

Prot. DG

Assago,

Trasmessa via PEC a:
pec@pec.autorita-trasporti.it

Spett.le
Autorità di Regolazione dei Trasporti
Via Nizza, 230
10126 - Torino

Oggetto: Sistema tariffario di pedaggio relativo alle concessioni di cui all'articolo 43 del d.l. 201/2011.

Osservazioni sulla delibera dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti n. 16/2019 del 18 febbraio 2019, avente ad oggetto "Sistema tariffario di pedaggio relativo alle concessioni di cui all'articolo 43 del d.l. 201/2011, come richiamato dall'articolo 37 del medesimo decreto", nell'intesse della società Autostrada Pedemontana Lombarda S.p.A.

Codesta Autorità per la Regolazione dei Trasporti (d'ora in avanti, per brevità, "Autorità" o "ART") ha avviato, con delibera n. 16 del 18 febbraio 2019 (d'ora in avanti anche la "delibera"), un procedimento per l'approvazione di un nuovo sistema tariffario di pedaggio basato sul metodo del *price cap* e con determinazione dell'indicatore di produttività X a cadenza quinquennale con riferimento "alle concessioni di cui all'articolo 43 del d.l. 201/2011, come richiamato dall'articolo 37 del medesimo decreto".

Con la stessa delibera, codesta Autorità ha invitato i soggetti interessati a formulare osservazioni ed eventuali proposte sul documento di cui all'allegato A della delibera stessa entro il termine del 29.3.2019.

Nella delibera si legge che le concessioni di cui all'art. 43 del d.l. n. 201/2011 in relazione alle quali troverebbe applicazione il nuovo sistema tariffario sarebbero:

- a) quelle il cui periodo regolatorio quinquennale è scaduto in epoca successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 109/2018;
- b) quelle il cui periodo regolatorio quinquennale è scaduto in data antecedente, ma per i quali non si sia ancora perfezionato l'aggiornamento del piano economico – finanziario (di seguito anche "PEF") alla data di entrata in vigore del medesimo d.l. 109/2018.

Autostrada Pedemontana Lombarda S.p.A. formula in relazione alla delibera in argomento le seguenti osservazioni, articolate in:

- Parte I, in cui sono riportate le osservazioni di carattere generale relative al contenuto della delibera nel suo complesso;
- Parte II, in cui sono riportate osservazioni di carattere tecnico relative a singoli punti della delibera, secondo le modalità indicate nel documento "modalità di consultazione" di codesta Autorità.

La presentazione delle osservazioni da parte della scrivente Concessionaria, in ogni caso, non costituisce acquiescenza alcuna al sistema tariffario proposto da codesta Autorità e agli ulteriori contenuti della delibera n. 16/2019, in relazione a cui si formula fin da ora espressa riserva di adire le competenti autorità giurisdizionali per la tutela dei propri diritti ed interessi.

Parte I

Prima di passare all'illustrazione delle osservazioni in merito alla delibera, è utile descrivere, anzitutto, il quadro normativo di riferimento.

1. Le norme di riferimento.

Con riferimento al settore autostradale, l'art. 16, comma 1, lett. a) del d.l. 28.9.2018, n. 109, convertito, con modificazioni, dalla l. 16.11.2018, n. 130, ha modificato l'art. 37, comma 2, lett. g) del d.l. n. 201/2011, estendendo anche alle concessioni "di cui all'articolo 43, comma 1 e, per gli aspetti di competenza, comma 2" il potere dell'ART di stabilire sistemi tariffari dei pedaggi basati sul metodo del *price cap*, con determinazione dell'indicatore di produttività X a cadenza quinquennale. Tale potere era inizialmente previsto solo *"per le nuove concessioni"*.

L'art. 37, comma 2, lett. g) del d.l. n. 201/2011 prevede oggi dunque che l'ART è competente *"con particolare riferimento al settore autostradale, a stabilire per le nuove concessioni nonché per quelle di cui all'articolo 43, comma 1 e, per gli aspetti di competenza, comma 2 sistemi tariffari dei pedaggi basati sul metodo del price cap, con determinazione dell'indicatore di produttività X a cadenza quinquennale per ciascuna concessione; a definire gli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o costruzione; a definire gli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali per le nuove concessioni; a 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"*.

