

Parere al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti reso dall’Autorità di regolazione dei trasporti ai sensi dell’articolo 13-bis del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172 e s.m.i.

L’ Autorità di regolazione dei trasporti (di seguito: Autorità o ART), nella seduta dell’8 maggio 2019

premesse che:

- con nota del 15/11/2018 (acquisita al prot. ART 9818/2018 in pari data) il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (di seguito: MIT) ha trasmesso uno schema di “Accordo di Cooperazione tra Amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell’articolo 17 della Direttiva 2014/23/UE e dell’articolo 13-bis del decreto legge 16 ottobre 2017, n.148 e s.m.i., relativo alla tratta autostradale A22 Brennero-Verona-Modena”, con relativi allegati, concernente, tra l’altro, la disciplina del rapporto tra il Concedente e il concessionario per la gestione della tratta autostradale A22 Brennero-Verona-Modena, nonché, per la progettazione, realizzazione e gestione degli interventi la cui descrizione è riportata nell’Allegato A del predetto Accordo, al fine di acquisire il parere di competenza previsto dall’articolo 13-bis, comma 4, del decreto-legge 16 ottobre 2017 n.148 e s.m.i.;
- con nota del 16/11/2018 (acquisita al prot. ART 9905/2018 in pari data) il MIT ha trasmesso la versione definitiva del Piano Economico Finanziario e della relativa relazione accompagnatoria, trasmessa dalla Regione Trentino - Alto Adige;
- con nota del 21/11/2018 (acquisita al prot. ART 10033/2018 in pari data) il MIT ha trasmesso il parere della DG GROW della Commissione Europea pervenuto in data 20 novembre u.s., nel quale viene evidenziato che lo schema di Accordo di Cooperazione non presenta incompatibilità con il diritto UE in materia di appalti pubblici e concessioni;
- alla luce di quanto pervenuto, l’Autorità ha reso il parere n. 10/2018, di cui all’articolo 13-bis, comma 4, decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172 e s.m.i., trasmesso al MIT e pubblicato sul sito *web* istituzionale dell’Autorità;
- con la delibera n. 68/2018 del 28 novembre 2018, pubblicata in GURI il 28 dicembre 2018, il CIPE ha approvato lo schema di Accordo di Cooperazione, invitando il MIT a recepire, in sede di sottoscrizione dello stesso, le prescrizioni e raccomandazioni formulate dall’Autorità nel citato parere n. 10/2018;
- con la delibera n. 3/2019 del 17 gennaio 2019, in corso di registrazione, il CIPE ha approvato altresì i criteri per la modalità di calcolo degli eventuali benefici netti registrati dal concessionario uscente Autostrada del Brennero S.p.A. dalla data di scadenza della concessione alla data di subentro del nuovo concessionario, nonché la loro destinazione, ai soli fini regolatori, alla realizzazione degli investimenti previsti dall’articolo 8 dell’Accordo di Cooperazione;
- con nota prot. 0001559 del 5 febbraio 2019 (acquisita al prot. ART 1142/2019) il MIT, nel far seguito alla precorsa corrispondenza ha trasmesso all’Autorità, per le valutazioni di competenza, le simulazioni di piano economico-finanziario effettuate dalla Regione Trentino - Alto Adige, nelle quali veniva rappresentata la non sostenibilità finanziaria delle simulazioni medesime;
- con nota prot. ART 1438/2019 del 12 febbraio 2019, gli Uffici dell’Autorità, al fine di assicurare il completamento dell’istruttoria propedeutica all’adozione del nuovo parere da rendere ai sensi

dell'articolo 13-bis del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, hanno evidenziato al MIT una serie di criticità che, incidendo sulla proiezione dei ricavi e dei costi, alteravano sensibilmente l'equilibrio economico-finanziario dei quattro scenari predisposti dal proponente, nonché fornito indicazioni per la conseguente rielaborazione del piano economico-finanziario;

