dalle competenze che la legge le ha specificatamente attribuito”* poiché essa *“ha solo una funzione consultiva e quindi non può emanare una delibera contenente principi regolatori, ma deve esprimersi solo tramite parere da rendersi al MIT “sugli schemi delle convenzioni da sottoscrivere” ex art. 178, comma 8, del D.lgs. 50/2016 e quindi con un atto endoprocedimentale, peraltro non vincolante”*: in sostanza per la SAIS, l'ART non ha attualmente il potere di creare ex novo una tariffa di pedaggio rispetto a quella elaborata dal CIPE.

Come premessa all'analisi del suddetto documento, si deve precisare che nella corso della sua redazione, l'ART ha preso in considerazione la proposta di linee guida di ANAC di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016 n.50, riguardanti il *“monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato”*¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Tali elementi riguardano l'oggetto dell'affidamento, la durata della concessione, il trattamento del rischio traffico, gli obiettivi di qualità del servizio, l'allocatione dei rischi relativi alle fasi di progettazione e costruzione, la regolazione tariffaria con i relativi obblighi informativi connessi e la revisione del Piano Economico Finanziario (PEF).

¹⁵⁷ Si veda a riguardo la Delibera CIPE n. 39 del 2007, modificata ed integrata dalla Delibera n. 27 del 21 marzo 2013.

¹⁵⁸ Tale atto è stato approvato dall'ANAC il 1 febbraio 2017 restando tuttora allo stadio di “proposta di linea guida” (con annessa relazione AIR a riguardo). L'ART ha utilizzato parte delle considerazioni delle linee guida ANAC di cui sopra per formulare una prima bozza di 3 punti per la definizione dello schema di concessione, ossia il numero 3 sul trattamento del rischio di traffico, il

Si segnala che l'ART ha effettuato una estrema sintesi di quanto riportato nel documento di cui sopra dell'ANAC, e pertanto è necessaria una comparazione tra i documenti di questi due enti per riscontrarne le differenze:

- Per quanto riguarda il punto 3, l'ART fa rientrare il rischio di traffico nell'ambito del rischio operativo, definito peraltro dall'art. 3 comma 1, lett. zz) del Codice appalti 2016. Come ricordano le linee guida ANAC in tale rischio operativo rientra, tra gli altri, anche il rischio di domanda, di cui all'art. 3, comma 1, lett. ccc) del Codice appalti 2016. L'ANAC non parla espressamente di rischio "traffico", il quale è invece ricompreso dall'art. 178, comma 8, del del Codice appalti 2016, nel rischio operativo.

Degno di nota risulta il punto 3.1 lett. b) dello schema di convenzione dell'Art, pag.5, dove si prevede che "il concessionario si obbliga a far gravare gli effetti economici correlati al rischio traffico esclusivamente sulla gestione economica della pertinente tratta autostradale". L'ANAC, non essendo il proprio atto specifico sul settore autostradale, non ne fa menzione, ed inoltre l'ART stessa, né nell'allegato A né nell'allegato B spiega le motivazioni di questa prescrizione. Il punto 3.2 poi espressamente dichiara che il concessionario non avrà diritto di richiedere la revisione del PEF qualora il volume del traffico sia inferiore alle attese. Anche su questo aspetto, estremamente penalizzante per il concessionario, l'ANAC nella relazione AIR a pag. 19, riferendosi al rischio di domanda, specifica che la stessa " non tratta direttamente il rischio sistemico connesso ad eventi macroeconomici eccezionali, che si ritiene difficilmente possano essere affrontati in un contratto di PPP, ma deve essere considerata nell'ambito di una strategia complessiva di risposta a tali eventi".

- Per quanto riguarda il punto 5, relativo all'allocazione dei rischi relativi alle fasi di progettazione e costruzione, l'ART ribadisce che l'equilibrio economico finanziario rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi: preme evidenziare che l'ART in nessuna parte degli allegati suddetti alla delibera n.86 fa menzione della matrice dei rischi, documento ritenuto invece fondamentale dall'ANAC proprio in sede di ripartizione dei suddetti.