L'art. 43, comma 1, del d.l. n. 201/2011, come modificato dall'art. 16, comma 1, lett. b) del d.l. 28.9.2018, n. 109, convertito, con modificazioni, dalla l. 16.11.2018, n. 130, prevede che *"gli aggiornamenti o le revisioni delle convenzioni autostradali vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, laddove comportino variazioni o modificazioni al piano degli investimenti ovvero ad aspetti di carattere regolatorio a tutela della finanza pubblica, sono trasmessi, sentita l'Autorità di regolazione dei trasporti per i profili di competenza di cui all'articolo 37, comma 2, lettera g), in merito all'individuazione dei sistemi tariffari, dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti al CIPE che, sentito il NARS, si pronuncia entro trenta giorni e, successivamente, approvati con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanarsi entro trenta giorni dalla avvenuta trasmissione dell'atto convenzionale ad opera dell'amministrazione concedente"*.

L'art. 43, comma 2, del d.l. n. 201/2011, non modificato dal d.l. 28.9.2018, n. 109, prevede poi che *"gli aggiornamenti o le revisioni delle convenzioni autostradali vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto che non comportano le variazioni o le modificazioni di cui al comma 1 sono approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanarsi entro trenta giorni dall'avvenuta trasmissione dell'atto convenzionale ad opera dell'amministrazione concedente"*.

L'art. 43, comma 2 bis, del d.l. n. 201/2011, introdotto *ex novo* ad opera dell'art. 16, comma 1, lett. c) del d.l. 28.9.2018, n. 109, prevede infine che *"nei casi di cui ai commi 1 e 2 il concedente,*

sentita l'Autorità di regolazione dei trasporti, verifica l'applicazione dei criteri di determinazione delle tariffe, anche con riferimento all'effettivo stato di attuazione degli investimenti già inclusi in tariffa”.

2. Sulla carenza di potere dell'Autorità a definire un nuovo sistema tariffario per le concessioni già in essere. Illegittimità costituzionale ed incompatibilità comunitaria delle disposizioni legislative rilevanti e necessità di una interpretazione costituzionalmente orientata.

Nella delibera in esame, codesta Autorità sostiene una interpretazione delle norme rilevanti che porterebbe alla definizione di un loro ambito applicativo eccessivamente ampio e in contrasto con principi di rango costituzionale e con i principi del diritto europeo, innanzitutto quanto alla individuazione dei termini temporali di riferimento.

Nella delibera si legge, infatti, che il nuovo sistema tariffario in corso di approvazione troverebbe applicazione anche ai rapporti concessori il cui periodo regolatorio quinquennale sia scaduto in epoca successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 109/2018 come convertito dalla l. n. 130/2018 o, anche se il periodo regolatorio sia scaduto prima, non si sia ancora perfezionato l'aggiornamento del piano economico – finanziario alla data di entrata in vigore del d.l. n. 109/2018.

Si tratta di una interpretazione che proietta l'ambito di applicazione delle norme non solo per il futuro, ma anche per il passato e che appare viziata da illegittimità costituzionale e incompatibilità comunitaria.

L'illegittimità costituzionale discende anzitutto dall'evidente contrasto con l'art. 3 della Costituzione, in quanto risulta violato il legittimo affidamento del soggetto concessionario relativamente alla stabile prosecuzione del rapporto concessorio, nei termini previsti e determinati con la concessione e la convenzione e, peraltro, confermati dalle norme primarie con le quali la convenzione è stata approvata. Il rispetto del principio di ragionevolezza richiede, infatti, che le norme di legge siano interpretate in modo da non incidere in misura, appunto, irragionevole ed arbitraria su situazioni giuridiche già definite e su rapporti giuridici di durata, quali sono i rapporti concessori già in essere alla data di entrata in vigore di tali norme.

Si può sinteticamente ricordare, in proposito, che la giurisprudenza costituzionale ha definito le condizioni di legittimità che devono essere soddisfatte dalle norme di legge che incidono sui rapporti di durata, stabilendo, innanzitutto, che il legislatore può incidere su un rapporto di durata soltanto al ricorrere di una causa normativa adeguata. L'intervento legislativo deve pertanto trovare fondamento in circostanze sopravvenute, che giustifichino l'adozione della nuova disciplina, non essendo sufficiente una semplice nuova valutazione di opportunità del legislatore. Le norme che incidono sui rapporti di durata sono illegittime, inoltre, quando incidono sui rapporti stessi in modo improvviso e imprevedibile, come in questo caso, in cui si interviene sulla definizione del sistema tariffario delle concessioni già in corso, sulla base di un'interpretazione di una norma contenuta in un decreto-legge.