- con nota prot. 0003305 del 12 marzo 2019 (acquisita al prot. ART 2414/2019) il MIT ha trasmesso all'Autorità una nota della Regione Trentino - Alto Adige, con allegati un nuovo piano economico-finanziario e finanziario-regolatorio nonché una relazione esplicativa, dai quali emergeva nuovamente una asserita non sostenibilità finanziaria del progetto;
- con nota prot. ART 2529/2019 del 15 marzo 2019, gli Uffici dell'Autorità, nel segnalare il permanere di una serie di criticità, hanno evidenziato al MIT che il nuovo piano economico-finanziario (di seguito anche PEF) e finanziario-regolatorio (di seguito anche PFR) non risultavano elaborati né in conformità al parere n. 10/2018 precedentemente reso, né sulla base di tutte le indicazioni fornite con la citata nota prot. ART 1438/2019; inoltre detto PEF/PFR conteneva una serie di ulteriori, rilevanti e inediti impegni finanziari tali da determinare un fabbisogno finanziario considerevolmente più elevato di quello precedentemente previsto, nonché uno scostamento in riduzione delle previsioni di traffico assunte in precedenza;
- con nota prot. 0005193 del 2 maggio 2019 (acquisita al prot. ART 4360/2019) il MIT ha trasmesso un nuovo schema di *"Accordo di Cooperazione tra Amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'articolo 17 della Direttiva 2014/23/UE e dell'articolo 13-bis del decreto legge 16 ottobre 2017, n.148 e s.m.i., relativo alla tratta autostradale A22 Brennero-Verona-Modena"*, con relativi allegati, ivi inclusi il PEF e il PFR inviati dalla Regione Trentino – Alto Adige in data 30 aprile 2019, al fine di acquisire il parere di competenza previsto dall'articolo 13-bis, comma 4, del decreto-legge 16 ottobre 2017 n.148 e s.m.i.;
- con nota prot. 0005290 del 3 maggio 2019 (acquisita al prot. ART 4461/2019) il MIT ha trasmesso, in sostituzione del precedente, lo schema definitivo di *"Accordo di Cooperazione tra Amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'articolo 17 della Direttiva 2014/23/UE e dell'articolo 13-bis del decreto legge 16 ottobre 2017, n.148 e s.m.i., relativo alla tratta autostradale A22 Brennero-Verona-Modena"*;
- lo schema di Accordo di Cooperazione è strutturato in due parti:
 - PARTE I-Accordo di Cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'articolo 17 della direttiva 2014/23/UE;
 - PARTE II- Termini e condizioni per la realizzazione degli interventi e la gestione dell'infrastruttura autostradale A22 Brennero-Verona-Modena;

esaminata la documentazione trasmessa, ritiene di svolgere le seguenti considerazioni in merito a quanto contenuto nella sola Parte II dell'Accordo di Cooperazione, atteso che il citato comma 4 dell'articolo 13-bis del decreto-legge n. 148/2017 attribuisce alla Autorità il potere di rilasciare un parere sugli atti convenzionali di concessione.

I. Profili giuridici e regolatori

La normativa di riferimento in materia è costituita da:

- A. articolo 37 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 e s.m.i., che, nell'istituire - nell'ambito delle attività di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481 - l'Autorità di regolazione dei trasporti, ha, tra l'altro, previsto ai sensi del comma 2, lettera g) che la stessa Autorità provvede, *"con particolare riferimento al settore autostradale, a stabilire per le nuove concessioni nonché per quelle di cui all'art. 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;”; rileva inoltre il comma 3, lettera c) dello stesso articolo;

B. articolo 13-bis (Disposizioni in materia di concessioni autostradali) del decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172 e s.m.i., che ha previsto, tra l'altro, quanto segue:

- le funzioni di Concedente per la tratta autostradale A22 Brennero-Modena, attualmente gestita dalla Società Autostrada del Brennero S.p.A., la cui concessione è scaduta il 30 aprile 2014, sono svolte dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;
- la convenzione di concessione, di durata trentennale, è stipulata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con le Regioni e gli Enti locali che hanno sottoscritto il Protocollo di intesa del 14 gennaio 2016, che potranno anche avvalersi nel ruolo di concessionario di società *in house*, esistenti o appositamente costituite, nel cui capitale non figurino privati;
- gli atti convenzionali di concessione sono stipulati, previa acquisizione del parere dell’Autorità di regolazione dei trasporti sullo schema di convenzione, dopo l’approvazione del CIPE e comunque, con riferimento all’infrastruttura autostradale in oggetto, entro il 30 novembre 2018;

C. articolo 2 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull’aggiudicazione dei contratti di concessione 26/02/2014, n. 2014/23/UE (da ora Direttiva 2014/23/UE), che dispone:

“1. La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l’esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell’Unione. Tali autorità sono libere 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 e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell’accesso universale e dei diritti dell’utenza nei servizi pubblici.

Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d’interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni.

2. La presente direttiva fa salvi i regimi di proprietà degli Stati membri. In particolare, non richiede la privatizzazione di imprese pubbliche che forniscono servizi al pubblico”;

D. articolo 17, commi 4 e 5 della Direttiva 2014/23/UE ove è previsto che: *“Un contratto concluso esclusivamente fra due o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori di cui all’articolo 7, paragrafo 1, lettera a), non rientra nell’ambito di applicazione della presente direttiva qualora siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a fare in modo che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell’ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune; b) l’attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all’interesse pubblico; e c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione;*

Per determinare la percentuale delle attività di cui al paragrafo 1, primo comma, lettera b), al paragrafo 3, primo comma, lettera b), e al paragrafo 4, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull’attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica, l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore di cui all’articolo 7, paragrafo 1, lettera a), in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l’aggiudicazione della concessione.

Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell’attività della persona giuridica, amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore in questione, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato, o la misura alternativa basata sull’attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell’attività, che la misura dell’attività è credibile”;

- E. articolo 5, commi 6 e 7 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i. (da ora: Codice) che, recependo il disposto della Direttiva 2014/23/UE, stabilisce che:
- “6. Un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:*
- a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune;*
 - b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico;*
 - c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.*
- 7. Per determinare la percentuale delle attività di cui al comma 1, lettera b), e al comma 6, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione”;*
- F. disposizioni di cui alla Parte III (Contratti di concessione), Capo I, del Codice (articolo 164 e seguenti);
- G. articolo 178, comma 1 del Codice, che sancisce quanto segue: *“1. Per le concessioni autostradali che, alla data di entrata in vigore del presente codice, siano scadute, 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 dalla Parte III del presente codice, nel termine perentorio di sei mesi dalla predetta data, ferma restando la possibilità di affidamento in house ai sensi dell'articolo 5. Qualora si proceda all'affidamento in house ai sensi dell'articolo 5, le procedure di affidamento devono concludersi entro trentasei mesi dall'entrata in vigore del presente codice. Fatto salvo quanto previsto per l'affidamento delle concessioni di cui all'articolo 5 del presente codice, è vietata la proroga delle concessioni autostradali”;*
- H. articolo 178, comma 8 – ter del Codice il quale, in merito alle autostrade che interessano una o più regioni, dispone che:
- “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”;*
- I. articolo 17, commi 1, 2 e 3, Direttiva 2014/23/UE in merito alla disciplina relativa all'*in house providing*, recepito dall'ordinamento con l'articolo 5, commi da 1 a 5 del Codice, che dispone quanto segue:
- “1. Una concessione aggiudicata da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:*
- a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi;*
 - b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore di cui trattasi; e*
 - c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione di capitali privati diretti, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano*

un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi ai sensi del presente paragrafo, primo comma, lettera a), quando esercita un'influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

2. Il paragrafo 1 si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), aggiudica una concessione all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore che lo controlla oppure a un'altra persona giuridica controllata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, purché non vi sia partecipazione di capitali privati diretti nella persona giuridica cui viene aggiudicata la concessione, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

3. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), che non eserciti su una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato un controllo ai sensi del paragrafo 1 del presente articolo, può nondimeno aggiudicare una concessione a tale persona giuridica senza applicare la presente direttiva qualora siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), esercitano congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori su detta persona giuridica un controllo analogo a quello da essi esercitato sui propri servizi;

b) oltre l'80% delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle stesse amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori; e

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione di capitali privati diretti, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Ai fini del presente paragrafo, primo comma, lettera a), le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), esercitano congiuntamente il controllo su una persona giuridica qualora siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti;

ii) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; e

iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti”;

J. articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che disciplina la materia degli accordi tra le pubbliche amministrazioni, prevedendo testualmente che:

“1. Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.

2. Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, commi 2 e 2-bis. A fare data dal 30 giugno 2014 gli accordi di cui al comma 1 sono sottoscritti con firma digitale, ai sensi dell'articolo 24 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, con firma elettronica avanzata, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera q-bis), del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ovvero con altra firma elettronica qualificata, pena la nullità degli stessi. Dall'attuazione della presente disposizione non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato. All'attuazione

della medesima si provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie previste dalla legislazione vigente”.

Esercizio delle funzioni dell’Autorità

L’ Autorità ha emanato gli atti di regolazione di competenza con le seguenti delibere:

- i) con Delibera n. 70/2016 del 23 giugno 2016, ha definito gli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali, prevedendo altresì che il Concedente, nelle procedure di affidamento delle concessioni, o di modifica degli elementi essenziali delle stesse, tenga conto dei livelli di efficienza strutturale [omissis];
- ii) con Delibera n. 2/2018 del 25 gennaio 2018, ha avviato un procedimento volto a definire il sistema tariffario da inserire nella nuova Convenzione;
- iii) con Delibera n. 73/2018 del 18 luglio 2018 ha approvato il sistema tariffario di pedaggio, basato sul metodo del *price cap* e con determinazione dell'indicatore di produttività X a cadenza quinquennale.

II. Osservazioni dell’Autorità

Sezione I. Osservazioni sull’articolato

Articolo 8 (OGGETTO)

Comma 2:

Si ritiene (cfr. Misura 14.1, lett. b) dell’Allegato A alla delibera n.73/2018) che tra gli interventi da realizzare ivi previsti debbano essere inclusi anche gli interventi di cui al punto a), c), d), e), f) e g), non ravvisandosi motivi per cui non debba valere, anche per tali interventi, il medesimo principio statuito dallo stesso comma 2 e cioè che il costo dell’investimento sia ammissibile in tariffa solo qualora risultante dall’approvazione del progetto definitivo. Al riguardo, infatti, non compaiono nel testo dell’Accordo specificazioni in merito agli interventi non menzionati.