L'ART inoltre non specifica cosa debba intendersi per equilibrio economico finanziario, mentre l'ANAC dedica molto spazio a questo argomento, con minuziosa analisi e descrizione delle singole variabili (esempio TIR e VAN) e delle condizioni che determinano l'equilibrio complessivo.

Il punto 5.2 elenca in maniera pedissequa quanto riportato già dall'ANAC sul rischio di costruzione. Le discrepanze tra il documento dell'ART e quello dell'ANAC sono palesi, poiché l'ANAC fa esplicita menzione nella relazione AIR di aver previsto la categoria "altri rischi", ovvero quelli di commissariamento, quello amministrativo, gli espropri e quello ambientale/archeologico, per i quali paventa la possibilità che l'allocazione del rischio non sia esclusivamente in capo al concessionario, ma ripartito ad entrambe le parti contraenti. Su questo aspetto l'ART tace totalmente, tuttavia, come

numero 5 sull'allocazione dei rischi relativi alle fasi di progettazione e costruzione ed il numero 7 sulla revisione del Piano Economico Finanziario.

riportato nella relazione AIR dell'ANAC, andrà pertanto redatto un accurato inventario dei rischi, precisando in quali casi sia possibile ridiscutere con il concedente il PEF al sopravvenire di alcune tipologie dei rischi stessi.

- Con riferimento al punto 7, relativo alla revisione del piano economico, L'ART al 7.1 ne dà una sommaria definizione, specificando al successivo 7.2 che si procederà alla revisione del PEF rideterminando le condizioni di equilibrio qualora si verificano fatti non riconducibili al concessionario che incidano sul suddetto equilibrio economico finanziario.

Anche in questa parte del documento di consultazione emerge un caratteristico comportamento dell'ART, la quale invece di limitarsi ad una regolazione “base”, lasciando poi quella di dettaglio agli altri soggetti pubblici preposti al settore autostradale, come il MIT ed il CIPE, si spinge sempre più ad allargare le sue competenze e dunque di riflesso a voler cercare di regolare fattispecie difficilmente prevedibili: è questo il caso proprio del rischio operativo, in particolare le circostanze che non rientrerebbero nello stesso e dunque come tali non potrebbero essere poste in capo al concessionario. Il punto 7.3 della Delibera ART n.86/2017 li ipotizza, così elencandoli:

- a) le sopravvenienze normative e/o regolamentari capaci di incidere anche in via mediata sull'equilibrio economico finanziario;
- b) i casi di forza maggiore da specificarsi nello Schema di convenzione allo scopo di evidenziarne il carattere di assoluta eccezionalità;
- c) le ipotesi di compromissione dell'equilibrio economico finanziario conseguenti ad eventuali modifiche del contratto di concessione di cui all'art. 175 del Codice, dai commi 1 a 4, con l'eccezione delle ipotesi di modifiche soggettive del concessionario.

Le considerazioni sopra esposte trovano conferme nel caso della lett. b), su cui infatti è intervenuta la risposta della SAIS S.p.A. , che lo ritiene “*dato il carattere di assoluta eccezionalità e – conseguentemente – di imprevedibilità- non [...] compatibile con la previsione nello schema di convenzione che, per quanto precede, non potrebbe in ogni caso essere considerato esaustivo*”.

Al 7.4 infine è stabilito che l'eventuale schema di atto aggiuntivo volto a revisionare il PEF debba essere trasmesso anche all'ART per il proprio parere di competenza: come in altre fattispecie, non ci sono norme che espressamente prevedono questo compito dell'ART; si tratta di un altro esempio in cui l'Autorità, interpretando in maniera ampia la normativa sulle sue competenze, finisce per attribuirsi poteri di controllo che espressamente non sembrano spettarle.