La norma viola, inoltre, il principio *pacta sunt servanda*, perché interviene autoritativamente su

un rapporto convenzionale in corso, modificandolo unilateralmente e in maniera peggiorativa per una sola delle parti e violando così anche l'art. 1372 del codice civile, secondo cui “*il contratto ha forza di legge fra le parti*”.

È pertanto necessario applicare le disposizioni secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, volta ad evitare possibili profili di contrasto con i richiamati principi costituzionali.

Sotto il profilo europeo, inoltre, le disposizioni in esame alterano in modo unilaterale ed *ex post* la disciplina di rapporti concessori in essere. Esse si pongono pertanto in contrasto con principi essenziali dell'ordinamento economico dell'Unione, quali il principio *pacta sunt servanda* ed i principi di certezza e prevedibilità del quadro regolatorio delle attività economiche.

Si deve ricordare, in proposito, che la Commissione europea è già intervenuta, in passato, nei riguardi di un analogo intervento delle autorità italiane, disponendo l'avvio di una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE. A fronte di un intervento legislativo nazionale - il d.l. n. 262/2006, convertito con l. n. 286/2006 - che modificava significativamente la disciplina tariffaria sancita dalle convenzioni vigenti in quel momento, la Commissione ha ritenuto che tale iniziativa alterasse unilateralmente ed *ex post* le condizioni economiche di contratti liberamente convenuti fra le parti e che, pertanto, fosse fonte di grave incertezza giuridica e costituisse, quindi, un fattore di disincentivo agli investimenti. La Commissione ha pertanto avviato una procedura d'infrazione (procedura C(2006) 2006/2419) ai sensi dell'art. 226 TCE (attuale art. 258 TFUE), contestando una violazione delle norme del Mercato Interno poste a tutela della libera circolazione dei capitali e della libertà di stabilimento, secondo il principio fondamentale di certezza giuridica.

La procedura è stata chiusa solamente dopo che le autorità italiane ebbero formalmente riconosciuto il rispetto del principio della non modificabilità unilaterale dei contratti in essere (*pacta sunt servanda*) e assunto l'impegno a rispettare tale principio anche *pro futuro, de facto* e *de jure*. A tal fine fu infatti adottata una apposita modifica legislativa, attraverso un emendamento – disposto con l'art. 8-*duodecies* del d.l. n. 59/2008, introdotto in sede di conversione con l. n. 101/2008 – all'art. 2 del d.l. n. 262/2006, proprio al fine di evitare ulteriori possibilità di interventi unilaterali, con approvazione per legge di schemi di convenzione definiti in via negoziale tra concedente e concessionario. Lo schema di convenzione è stato sottoscritto, nel caso della scrivente Concessionaria, in data 1 agosto 2007.

Eventuali modifiche al sistema tariffario della scrivente Concessionaria, quali quelle prospettate nella delibera di codesta Autorità, appaiono quindi prive di qualsiasi giustificazione obiettiva e in diretto contrasto con i principi sopra ricordati del diritto europeo, con la conseguenza che codesta Autorità è tenuta – ove ritenga che le norme nazionali consentano o impongano tali modifiche – in ossequio ai principi elaborati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, alla disapplicazione degli articoli 37, comma 1, lett. g e 43, commi 1, 2 e 2-*bis*, d.l. n. 201/2011, così come modificati dal d.l. n. 109/2018, per violazione della normativa e dei principi di diritto europeo.

A quanto sopra si aggiunga che, nella delibera in esame, codesta Autorità sostiene una interpretazione delle norme rilevanti che porterebbe alla definizione di un loro ambito applicativo eccessivamente ampio e in contrasto oltre che con i principi del diritto europeo, anche con principi

di rango costituzionale.