Comma 3:

L’articolato prevede che gli interventi di cui al comma 2, lettera l), dello stesso articolo 8¹ *“sono inseriti ai soli fini programmatori e saranno ammessi in tariffa con la validazione della scheda tecnica e del progetto preliminare - al netto dei benefici finanziari di cui alla lettera y) delle Premesse del presente Accordo di Cooperazione - solo se, successivamente all’efficacia del presente Accordo di Cooperazione, saranno ritenuti dal Comitato di indirizzo e coordinamento necessari alle attività autostradali o comunque compensativi, nella misura massima del 2% del valore di tutti gli investimenti di cui all’art. 8.1, delle esternalità subite dai territori in ragione del potenziamento dell’arteria autostradale. Tale condizione sussiste sempre per: (i) interventi che riguardano la viabilità di adduzione all’asse autostradale in immediata prossimità delle stazioni autostradali; (ii) interventi che riguardano direttrici extraurbane principali, anche alternative all’asse autostradale, in grado di migliorare l’assetto viabilistico complessivo dell’ambito territoriale attraversato dall’autostrada; (iii) interventi che riguardano viabilità alternative al tracciato autostradale efficaci ed essenziali per assorbire il traffico veicolare in caso di blocco dell’arteria autostradale sia per interventi straordinari programmati sia per eventi emergenziali non prevedibili; (iv) interventi, anche in ambito urbano, che comportino un chiaro miglioramento al sistema viabilistico di adduzione all’asse autostradale.”.*

Si richiamano in proposito le valutazioni già espresse alle pag. 13 e 14 del parere n. 10/2018 con riferimento

¹ ossia gli “INTERVENTI DI MIGLIORAMENTO DELLA VIABILITA' ORDINARIA FUNZIONALI ALL'ASSE AUTOSTRADALE”.

agli "INTERVENTI DI MIGLIORAMENTO DELLA VIABILITA' ORDINARIA FUNZIONALI ALL'ASSE AUTOSTRADALE", ora riportati anche nel nuovo allegato M) all'Accordo, che ripropone quanto indicato nella scheda I)-12 dell'allegato A).

Si evidenzia altresì che il concedente, nell'esercizio delle sue prerogative, ha ritenuto di qualificare, con esplicita pattuizione contrattuale, le specifiche tipologie di intervento indicate ai sopra descritti punti *i)*, *ii)*, *iii)* e *iv)* come interventi di miglioramento della viabilità ordinaria funzionali all'asse autostradale, al fine di integrare i presupposti di ammissibilità in tariffa, con conseguente impatto sul relativo livello all'utenza. Va infatti rilevato che, qualora gli interventi di cui al comma 2, lettera l), dell'articolo 8, non fossero considerati, *in toto*, ai fini tariffari, si potrebbe registrare un incremento tariffario linearizzato annuo fino a fine concessione limitato al +0.12%, in luogo del +1.10% previsto invece dal Piano finanziario regolatorio da ultimo trasmesso.

Resta fermo, in ogni caso, il necessario rispetto delle previsioni generali di cui alla misura 13.1 dell'allegato A) alla delibera n. 73/2018.

Quanto invece al recupero dei benefici finanziari di cui alla lettera w) delle Premesse dell'Accordo di Cooperazione², tenuto anche conto delle precisazioni contenute negli allegati E ed F all'Accordo stesso, si osserva che:

- sulla base di quanto desumibile dalla dinamica degli investimenti riportata alla riga 41 del foglio di lavoro "PFR Poste Figurative Costruzione" contenuto nella versione *excel* dell'allegato E, il citato recupero pare avvenire in corrispondenza degli ultimi 4 anni del periodo concessorio, ossia dal 2046 al 2049, determinando di fatto, in termini finanziari, il mancato integrale recupero di detti benefici. Al riguardo, si rileva che aggiornando al tasso WACC gli importi recuperati dal 2046 al 2049 si determina un valore attuale inferiore di circa 25 milioni di euro rispetto al beneficio finanziario da recuperare, che ammonta a 164,84 milioni di euro, con conseguente aggravio dei livelli tariffari per l'intero periodo concessorio;
- le modalità di recupero utilizzate sembrano difformi rispetto all'asserita correlazione dei citati benefici finanziari agli interventi di cui al comma 2, lettera l), dell'articolo 8, posto che gli stessi, sulla base di quanto desumibile del foglio di lavoro "Piano Investimenti Concessione" contenuto nella versione *excel* dell'allegato E, risultano programmati per il solo periodo dal 2020 al 2039.

Articolo 9 (OBBLIGHI DEL CONCESSIONARIO)

Comma 2:

Alla lettera gg) non risulta recepito quanto già evidenziato nell'ambito del parere dell'Autorità n.10/2018, ove si richiamava l'esigenza di integrare la frase finale con la seguente: "Gli oneri di tale subentro..., saranno riconosciuti a fini tariffari qualora riferibili a beni reversibili".

Comma 14:

Si evidenzia come nell'articolato non sia stato recepito quanto già contenuto nel parere dell'Autorità n.10/2018 in merito al suggerimento di inserire una clausola risolutiva che, per pronto riferimento, si riporta di seguito:

"Ai sensi e per gli effetti dell'art. 1456 del codice civile, l'Accordo di Cooperazione si risolve qualora il concessionario non adempia a tale obbligo nel termine convenuto e precisamente:

Qualora il concessionario non adempia in un'unica soluzione a mezzo di ... (mezzo di pagamento) entro trenta giorni dalla sottoscrizione del presente Accordo di Cooperazione, il Concedente provvede a comunicare il preavviso della determinazione di risoluzione dell'Accordo con l'indicazione degli elementi dell'accertamento dell'inadempimento, fissando il termine di ... [specificare il numero giorni] entro il quale il concessionario a

² erroneamente indicata come lettera y) all'articolo 8.3 del testo trasmesso in data 3 maggio 2019.

mezzo PEC deve presentare una memoria contenente le ragioni che hanno impedito l'adempimento.