Nel confronto con quanto affermato dall'ANAC, quest'ultima risulta meglio analizzare e precisare l'eventuale revisione del PEF: essa infatti cita espressamente il Manuale EUROSTAT (MGDD, Part VI. 4.3.6., punto 79) dove si prevede che le cause di forza maggiore debbano essere contenute in un elenco preciso ed esaustivo, mentre l'ART non ne fa menzione alcuna. Inoltre si specifica che gli eventi di forza

maggiore determinano la possibilità di revisione del PEF qualora rendano oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso, in tutto o in parte, l’adempimento delle obbligazioni contrattuali: ci si augura che una clausola di simile tenore sia inserita nella futura convenzione a tutela di un concessionario altrimenti fin troppo gravato da condizioni contrattuali (*rectius* convenzionali), eccessivamente svantaggiose per i rischi a suo esclusivo carico e per la difficoltà di addivenire ad una revisione del PEF. Le perplessità appena esposte non sono sfuggite ad un altro dei soggetti interessati da questa consultazione, ossia la società ASPI p.a., la quale nella sua risposta all’ART ha fatto presente ad esempio che, con riferimento all’oggetto dell’affidamento, si riscontra un altro *modus operandi* dell’ART poco applicabile alla realtà sostanziale, ossia il voler fissare spesso dei parametri oltremodo fissi ed immutabili: ciò avviene sia per le operazioni connesse alla gestione-manutenzione, le quali “*non dovrebbero essere oggetto di specifici cronoprogrammi, in quanto tali attività sono legate a condizioni esterne (livelli di traffico, meteo, incidenti) e pertanto richiedono livelli di flessibilità non compatibili con cronoprogrammi dettagliati*”, sia per le previsioni di investimento, da intendersi fisse ed invariabili

Quanto alla durata della concessione¹⁵⁹, va invece condiviso il richiamo che l’Autorità ha effettuato dell’art. 168, comma 2 del D.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui “*la durata della concessione va commisurata all’oggetto e ai tempi di recupero dell’investimento*”, tuttavia l’ART suddivide in fasi¹⁶⁰ la durata della stessa, e, e non risulta chiara la motivazione di una simile scelta.

Analizzato lo schema di consultazione ed alcune proposte di modifiche e correzioni da parte dei soggetti interessati, non resta che verificare quanto l’ART abbia deciso di variare lo schema di concessione che sarà poi adottato dal concedente MIT: esso è contenuto nella Delibera n.119 del 28 settembre 2017.

¹⁵⁹ Sembra che il Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture sia orientato per una durata di tale concessione fino al 2030, in modo da allineare la futura scadenza con quella della concessione per il tratto della A4 attualmente in carico alla SATAP S.p.A.: quest’ultima ad oggi scadrebbe il 31.12.2016 ma è stata richiesta alla Commissione Europea una proroga di 4 anni per compensare al Gruppo Gavio i lavori di realizzazione del tratto mancante della Asti-Cuneo. Infatti “l’obiettivo dichiarato [...] è quello di limitare il frazionamento nella gestione delle autostrade italiane, mettendo a gara [...] una buona fetta delle arterie del Nordovest” del Paese presumibilmente nel 2031, come riporta il quotidiano “Milano Finanza” nell’articolo di L. Leone “Autostrade, proroghe più vicine”, pubblicato il 13.09.2017.

¹⁶⁰ L’ART infatti, nel sopra citato documento, suddivide in tre fasi la durata della concessione, le quali, precisa saranno più precisamente dettagliate nel cronoprogramma; esse dovrebbero riguardare rispettivamente:

- a) progettazione delle opere e/o degli interventi di manutenzione straordinaria da realizzare;
- b) realizzazione delle opere e/o degli interventi di manutenzione straordinaria da realizzare;
- c) gestione funzionale delle infrastrutture autostradali oggetto della concessione.