Nella delibera si legge, infatti, che il nuovo sistema tariffario in corso di approvazione troverebbe applicazione anche ai rapporti concessori il cui periodo regolatorio quinquennale sia scaduto in epoca successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 109/2018 come convertito dalla l. n. 130/2018 o, anche se il periodo regolatorio sia scaduto prima, non si sia ancora perfezionato l'aggiornamento del piano economico – finanziario alla data di entrata in vigore del d.l. n. 109/2018.

Si tratta di una interpretazione che proietta l'ambito di applicazione delle norme non solo per il futuro, ma anche per il passato e che appare viziata da illegittimità costituzionale oltre che, anche in questo caso, da incompatibilità comunitaria.

L'illegittimità costituzionale discende anzitutto dall'evidente contrasto con l'art. 3 della Costituzione, in quanto risulta violato il legittimo affidamento del soggetto concessionario relativamente alla stabile prosecuzione del rapporto concessorio, nei termini previsti e determinati con la concessione e la convenzione e, peraltro, confermati dalle norme primarie con le quali la convenzione è stata approvata. Il rispetto del principio di ragionevolezza richiede, infatti, che le norme di legge siano interpretate in modo da non incidere in misura, appunto, irragionevole ed arbitraria su situazioni giuridiche già definite e su rapporti giuridici di durata, quali sono i rapporti concessori già in essere alla data di entrata in vigore di tali norme.

Si può sinteticamente ricordare, in proposito, che la giurisprudenza costituzionale ha definito le condizioni di legittimità che devono essere soddisfatte dalle norme di legge che incidono sui rapporti di durata, stabilendo, innanzitutto, che il legislatore può incidere su un rapporto di durata soltanto al ricorrere di una causa normativa adeguata. L'intervento legislativo deve pertanto trovare fondamento in circostanze sopravvenute, che giustifichino l'adozione della nuova disciplina, non essendo sufficiente una semplice nuova valutazione di opportunità del legislatore. Le norme che incidono sui rapporti di durata sono illegittime, inoltre, quando incidono sui rapporti stessi in modo improvviso e imprevedibile, come in questo caso, in cui si interviene sulla definizione del sistema tariffario delle concessioni già in corso, sulla base di un'interpretazione di una norma contenuta in un decreto-legge.

È pertanto necessario applicare le disposizioni secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, volta ad evitare possibili profili di contrasto con i richiamati principi costituzionali.

3. Sulla carenza di potere dell'ART a stabilire un nuovo sistema tariffario con riferimento ad investimenti già realizzati.

Sempre ammesso e non concesso che le norme attribuiscono a codesta Autorità il potere di introdurre un nuovo sistema tariffario anche con riferimento alle concessioni in essere e alle relative procedure di aggiornamento o revisione del PEF, l'esercizio di tale potere non può comportare, in ogni caso, una rideterminazione della tariffa iniziale senza tener conto delle peculiarità di ciascuna concessione e della situazione specifica di ciascuna concessionaria, anche quanto alle modalità di remunerazione degli investimenti.

Quale che sia il nuovo ipotetico sistema tariffario, esso non potrà certo essere determinato in modo da modificare *in peius* la remunerazione spettante al Concessionario per investimenti già realizzati, che specificamente per quanto riguarda la convenzione della scrivente Concessionaria si estende per tutta la durata della concessione.

È evidente, allora, che non si può, tramite un nuovo sistema tariffario, incidere sulla remunerazione degli investimenti già effettuati, perché il Concessionario subirebbe – illegittimamente – una decurtazione dei ricavi che le spettano in funzione di investimenti già realizzati e realizzati, appunto, sulla base di una disciplina della remunerazione prevista dalla convenzione e concordata con il concedente.

La scrivente Concessionaria vedrebbe modificate *ex post*, dunque, le condizioni economiche sulla base delle quali ha realizzato gli investimenti concordati con il Concedente, con conseguente violazione del diritto a vedersi riconosciuto il corrispettivo economico contrattualmente pattuito per la realizzazione degli investimenti stessi, con la realizzazione di perdite non altrimenti recuperabili e con la violazione dell'equilibrio sotteso ad ogni rapporto concessorio.

4. Sulla carenza di potere dell'ART a disciplinare aspetti diversi da quelli dell'indicatore di produttività.

Le norme abilitano l'ART, inoltre, a stabilire “*sistemi tariffari dei pedaggi basati sul metodo del price cap, con determinazione dell'indicatore di produttività X a cadenza quinquennale per ciascuna concessione*”.