Trascorso il termine di cui sopra senza che il concessionario abbia provveduto a presentare le memorie, ovvero le ragioni addotte non siano state accettate dal Concedente, quest'ultimo, comunica al concessionario a mezzo PEC, entro [specificare il numero giorni] dal verificarsi dell'inadempimento, che intende avvalersi della clausola risolutiva espressa. Con la ricezione di tale dichiarazione la risoluzione si verifica di diritto".

Articolo 16 (DECADENZA DALLA CONCESSIONE)

Comma 1

Nonostante quanto già evidenziato nel parere ART n. 10/2018, si continua ad utilizzare l'istituto della decadenza della concessione, che non è più conforme alla normativa contenuta nel Codice dei contratti pubblici, applicabile direttamente alle concessioni autostradali, che fa riferimento alla risoluzione per inadempimento del concessionario, declinandone la relativa disciplina.

Inoltre, al comma 1, secondo capoverso, si opera un collegamento tra "inadempimento imputabile" ed "obbligazioni divenute oggettivamente possibili", che appare poco chiaro e, come tale, foriero di possibili diverse interpretazioni. Si suggerisce, pertanto, di specificare meglio la fattispecie che si intende disciplinare, prevedendo che l'inadempimento imputabile del concessionario operi per le obbligazioni contrattualmente assunte.

Infine, la previsione contenuta nel comma 5, laddove prevede che in caso di mancata individuazione del soggetto subentrante l'onere di subentro gravi sul concedente appare in contrasto con la previsione di cui all'articolo 178, comma 7, del Codice dei contratti pubblici, di natura inderogabile.

Articolo 18 (AUTORIZZAZIONI PER MODIFICAZIONI SOGGETTIVE E/O OGGETTIVE DEL CONCESSIONARIO)

Come già rilevato nel parere ART n.10/2018, si evidenzia che le previsioni contenute nell'Accordo di Cooperazione (riconducibili alla disciplina dell'articolo 175, comma 2 del Codice dei contratti pubblici), se da un lato appaiono coerenti con la presenza di un concessionario di natura privata, dall'altro non sembrano essere compatibili con la fattispecie del caso concreto, in cui, seppur a vario titolo, sono coinvolti solo soggetti pubblici. Le operazioni di scissione, fusione etc. riguardano prevalentemente operatori di mercato, non gli Enti pubblici territoriali dell'accordo di cooperazione o la società *in house* che del pari deve essere composta esclusivamente da soggetti pubblici. Con particolare riferimento ai commi 6, 7 e 8, si osserva che le previsioni che richiedono che il controllo resti sempre in capo ad un soggetto pubblico, si pongono in contrasto con l'articolo 13 bis del d.l. 148/2017, che esige che l'intero capitale sia in mano pubblica.

Articolo 19 (PIANO ECONOMICO-FINANZIARIO)

Al comma 4, si ritiene debba essere espunto il riferimento ai "fatti dei terzi", atteso che non tutti i comportamenti dei terzi sono da scomputare dalla responsabilità del concessionario: si pensi, ad esempio, ad un subfornitore. Laddove, invece, assuma rilievo il fatto del terzo "non collegato" al concessionario da un rapporto contrattuale, questo rientra comunque nella forza maggiore.

Al comma 5, per quanto concerne le fattispecie esemplificative di cause di forza maggiore, la previsione di "crisi sistemica del mercato" appare troppo generica ed ambigua. Se ne suggerisce pertanto l'espunzione.

Al comma 11, si rileva che non è stato recepito il suggerimento contenuto nel parere ART n.10/2018, in base al quale il riferimento alle penali di cui all'art. 19, comma 13 lettera b), deve essere espunto, atteso che la previsione delle penali non può essere contemplata nell'ipotesi di recesso a seguito del mancato raggiungimento di un accordo in merito alla revisione del PEF, in coerenza con quanto previsto dall'art. 165,

comma 6, ultima parte del Codice dei contratti pubblici.

Al comma 12, viste le competenze attribuite ad ART in qualità di specifica Autorità di regolazione economica di settore, e dunque anche in materia autostradale, si ritiene necessario espungere qualsiasi riferimento al NARS, ovvero ricondurlo a funzioni di consulenza e di supporto al CIPE.

Al comma 15, dopo le parole “lettera g)” si suggerisce di inserire le parole “... e all’articolo 43, commi 1, 2 e 2bis”.

Articolo 19-bis (MECCANISMO DI REVENUE SHARING)

Comma 1:

L’articolato prevede che “qualora per effetto dell’applicazione di tale meccanismo non sia possibile assicurare i flussi di cassa attesi in una situazione di Equilibrio Economico-Finanziario come indicati nel PFR e nel PEF vigenti si procederà sin da subito all’appostamento delle poste figurative per assicurare la salvaguardia dell’Equilibrio Economico-Finanziario ed il rispetto degli obblighi concessori, fermo restando che il recupero di tali poste figurative avverrà successivamente all’avvenuto integrale rimborso del finanziamento di cui al Contratto di Finanziamento nel rispetto del principio di neutralità economico-finanziaria”.