3.3.4 La Delibera ART n. 119 del 28 settembre 2017

In data 28.09.2017 l'ART ha emesso la Delibera n.119/2017, pubblicata il 29.09.2017 sul proprio sito: tale atto è corredato dall'allegato A, ossia lo schema di concessione che sarà poi inviato al MIT, e dalla "relazione istruttoria degli uffici", dove sono riportate le motivazioni dell'ART su quanto disposto.

Come si ricorderà, il documento di consultazione dell'ART presente nella Delibera n. 86/2017 è diviso in due parti: la prima contiene "elementi per la definizione dello schema di concessione" mentre la seconda concernente esclusivamente il "sistema tariffario di pedaggio". Questa divisione è stata mantenuta nello schema di consultazione di cui al suddetto all. A: in questa sede concentreremo l'attenzione sulla prima delle due parti, ed al fine di evitare ripetizioni con quanto già esposto nel paragrafo precedente, ci limiteremo a segnalare le differenze tra lo schema dato in consultazione e quello finale qui in oggetto:

- nel punto n.1, riguardate l'oggetto dell'affidamento l'ART ha specificato che solamente la progettazione e la realizzazione di interventi di manutenzione straordinaria (lett. b e c) debbano *"essere puntualmente dettagliate nel cronoprogramma allegato alla convenzione di concessione, unitamente al programma delle manutenzioni di cui alla lettera e)"* ;
- al punto n.2, sulla durata delle concessione, pare corretto che sia stato inserito, al paragrafo 2.1, l'inciso riguardante l'esatto momento in cui inizia la durata della concessione, *"che decorre dalla data di registrazione da parte della Corte dei Conti del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, di approvazione della relativa convenzione"*: tuttavia non è stata eliminata la divisione in fasi della durata della concessione, aspetto sul quale abbiamo già affermato la scarsa motivazione a supporto di tale disposizione; l'ART in merito giustifica questa divisione nella sua relazione istruttoria degli uffici dove afferma che *"lo schema di concessione sarà utilizzato dal concedente anche ai fini della progettazione e realizzazione di opere individuate in un apposito quadro esigenziale e, dunque, non solo per regolare i rapporti concessori afferenti alla gestione delle tratte autostradali oggetto del presente procedimento. Al riguardo, occorre sottolineare come il contratto di concessione deve essere predisposto anche al fine di assicurare la trasparenza tra il soggetto pubblico ed il soggetto privato in tema di reciproci obblighi, responsabilità, benefici e corretta allocazione dei rischi. Sotto questo profilo, proprio al fine di rendere chiari e trasparenti i reciproci obblighi – anche sotto il profilo delle eventuali conseguenze in caso di inadempimento degli stessi – si è ritenuto necessario definire un quadro di riferimento nel cui ambito il concedente possa contestualizzare e dettagliare gli obblighi del concessionario anche sotto il profilo temporale, pur precisando al punto 2.1 della parte I dell'Allegato A che la fase di gestione si sviluppa per l'intera durata della concessione. Ne consegue che, in caso di inadempimento imputabile, il contratto dovrà prevedere opportuni correttivi tariffari [...] nonché apposite sanzioni e penali con la fissazione di importi congrui rispetto all'entità e gravità degli inadempimenti"*;