La Convenzione della scrivente Concessionaria prevede una formula tariffaria che trova l'equilibrio attraverso i parametri in essa previsti. Codesta Autorità non ha alcun titolo, dunque, per modificare integralmente il sistema tariffario della convenzione della Autostrada Pedemontana Lombarda S.p.A. perché lo stesso già garantisce l'equilibrio del piano premiando anche la realizzazione degli investimenti di costruzione dell'opera.

Parte II

Si svolgono di seguito, per completezza, anche alcune considerazioni in relazione ai profili metodologici e tecnici del documento sottoposto a consultazione, evidenziando preliminarmente che i dubbi e le carenze sul piano metodologico non possono poi che riverberarsi sull'attendibilità e coerenza tecnica della decisione finale e che la mancata ostensione, da parte dell'Autorità, dei dati e delle informazioni di base sulla base dei quali è stato avviato il procedimento costituisce un ostacolo evidente alla piena e consapevole partecipazione da parte della scrivente Concessionaria al medesimo procedimento.

Rinviando anche alle osservazioni di AISCAT, basate sulle segnalazioni delle società associate, di seguito evidenziamo i profili maggiormente significativi e peculiari che rilevano per Autostrada Pedemontana Lombarda S.p.A.:

Punto Delibera 16/2019 ART	Par.	Citazione del testo da modificare / integrare	Pagina documento AISCAT	Breve nota illustrativa delle motivazioni sottese alla proposta di modifica / integrazione di particolare interesse per Autostrada Pedemontana Lombarda
16	1 – 6	Tasso di remunerazione del capitale investito	13	<u>Riconoscimento di un premio nel calcolo del Beta a infrastrutture di nuova realizzazione</u> Concessionarie come Pedemontana che devono ricercare sul mercato la finanza per completare la realizzazione dell'opera presentano maggiori elementi di incertezza che la penalizzano più fortemente rispetto ad autostrade già realizzate e che hanno oramai un traffico consolidato. Infatti, tale parametro incide sulla determinazione del Tasso di Congrua Remunerazione ("WACC").
24	1	Formula di adeguamento tariffario	19	<u>Concetto di bancabilità e finanziabilità dei piani</u> Criteri come la bancabilità e finanziabilità dei progetti, con riferimento ad opere come Pedemontana, strutturate su base <i>project finance</i> , risultano imprescindibili e devono essere tenuti in considerazione quando si emanano nuove normative di settore. Chi deve investire in una nuova infrastruttura ha bisogno di certezze e di conseguire rendimenti considerati accettabili dal mercato. Prescindere dal concetto di bancabilità potrebbe inficiare concretamente la realizzazione completa dell'opera. Tali principi vengono peraltro confermati anche dalle Linee Guida n. 9 dell'ANAC approvate con delibera 318 del 28/3/2018.
26	1	Meccanismo di contenimento degli extra-ricavi mediante revenue sharing	20-21	<u>Logica del revenue sharing</u> Tale logica risulta asimmetrica nel rapporto concessorio. Il concetto del Revenue sharing, così come espresso, sembra penalizzante essenzialmente per tre motivi: (i) perché viene condiviso il beneficio derivante dai maggiori volumi positivi e non il caso contrario nel quale il Concessionario

				<p>consegue ricavi da pedaggi inferiori (infrangendo quindi il criterio dell'equilibrio economico-finanziario, punto focale della concessione), (ii) perché maggiore è il beneficio derivante da maggiori volumi e maggiore è il beneficio dell'Ente Concedente e (iii) perché a maggiori ricavi solitamente corrispondono maggiori costi. Infatti, se l'autostrada viene utilizzata di più è probabile che si rendano necessari maggiori interventi di manutenzione, ecc.</p>
--	--	--	--	--

Come richiesto dall'allegato B alla Delibera n. 16/2019, le sopra riportate osservazioni sono trasmesse, tramite allegato alla presente, anche in formato editabile (versione *file word*.).

Distinti saluti.

Il Direttore Generale
Ing. Giuseppe Sambo
(Firmato digitalmente)

Allegato: osservazioni in formato editabile.