Si ritiene che tale previsione risulti non giustificata e sia tale da vanificare l’efficacia del meccanismo previsto al punto 26 del Sistema tariffario che ART ha definito in coerenza con le proprie prerogative (allegato A alla delibera n. 73/2018), riguardante il trattamento dei maggiori ricavi, realizzati nel periodo regolatorio precedente per effetto della sola consuntivazione di volumi di traffico effettivi superiori a quelli previsti.

Va infatti evidenziato che la materia in questione riguarda – come previsto dal meccanismo di *revenue sharing* – l’assorbimento (peraltro parziale) degli extra-profitti conseguenti ai citati maggiori ricavi; trattandosi di extra-profitti, un loro parziale assorbimento non può dunque in alcun modo intaccare l’equilibrio economico-finanziario della concessione; a tal fine appare solamente necessario che il concessionario faccia opportuno ricorso all’accantonamento di tali extra-profitti in apposito fondo, al momento del loro conseguimento.

Articolo 22 (TARIFFA UNITARIA MEDIA)

Comma 8

All’articolo 22, comma 8, con riferimento alla disciplina della maggiorazione tariffaria, si evidenziano le seguenti criticità.

In primo luogo, dal punto di vista formale, il riferimento alla direttiva 1999/62/CE andrebbe armonizzato con il richiamo al Decreto Legislativo di attuazione della suddetta Direttiva e delle successive modifiche e, precisamente, con il riferimento al d.lgs. 25 gennaio 2010, n.7, articolo 3, comma 11³.

³ 11. In casi eccezionali, riguardanti infrastrutture situate in aree montane e previa comunicazione alla Commissione europea, ai fini della verifica di congruità ai sensi dell’articolo 7-septies, paragrafo 3, della direttiva 1999/62/CE, introdotto dall’articolo 1 della direttiva 2011/76/UE, è possibile applicare, una maggiorazione agli oneri per l’infrastruttura su specifici tratti stradali che soffrono di una forte congestione o il cui utilizzo da parte degli autoveicoli causa significativi danni ambientali, a condizione che:

a) gli introiti generati dalla maggiorazione siano investiti nella realizzazione di progetti prioritari di interesse europeo, identificati nell’allegato III della decisione n. 661/2010/UE, ai sensi dell’articolo 58 del regolamento n. 1315/2013, nonché di progetti riferiti alla rete centrale individuati sulla base del predetto regolamento n. 1315/2013, che contribuiscano direttamente a ridurre la congestione o il danno ambientale di cui trattasi e che siano situati nel medesimo corridoio del tratto stradale su cui è applicata la maggiorazione;

b) la maggiorazione non superi il 15 per cento degli oneri medi ponderati per l’infrastruttura, calcolati a norma del comma 7 e del comma 9, tranne quando gli introiti generati sono investiti in sezioni transfrontaliere di progetti prioritari di interesse comunitario riguardanti infrastrutture in regioni montane, nel qual caso la maggiorazione non può superare il 25 per cento;

Dal punto di vista sostanziale, la previsione richiamata riconosce, in casi eccezionali, l'applicazione di una maggiorazione dei pedaggi su specifici tratti autostradali relativamente ad infrastrutture situate in aree montane e previa comunicazione alla Commissione europea. Prima di analizzare le ulteriori condizioni di legittimità previste dal richiamato decreto legislativo, è d'uopo osservare che nell'Accordo nessuna disciplina è contenuta con riferimento alla previa comunicazione alla Commissione europea, né tantomeno è prevista la relativa disciplina nel caso in cui la Commissione europea ravvisi l'insussistenza della congruità ai sensi dell'articolo 7-septies, paragrafo 3, della direttiva 1999/62/CE. Quanto ai presupposti di legittimità, si osserva, in primo luogo, che la maggiorazione dei pedaggi deve riguardare, così come espressamente indicato dall'articolo 3, comma 11, del citato decreto legislativo, "specifici tratti stradali", dove, invece, nel caso in esame, appare spalmata sull'intera infrastruttura; in secondo luogo, la previsione deve riguardare infrastrutture situate in aree montane, laddove invece, nel caso in esame, la maggiorazione viene estesa anche alle tratte di pianura dell'autostrada A22. Quanto, invece, agli specifici presupposti indicati alle lettere a), b), c) ed e) del citato articolo 3, comma 11, va osservato quanto segue: quanto alla lettera a), che ricollega la maggiorazione del pedaggio alla realizzazione di progetti prioritari di interesse europeo, nonché a progetti riferiti alla rete centrale individuati sulla base del Regolamento UE n.1315/2013, si osserva che nessun riferimento a tali caratteristiche è individuato nell'articolo 22, comma 8, né si evince alcun riferimento agli atti istruttori che comproverebbero tale inclusione. Quanto alla lettera b), che fissa le percentuali massime di maggiorazione del pedaggio, nessun riferimento è contenuto a siffatte percentuali, essendo la maggiorazione del tutto indeterminata nell'*an* e nel *quomodo*. Quanto alla lettera e), che richiede una delimitazione temporale di applicazione della maggiorazione tariffaria, nessun riferimento a tale aspetto è contenuto nello schema di Accordo.