- il punto n.3 invece non ha subito alcuna modifica, nonostante sia stato contestato dai concessionari intervenuti nella consultazione come non sia corretto che tutti gli effetti economici correlati all'andamento del traffico debbano gravare sulle singole tratte separatamente e non già sull'intera rete. Sul punto l'ART ha motivato, sempre nella sua relazione istruttoria, che *“sulla valutazione degli effetti economici correlati al rischio traffico per ciascuna tratta autostradale, anziché complessivamente, si precisa che tale formulazione è funzionale ad un'analitica valutazione degli effetti economici connessi alla gestione delle singole tratte, ai fini del monitoraggio e della misurazione del rischio trasferito”*;
- con riguardo poi al punto n.4, sugli obiettivi di qualità del servizio, non sono state apportate variazioni, nonostante appaia più corretto che gli indicatori di misurazione dei livelli di qualità del servizio, per essere oggettivamente misurabili, debbano riferirsi alla qualità effettivamente erogata e non a quella percepita dall'utente, suscettibile di valutazioni discrezionali e dunque non oggettive. L'ART fornisce a riguardo spiegazioni nella seconda parte della relazione istruttoria: possiamo infatti leggere a pag. 24 di tale documento che *“per il monitoraggio interno della qualità del servizio sulla gran parte della rete autostradale e per la conseguente collaborazione con le associazioni dei consumatori, è attualmente utilizzato un ampio novero di indicatori di qualità, con particolare attenzione alla qualità percepita. Pertanto, la proposta risulta pienamente in linea con le migliori prassi sviluppatesi nel settore, individuando le aree tematiche relative ad indicatori controllabili e riferibili alla performance del concessionario, nonché misurabili e oggettivi”*;
- il punto n.5 ha visto invece l'introduzione di un nuovo capoverso, il 5.3, dove viene precisato che *“i rischi derivanti dal ritardo o dalla mancata approvazione del progetto sono assunti dal concedente, nel solo caso in cui siano a quest'ultimo esclusivamente imputabili il ritardo o la mancata approvazione”*: tale specificazione risulta essere utile per una maggiore chiarezza in un tema così delicato come quello dei rischi del concessionario;
- nessuna modifica poi ha riguardato il punto n.6, nonostante possa utilizzarsi, per la valutazione delle offerte in sede di gara, un unico criterio di tipo economico (come ad esempio il livello iniziale di tariffa) e non il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, contenendo un "mix" di fattori, è maggiormente discrezionale e pertanto soggetto a ricorsi e distorsioni. L'ART ha riguardo ha risposto, sempre nella sua relazione istruttoria, che *“i criteri di valutazione delle offerte rappresentano un peculiare elemento della procedura di affidamento della concessione, dettagliatamente disciplinato dal Codice dei contratti pubblici. Lo stesso codice prescrive infatti, all'art. 95, che il criterio da utilizzare nel caso in esame sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa”*;
- il punto n.7 sulla revisione del PEF ha subito piccole variazioni che non ne incidono il contenuto: quest'ultimo desta perplessità in quanto cerca di stabilire preventivamente le cause di forza maggiore, mentre a riguardo in precedenza si è fatto riferimento alla normativa del codice civile e alla elaborazione giurisprudenziale. Tuttavia l'ART preferisce elencare le ipotesi in cui si può procedere

ad una revisione del PEF, *“ciò al fine di evitare che attraverso un ricorso generalizzato dell’istituto si finisca per alterare il principio secondo cui il rischio operativo è posto in capo al concessionario”*. Con riguardo al tema dell’elencazione delle preventive cause di forza maggiore, l’ART inoltre *“ritiene opportuno prevedere un’elencazione nel contratto al fine di individuare le principali tipologie di fattispecie effettivamente riconducibili alla forza maggiore, atteso che il codice civile contiene a sua volta clausole generali”*.

Lo schema di concessione così descritto sarà dunque utilizzato dal concedente MIT in sede di assegnazione della concessione dei tratti dell’A5 e dell’A21 (più alcuni altri): le perplessità ed i dubbi sul contenuto delle disposizioni che riflettono un costante *modus operandi* dell’ART, travalicante le sue espresse competenze regolatorie, sono evidenziati nelle conclusioni finali a questo lavoro di cui al successivo paragrafo.

3.4 Conclusioni: le difficoltà interpretative poste dalla regolazione multilivello del settore autostradale.

L'analisi fin qui condotta sulla regolazione del mercato delle autostradale in Italia ha evidenziato quanto gli ultimi anni abbiano portato ad una rivoluzione copernicana dell'intero sistema, la quale è stata però posta in essere attraverso una disciplina legislativa spesso non adeguata nel definire con dettagliata chiarezza le competenze attribuite ai singoli enti pubblici che “affollano” il quadro istituzionale di questo settore. Si è evidenziato poi come non sono solo di per sé le fonti primarie a generare dubbi negli interpreti, poiché anche atti normativi di rango inferiore, come ad esempio le Delibere dell'ART sopra menzionate, contribuiscono a questo *status quo* di palese incertezza.

Una simile situazione rischia di limitare fortemente quei soggetti privati interessati ad investire nel settore autostradale italiano, con conseguente rallentamento sia della sempre maggiore apertura concorrenziale, (con tutti i limiti che una rete “fisica” difficilmente duplicabile pone), sia dello sviluppo infrastrutturale: in quest'ultimo caso, ad esempio, è stato fatto correttamente notare come l'attuale assetto è costellato da *“competenze condivise, spesso sovrapposte, tra molteplici organismi [...], che intervengono per lo più in sequenze procedurali su aspetti puntuali, finendo per allungare i tempi”¹⁶¹*.

E' palese che la sovrapposizione di competenze è una costante in tutti gli ambiti regolatori di questo settore, tuttavia occorre rammentare come cambino le competenze tra i vari enti a seconda del fatto che una concessione sia stata stipulata prima o dopo la nascita dell'ART: tale evento, si è già detto, rappresenta uno “spartiacque” fondamentale in materia regolatoria, avendo avuto un impatto così significativo, (anche la creazione dell'ANAC non va ritenuta di poco conto a fini di controllo e di vigilanza, ma certamente ha posto minori problemi di ripartizioni delle competenze rispetto all'Autorità dei trasporti).

Prima dell'avvento di tale autorità infatti il settore autostradale aveva già un soggetto pubblico preposto alla vigilanza delle concessionarie (precedentemente l'ANAS e dal 1 ottobre 2012 il MIT), a cui si affiancava il CIPE con peculiari funzioni collegate principalmente all'aspetto economico del rapporto concessorio stesso e alla sua gestione in itinere. Sembrerebbe pertanto che i concessionari titolari di titoli concessori sorti prima dell'ART siano immuni da questo “sovraccarico” di istituzioni. Tuttavia questo assunto non è così scontato, e non soltanto perché l'Autorità dei Trasporti continua a considerare questi ultimi come soggetti onerati dall'obbligo di contribuzione per il funzionamento della stessa, ma anche alla luce dell'atteggiamento della medesima che è sempre teso ad una interpretazione estensiva delle norme

¹⁶¹ Così L. Saltari e A. Tonetti in “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017, p 320, i quali, successivamente, per favorire lo sviluppo infrastrutturale affermano che *“occorrerebbe pertanto assicurare un unico centro decisionale (magari sul modello della conferenza di servizi), semplificare le procedure [...]”* e *“assicurare la costituzione di un organismo tecnico altamente specializzato in grado di supportare l'amministrazione nella fase di strutturazione e poi di gestione del rapporto concessorio (as es. ripensando in modo organico la soppressa Unità tecnica di finanza di progetto- UTFP)”*.

volta ad accrescere le proprie competenze: pertanto non deve stupire l'ipotesi che tale ente decida di intervenire in futuro, con propri atti, su rapporti concessori sorti precedentemente alla stessa, (si pensi ad esempio alle revisioni quinquennali dei PEF o qualora vengano sottoscritti protocolli aggiuntivi alle concessioni tra i concessionari ed il concedente, magari in caso di proroghe della scadenza dei titoli concessori stessi). Ciò andrebbe a minare inoltre il principio del *pacta sunt servanda*, sul quale abbiamo avuto già modo di disquisire.