Comma 9:

Con riferimento alla "*maggiorazione tariffaria finalizzata alla realizzazione di iniziative prioritarie di interesse europeo*", nell'articolato viene previsto che "*Nelle more della stipula dei disciplinari, la realizzazione delle iniziative prioritarie di interesse europeo di cui all'art. 22.8 sono finanziate con le risorse di cui agli artt. 9.14 e 9.15 del presente Accordo di cooperazione*", ovvero attraverso l'utilizzo (i) delle risorse accantonate in regime di esenzione fiscale, fino a 12 mesi dalla data di efficacia dell' Accordo di Cooperazione, nel fondo di cui all'articolo 55, comma 13, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, (ii) delle ulteriori quote annuali da accantonare ai sensi dell'art. 55, comma 13, della l. n. 449/1997 e dell'articolo 4 del Protocollo di intesa stipulato in data 14 gennaio 2016 dal MIT con le Regioni e gli Enti locali interessati⁴.

Preliminarmente, si osserva come la suddetta previsione sembri contrastare con il vincolo di destinazione funzionale previsto dal richiamato articolo 55, comma 13, che ne impone l'utilizzo esclusivo per il rinnovo dell'infrastruttura ferroviaria attraverso il Brennero e per la realizzazione delle relative gallerie nonché dei collegamenti ferroviari e delle infrastrutture connesse fino al nodo stazione di Verona. Al riguardo si osserva che il vincolo in esame potrebbe essere superato solo da una fonte di pari rango e non certamente da un accordo convenzionale.

Ciò premesso, ferme restando le prerogative del concedente in merito alla destinazione secondo previsione normativa delle risorse sopra descritte, si reputa comunque necessaria l'introduzione di una specifica clausola contrattuale che, nell'ipotesi di mancata attivazione della maggiorazione tariffaria in parola, preveda il ripristino automatico a favore dello Stato delle quote di detto fondo utilizzate in difformità dall'originaria destinazione.

c) l'applicazione della maggiorazione non si traduca in un trattamento iniquo del traffico commerciale rispetto a quello riservato ad altri utenti della strada;

d) una descrizione della localizzazione esatta della maggiorazione e una prova della decisione di finanziamento della realizzazione dei progetti prioritari di cui alla lettera a) siano trasmessi alla Commissione europea prima dell'applicazione della maggiorazione;

e) il periodo di applicazione della maggiorazione sia definito e circoscritto anticipatamente e corrisponda, in termini di aumento degli introiti stimati, ai piani finanziari e all'analisi costi-benefici concernenti i progetti cofinanziati con i proventi della maggiorazione.

⁴ tali quote ammontano a 34,5 milioni di euro annui per l'intero periodo concessorio.

In assenza di tale clausola, la previsione di cui al citato comma 9 si porrebbe infatti in contrasto con i criteri di ammissibilità previsti dal sistema tariffario ART (allegato A alla delibera n. 73/2018), che limita l'inclusione in tariffa alle sole quote annue espressamente finalizzate ad assicurare il finanziamento trasversale dell'opera ferroviaria Brennero – Verona.

Articolo 24 (OBIETTIVO DI INCREMENTO DI PRODUTTIVITA' DA EFFICIENTAMENTO)

Comma 2:

Nell'articolo si precisa che "qualora per effetto dell'aggiornamento tariffario successivo al primo periodo regolatorio, la tariffa determinata ai sensi del presente Accordo di Cooperazione giunga ad un livello tale per cui non sia possibile assicurare i flussi di cassa attesi in una situazione di Equilibrio Economico-Finanziario come indicati nel PFR e nel PEF vigenti, si procederà sin da subito all'appostamento delle poste figurative per assicurare la salvaguardia dell'Equilibrio Economico-Finanziario ed il rispetto degli obblighi concessori, fermo restando che il recupero di tali poste figurative avverrà successivamente all'avvenuto integrale rimborso del finanziamento di cui al Contratto di Finanziamento nel rispetto del principio di neutralità economico-finanziaria".

Si segnala che tale previsione si pone in evidente e totale contrasto con il meccanismo di recupero di produttività previsto, in stretto adempimento di quanto stabilito dall'articolo 37 comma 2, lettera g) del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 e s.m.i., dal combinato disposto dei punti 17 e 19 del Sistema tariffario ART (allegato A alla delibera n. 73/2018), per tutti i periodi regolatori successivi al primo.

Si rammenta infatti che il Sistema tariffario elaborato dall'Autorità, con particolare riferimento alla componente tariffaria di gestione, è basato sull'individuazione del livello tariffario massimo iniziale e sull'applicazione, a tale livello, del metodo del *price cap*, con determinazione a cadenza quinquennale dell'indicatore di produttività X, come fissato dall'Autorità. In tale contesto, la corretta applicazione del modello, come già affermato da questa Autorità nel parere n. 10/2018, comporta la necessità, per il concessionario, di adeguare in maniera appropriata il livello dei propri costi, ottimizzando i propri processi produttivi in linea con l'obiettivo di recupero di produttività indicato nell'articolo 24 dello schema di Accordo di Cooperazione, al fine di ottenere l'equilibrio economico.