Quanto invece avverrà per le future concessioni è ancora allo stadio di mere supposizioni, anche se la Delibera n.119/2017 sopra descritta consente già riflessioni proprio con riferimento alla divisione del ruolo che i soggetti pubblici sono chiamati ad affrontare in una regolazione ormai multilivello: nonostante infatti la funzione prettamente consultiva dell'ART, che dovrebbe portarla ad esprimere soltanto pareri da rendere al MIT sugli schemi da sottoscrivere ex art. 178, comma 8, del D.lgs. 50/2016 (dunque meri atti endoprocedimentali peraltro difficilmente vincolanti), con suddetta delibera non si è limitata ad una normativa generale che pone una regolazione "base", lasciando poi quella di dettaglio agli altri soggetti pubblici preposti al settore autostradale, come il MIT ed il CIPE, ma si è spinta sempre più ad allargare le sue competenze, perfino cercando di regolare fattispecie difficilmente prevedibili, come nell'elencazione della fattispecie di rischio operativo. Tutto questo ha come conseguenza immediata quella di restringere le competenze degli altri soggetti pubblici, e dunque il loro margine di operatività.

Ma vi è di più, perché non si deve ritenere che tali conflitti di competenza restino una mera questione interna tra le varie amministrazioni, poiché quello che si viene a minare è la stessa coerenza dell'ordinamento, e dunque la certezza del diritto, principio ritenuto sempre più cruciale per garantire alla collettività e all'intero sistema economico una stabilità quanto mai auspicata, specialmente se si confronta la situazione italiana con quella degli altri Paesi comunitari.

Risulta allora doveroso che nel prossimo futuro si intervenga per porre rimedio ad una situazione che peraltro non è nemmeno un'esclusiva del campo autostradale, poiché come già ricordato, anche in altri settori legati al trasporto si è verificata questa "regolazione a più livelli": quest'ultima pur considerandosi fisiologica, qualora si introduca un soggetto pubblico ex novo in un determinato contesto già di per sé disciplinato e vigilato, non giustifica una mancanza di adeguate disposizioni legislative capaci di fissare dei parametri ben definiti di competenze oltre le quali non è legittimo spingersi.

Ci si augura pertanto che il Legislatore intervenga in un ambito così cruciale per l'economia del Paese quale quello della propria rete autostradale.

BIBLIOGRAFIA

- Anselmi D., “Le concessioni di gestione dell’infrastruttura stradale” intervento al Convegno RAZIONALIZZAZIONI DEI MERCATI E AGGREGAZIONI FRA IMPRESE DI TRASPORTO”, tenutosi presso la sede dell’AGCM, a Roma, il 26 gennaio 2017, e successivamente pubblicato sul sito www.sipotra.it.
- Benfratello, L., Iozzi, A., Valbonesi, P., “Technology and incentive regulation in the Italian motorways industry”, *Journal of Regulatory Economics*, (2009).
- Bilancia P., *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Giuffrè, 2012.
- Cartei G., “Il contratto di concessione di lavori e servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise”, in *Urbanistica e appalti*, n.8-9/2016.
- Clarich M., “Autorità indipendenti : bilancio e prospettive di un modello”, Il Mulino, 2005.
- Clarich M., “La tutela della concorrenza nei contratti pubblici”, in *Riv. Giuridica del Mezzogiorno*, n.3/2016.
- Contessa C., “Le nuove regole dell’affidamento delle concessioni”, in *Urbanistica e appalti*, n.8-9/2016.
- Cori R. e I. Paradisi, “I contratti di concessione e il Partenariato pubblico privato dopo il correttivo del Codice dei contratti pubblici”, in *Appalti e Contratti*, n. 6/2017.
- Cossu L., “L’ Autorità di regolazione dei trasporti”, in “Libro dell'anno del diritto 2013”, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2013.
- D’Alterio E., “Regolare, vigilare, punire, giudicare: l’Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici”, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2016.
- De Nictolis R., “Il nuovo codice degli appalti”, in *Urbanistica ed appalti*, n.5/2016.
- Ferrara D., “Il potere regolamentare delle autorità indipendenti”, Giappichelli, 2012.
- Franchini C. e Sciaudone F., “Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni : elementi critici e opportunità”, Editoriale scientifica editore, 2015.
- Giordano C.F. e Pasquini G. “Le concessioni di lavori pubblici”, in M. Clarich, “Commento al codice dei contratti pubblici”, Giappichelli, 2010.
- Giovagnoli R., “Sistemi di realizzazione delle opere pubbliche e strumenti di finanziamento: dall’appalto pubblico al partenariato pubblico privato”, Relazione tenuta al Convegno “Appalto pubblico: chance di sviluppo efficiente”, tenutosi a Ravello il 14 e 15 ottobre 2011, e successivamente pubblicata sul sito www.jusforyou.it.
- Greco M.G., “Chiarimenti sull’istituto giuridico di concessione nella Direttiva 2014/23/UE. Il rischio “operativo” nel rapporto concessorio” pubblicato online su www.lineeavcp.it.

- Guccione C., “La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario”, in *Giornale di diritto amministrativo*, volume 6, fascicolo 12, 2000.
- Macchia M., “I contratti di concessione”, in *Giornale di diritto amministrativo* n.4/2016.
- Macchia M., “Le concessioni autostradali nella riforma del codice dei contratti pubblici, in *Riv. giur. Mezz.*, 3, 2016.
- Mele G., “Il perimetro regolatorio dell’Autorità dei trasporti: prime considerazioni e verifiche”, *Rivista Italiana di Antitrust*, n.2/2014.
- Merusi F. e Passaro M., “Le autorità indipendenti”, *Il Mulino*, 2011.
- Nevitt K.P., “Project Financing”, trad. it. della 4 ed. a cura di P. De Sury, Roma, 1987.
- Raganelli B., “Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti”, pubblicato sulla rivista elettronica “Amministrazione in cammino”, 2017.
- Ragazzi G., “I signori delle autostrade”, *Il Mulino*, 2008.
- Ricchi M., “l’Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico Privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs.50/2016)”, pubblicato sul sito www.italiappalti.it il 05/02/2017.
- Saltari L. e A. Tonetti, “Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 2017.
- Sorace D., C. Marzuoli, “Concessioni amministrative”, in *Digesto disc. Pubbl.*1985.
- Verri P. “Le concessioni alla luce del diritto europeo sui contratti pubblici”, tesi finale di dottorato, ciclo XXVIII, Università degli studi di Milano “Bicocca”, anno accademico 2015/2016.
- Zunarelli S. e L. Di Girolamo “Il settore autostradale”, in F. Bassan “La regolazione dei trasporti in Italia: L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati”, Giappichelli editore, 2015.

Documenti citati:

- Audizione del MIT alla Commissione VIII del Senato della Repubblica del 22 gennaio 2014.
- Camera di Commercio di Genova, “Approfondimento sul tema “Gronda di Ponente e proroga della concessione””, pubblicato sul suo sito nel 2015.
- Delpiano A. e Ferroni L., “QUALE VIA PER IL DIBATTITO PUBBLICO? Il caso del Passante di Bologna” in “Quale futuro per la politica dei trasporti dopo il nuovo codice degli appalti” pubblicato in quaderni di SIPoTra 1/2017 ad Aprile 2017.
- “Relazione attività 2016 del settore autostradale in concessione”, redatta dalla Direzione Generale per la Vigilanza sulle Concessionarie Autostradali utilizzando dati aggiornati al 31 dicembre 2016, e pubblicata sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in data 07 settembre 2017.
- Sestito P., “Indagine conoscitiva in materia di concessione autostradali. Testimonianza del Capo di Servizio di struttura economica della Banca d’Italia”, Commissione 8° della Camera dei Deputati, Roma, 11 giugno 2015.

* Tale contributo è pubblicato nel volume del medesimo autore dal titolo “Le concessioni autostradali: evoluzione normativa e regolamentare. Dagli albori alla delibera ART 119/2017”, editore Universitalia, Roma, dicembre 2017, ISBN 9788832930757.