Si ritiene pertanto necessario che detta previsione sia eliminata.

Articolo 28 (TERMINI PER LA PRESENTAZIONE DELLE PROGETTAZIONI)

Comma 3

In merito all'articolo 28, comma 3, si rileva che non risulta essere stato recepito il suggerimento contenuto nel Parere ART n.10/2018, secondo cui la previsione della decadenza (*rectius* risoluzione, si veda quanto già osservato in riferimento all'articolo 16), almeno come primo strumento di coercizione, sembra risultare eccedente il fine ed il principio di proporzionalità.

Si suggerisce pertanto di valutare, in alternativa, la previsione di un meccanismo crescente di penali.

Articolo 38 (CARTA DEI SERVIZI)

Appare opportuno, al riguardo, operare un espresso richiamo ai provvedimenti assunti dall'Autorità di regolazione dei trasporti ai sensi dell'art. 37, comma 2, d.l. 201/2011.

Sezione II. Osservazioni sul piano economico finanziario

Va innanzi tutto evidenziato che il Piano Economico Finanziario (Allegato E all'Accordo) risulta rielaborato dal concessionario sulla base delle assunzioni contenute nel precedente PEF inviato al MIT nel mese di marzo 2019, opportunamente integrate attraverso il recepimento delle seguenti osservazioni, di cui alla nota ART prot. 2529/2019:

- applicazione di un tasso di efficientamento pari al 3,91% su tutte le tipologie di costo operativo;
- computo degli extraprofitti da attività accessorie tenendo conto, fra i costi ammissibili, del canone di subconcessione calcolato applicando un'aliquota del 20% ai relativi ricavi;
- computo della tariffa media unitaria iniziale per la dinamica tariffaria coerente con quella scaturente dalle tariffe in vigore al 2018 per le diverse tipologie di traffico e di tratta, ponderate sulla base dei rispettivi volumi di traffico;
- valutazione del tasso interno di rendimento per gli azionisti (TIR equity) tenendo conto del recupero del valore del patrimonio netto alla scadenza della concessione;
- calcolo puntuale degli oneri finanziari per garanzie previste dall'Accordo;
- aggiornamento del tasso di remunerazione del capitale investito il cui valore, per il primo periodo regolatorio, è ora pari a 6,92 % (nominale pre-tax).

Il livello degli indicatori⁵ riportati nel foglio di lavoro “*Sintesi Output*” contenuto nella versione *excel* dell'allegato E, appare idoneo ad assicurare l'equilibrio del piano economico-finanziario, sussistendo la contemporanea presenza delle condizioni di equilibrio economico (convenienza economica o redditività) ed equilibrio finanziario (sostenibilità finanziaria o bancabilità) così come definite nell'art. 3, comma 1, lettera fff) del Codice dei Contratti Pubblici, nonché nelle Linee Guida ANAC n. 9 recanti “*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*”, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n.92 del 20 aprile 2018.

Va precisato che i predetti indicatori risentono altresì dell'inserimento nel Piano, fra i fabbisogni di cassa, di un apporto di capitale, pari a 100 milioni di euro, ad Autostrada Regionale Cispadana, nonché di un prestito subordinato alla medesima società per un importo pari a 107,1 milioni di euro, che risulta restituito entro la scadenza della concessione. Sarà cura del concedente verificare, al riguardo, il rispetto della richiamata direttiva 2014/23/UE.

Pur risultando ininfluenza ai fini dell'equilibrio economico-finanziario della concessione, è doveroso rilevare come il PEF/PFR da ultimo trasmesso presenti, rispetto alla versione oggetto del parere ART n. 10/2018, una complessiva riduzione dei volumi di traffico previsti per il periodo concessorio (da 171 a 161 miliardi di veicoli*km). Nel prendere atto che tale variazione risulta supportata da un aggiornamento dell'analisi trasportistica a supporto delle stime (allegato I all'Accordo), non può non rilevarsi come la suddetta diminuzione dei volumi comporti inevitabilmente la determinazione di livelli tariffari unitari sensibilmente più elevati a carico dell'utenza.

⁵ ossia:

- DSCR (Debt Service Cover Ratio) medio pari a 1,46;
- LLCR (Long Life Cover Ratio) minimo pari a 1,54;
- TIR (Tasso Interno di Rendimento) di progetto pari a 7,32%;
- TIR (Tasso Interno di Rendimento) degli azionisti pari a 4,14%;
- rimborso del debito con 2,5 anni di anticipo rispetto alla scadenza della concessione;
- cassa mai negativa.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, è reso il Parere di cui all'articolo 13-bis, comma 4, decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172 e s.m.i.

Il presente Parere è trasmesso al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, e pubblicato sul sito *web* istituzionale dell'Autorità.

Torino, 8 maggio 2018

Il Presidente
Andrea Camanzi